



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

MÁRCIO ROBERTO TORRES

**PRAGMATISMO JURÍDICO, A ORDEM ESPONTÂNEA E A EVOLUÇÃO DAS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

**Maceió - AL
2018**

MÁRCIO ROBERTO TORRES

**PRAGMATISMO JURÍDICO, A ORDEM ESPONTÂNEA E A EVOLUÇÃO DAS
DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE DIREITOS
FUNDAMENTAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de mestre.

Orientadores: Prof. Dr. Andreas Joachim Krell e Prof. Dr. Adrualdo de Lima Catão

Maceió – AL

2018

Catálogo na fonte
Universidade Federal de Alagoas
Biblioteca Central

Bibliotecária Responsável: Janis Christine Angelina Cavalcante

T689p Torres, Márcio Roberto.
Pragmatismo jurídico, a ordem espontânea e a evolução das decisões do
Supremo Tribunal Federal sobre Direitos Fundamentais / Márcio Roberto Torres.
– 2018.
160 f.

Orientador: Andreas Joaquim Krell.

Coorientador: Adrualdo de Lima Catão.

Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal de Alagoas.
Alagoas. Faculdade de Direito de Alagoas. Programa de Pós-Graduação em Direito.
Maceió, 2018.

Bibliografia: f. 144-160.

1. Pragmatismo jurídico. 2. Ordem espontânea. 3. Crítica hermenêutica do
direito. 4. Direitos fundamentais – Natureza principiódica. I. Título.

CDU: 340.125



UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS - UFAL
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS - FDA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO EM DIREITO



MÁRCIO ROBERTO TORRES

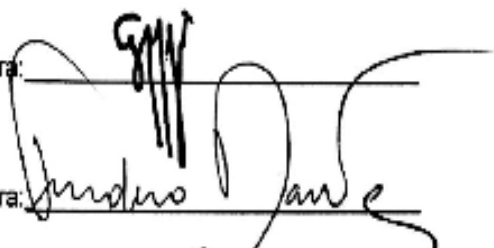
"PRAGMATISMO JURÍDICO, A ORDEM ESPONTÂNEA E A EVOLUÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS"

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – UFAL, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre.

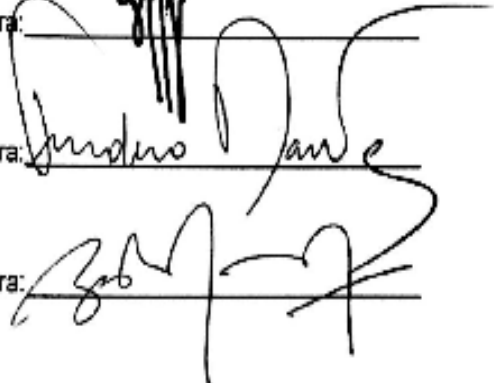
Orientadores: Profs. Drs. ANDREAS JOACHIM KRELL e
ADRUALDO DE LIMA CATÃO

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

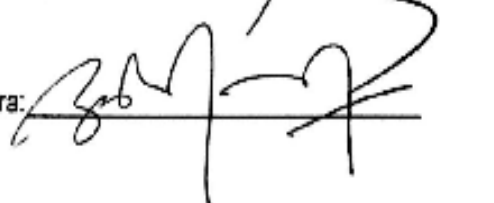
Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior (UFAL)

Julgamento: Aprovado com distinção (10) Assinatura: 

Prof. Dr. Frederico Wildson da Silva Dantas (UFAL)

Julgamento: Aprovado com distinção (10) Assinatura: 

Prof. Dr. Bruno Emanuel Tavares de Moura (UNIT)

Julgamento: Aprovado com distinção (10) Assinatura: 

Maceió, 30 de abril de 2018.

Aos meus filhos, Maria Isabel e Gabriel.

Tudo é por eles.

AGRADECIMENTOS

Agradecer é reconhecer o auxílio na caminhada. Ela não teria sido possível sem a ajuda de todos os professores do mestrado, que fazem o melhor, mesmo com todas as limitações notórias às universidades públicas. A eles, meu reconhecimento e minha gratidão.

Uma linha especial deve ser dada aos professores doutores Andreas Joachim Krell e Adrualdo de Lima Catão, que nunca se fizeram soberbos, apesar do conhecimento inquestionável que para mim é modelo a ser seguido.

Preciso fazer menção, também, à querida turma 12 do mestrado, composta por amigos que tornaram o trajeto mais suave.

Tive e tenho a sorte de ter pais que me ensinaram lições de muita humildade. Que mostraram que posso ser humilde sem ser subserviente, impetuoso sem ser inconsequente, forte sem ser insensível e plácido sem ser passivo. Na criação católica que recebi, aprendi que, nos momentos difíceis, o Altíssimo nos carrega em seus braços, e ter essa crença faz tudo parecer possível. Com todo o amor, faço este agradecimento aos meus queridos pais e a Deus, que sempre se fez mostrar nos pequenos detalhes da minha vida.

O homem que encontra uma boa esposa acha, também, a benevolência do Senhor. Para Luciana, que mais que todos tolerou as minhas muitas ausências num período tumultuado, em que acumulei as aulas do mestrado, a procuradoria-geral adjunta de Maceió e a docência, não tenho palavras. Ela é a mais doce companheira que a vida poderia ter me ofertado; sempre tem um julgamento melhor do que o meu, abre os meus olhos quando eles estão turvos pelas dificuldades da vida e me dá forças quando penso que não consigo mais caminhar. Tivemos dois filhos no curso do mestrado, Maria Isabel e Gabriel, e as minhas faltas foram bem compreendidas como parte de um projeto maior para o crescimento da nossa pequena família. Foi sendo pai e esposo que encontrei a plenitude da minha vida. Amo vocês.

“Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas.”

Gustav Radbruch

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do Direito enquanto ordem espontânea, de acordo com a doutrina de Hayek, e sua compatibilidade com o pragmatismo jurídico. Partindo da premissa de que o Direito tem um movimento cambiante, passa-se a estudar a dinâmica da alteração na interpretação das normas jurídicas. Tal abordagem não pode ser feita dissociada do neoconstitucionalismo e de um ativismo judicial moderado. Como contraponto, o estudo utiliza as correntes contrárias ao ativismo judicial, que buscam uma limitação à atividade interpretativa do juiz, centrando-se na objeção da legitimidade democrática. Utiliza-se, como exemplo de antagonismo, a doutrina de Lenio Streck, denominada de crítica hermenêutica do Direito. Esta se centra em marcos doutrinários que privilegiam o papel da tradição na interpretação-aplicação do Direito. Apresenta-se, então, a aporia de como resolver um caso em que não haja tradição consolidada. O trabalho passa, assim, a abordar um ativismo moderado. Apenas com o entendimento da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais é que se podem compreender os entrelaçamentos enfrentados. Corolária dessa natureza, a ideia da Constituição como moldura permite o desenvolvimento da discricionariedade do aplicador do Direito. A evolução jurídica dos direitos fundamentais demanda a adoção de um suporte fático amplo, que permita que o Direito faça frente às crescentes e mutáveis demandas sociais, deixando-se para o caso concreto o juízo de ponderação a ser realizado. É com uma interpretação funcional que se concretiza a dinâmica acima, aliada à lógica do razoável e a uma interpretação tópica.

Palavras-chave: Ordem espontânea. Pragmatismo jurídico. Crítica hermenêutica do Direito. Suporte fático amplo. Natureza principiológica.

ABSTRACT

The present work aims at the analysis of law as a spontaneous order, according to Hayek's doctrine, and its compatibility with legal pragmatism. Starting from the premise that the law has a changing movement, we proceed to study the dynamics of the change in the interpretation of legal norms. Such an approach can not be dissociated from neoconstitutionalism and moderate judicial activism. As a counterpoint, the study uses the currents contrary to judicial activism, which seek a limitation to the interpretive activity of the judge, focusing on the objection of democratic legitimacy. As an example of antagonism, Lenio Streck's doctrine, called the hermeneutic critique of Law, is used. The latter is centered on doctrinal milestones that privilege the role of tradition in the interpretation and application of Law. It presents, then, the aporia of how to solve a case in which there is no consolidated tradition. The work then goes on to address a moderate activism. It is only with the understanding of the principiological nature of the norms of fundamental rights that one can understand the clashes confronted. Corollary of this nature, the idea of the Constitution as a frame allows the development of the discretion of the applicator of Law. The legal evolution of fundamental rights demands the adoption of a broad factual support, which allows the law to cope with growing and changing social demands, leaving to the concrete case the judgment to be carried out. It is with a functional interpretation that the above dynamics, allied to the logic of the reasonable, and a topical interpretation are concretized.

Keywords: Spontaneous order. Legal pragmatism. Hermeneutic Critique of Law. Broad phatic support. Principle nature.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PRAGMATISMO, ORDEM ESPONTÂNEA E SUA DINÂMICA: PARA ALÉM DO FORMALISMO	14
2.1 Formalismo ou casuísmo? Dilema da contemporaneidade	14
2.2 O pragmatismo jurídico e a evolução do Direito – breve introito	16
2.3 Breve nota sobre a análise econômica do Direito	22
2.4 A ordem espontânea de Friedrich Hayek como parâmetro	26
2.5 A dinâmica da ordem espontânea: como o Direito muda ou evolui?	34
2.5.1 Cardozo e seu contributo acerca dos métodos.....	35
2.5.2 O pensamento tópico-problemático de Levi e Viehweg.....	40
2.6 A apresentação da norma jurídica diante da superação do formalismo: silogismo ou cinismo?	45
3 ATIVISMO, PROTAGONISMO JUDICIAL E SEUS DETRATORES: O CASO DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO	49
3.1 Neoconstitucionalismo e suas críticas: constitucionalismo contemporâneo, pragmatismo e evolucionismo jurídico como um trinômio potencialmente conjugado	49
3.2 Procedimentalismo e desacordo como objeções à expansão do poder judicial	63
3.2.1 John Hart Ely e a concepção procedimental do Judiciário.....	63
3.2.2 Desacordos e democracia: o papel do Judiciário na visão de Jeremy Waldron.....	66
3.3 Pragmatismo e evolucionismo jurídicos contestados: as oposições às teorias esboçadas	70
3.4 A crítica hermenêutica do Direito e seu antagonismo ao pragmatismo e ao ativismo judicial	77
3.4.1 A corrente de Lenio Streck.....	78

4 CONSTITUIÇÃO-MOLDURA, SUPORTE FÁTICO AMPLO E A INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL – POR UM ATIVISMO MODERADO.....	88
4.1 Retomando o raciocínio: o ativismo judicial moderado e o contraponto à teoria streckiana – o problema dos casos sem tradição estabelecida.....	88
4.1.1 O problema da subjetividade e a força normativa dos fatos.....	95
4.2 A natureza das normas sobre direitos fundamentais e a Constituição-moldura como instrumentos da ordem espontânea.....	98
4.3 Suporte fático amplo e a evolução do Direito: incompatibilidade com um suporte fático restrito.....	107
4.4 Mutação e interpretação do Direito: o caso da interpretação funcional e da lógica do razoável.....	115
4.4.1 Mutação constitucional como evolução do Direito.....	121
4.5 <i>Leading cases</i> do Supremo Tribunal Federal, suporte fático amplo e a ausência de tradição.....	126
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	137
REFERÊNCIAS.....	142

1 INTRODUÇÃO

No Direito brasileiro, há uma reprodução vertiginosa de manuais e cursos esquematizados, que a pretexto de contribuírem para a formação acadêmica do estudante e do profissional jurídico, repetem ementas de tribunais sem nenhuma espécie de análise crítica mais apurada.

A mudança ou oscilação no entendimento jurisprudencial tem sido um festejado motivo para lançamentos de edições, formulação de questões de concursos públicos e repetições infundáveis por profissionais e estudantes como símbolo de pretensa erudição.

Não se estuda, contudo, a natureza da ordem jurídica enquanto ordem espontânea, nem a gênese e a dinâmica dos movimentos que acarretam a adoção de novas posturas na resolução dos casos que são levados à apreciação do Estado. Assiste-se a um fenômeno de multiplicação de colagens de decisões, transformando-se peças e trabalhos acadêmicos em simples repositórios de jurisprudência.

A mutação do entendimento jurisprudencial, claro, tem sido reconhecida, em especial após a Constituição de 1988, no final da segunda quadra do século XX, momento de ruptura com o histórico período ditatorial vivenciado no país e que impedia soluções que sobejassem a mera literalidade dos enunciados normativos.

Em países com tradição democrática mais consolidada, como os Estados Unidos da América, já se debate, há tempos, acerca do protagonismo judicial e das diferentes soluções que podem ou não ser adotadas no curso da interpretação-aplicação do Direito. Tal análise, todavia, restou postergada no Brasil, que vive uma discussão tardia acerca do papel da hermenêutica e do Judiciário na implementação dos direitos fundamentais.

O pragmatismo jurídico, movimento que deita raízes no pragmatismo filosófico, tem sido repellido com veemência por grande parte da doutrina nacional, utilizando-se a repetição de lugares-comuns que não refletem, necessariamente, a corrente moderada e contemporânea desse movimento jurídico.

Igualmente, pouco ou nada se fala acerca do contributo de Hayek, tão festejado em diversos países, para a área jurídica. Aparentemente, convencionou-se que o Direito é mutável, sem maiores reflexões ou digressões.

Em tempos de “operação lava-jato”, sagra-se forte discussão sobre o papel do juiz e os limites da sua atividade. Compreender o problema demanda um esforço analítico acerca do formalismo e de seus movimentos contrários. Surpreendentemente, ocorreram movimentações crescentes contra o ativismo judicial, num país onde a população parece encontrar-se órfã de um Legislativo responsável.

Dentro desse arcabouço, o cerne do trabalho que se apresenta reside na tentativa de demonstrar o desacerto de correntes tradicionalistas e contrárias a um certo teor ativista da jurisdição. Se há um excessivo apelo de vários operadores ao respeito à tradição, aos precedentes, em especial com o advento de um novo Código de Processo Civil, surge uma aporia iniludível quando chegam ao Estado-juiz casos em que inexistente uma tradição consolidada, seja em nível doutrinária, seja em nível jurisprudencial.

A segurança jurídica, claramente, é um dos apanágios do Estado Democrático de Direito, contudo não é o único valor a ser prestigiado em um Direito que visa concretizar o ideal de justiça socialmente difuso. Surge, assim, um contraponto, uma clara tensão entre o pragmatismo, que enxerga a lei, os precedentes e a doutrina como diretrizes não necessariamente vinculantes, e a segurança jurídica.

No seio do problema, entender o Direito como uma ordem espontânea, doutrina hayekiana, parece ser uma premissa inafastável, por mais literalidade que se queira atribuir à interpretação. É fato que os quadros de referência valorativos mudam, e nesse câmbio também se altera a interpretação dos enunciados normativos, com a criação de novas normas jurídicas.

A visão do Direito como algo espontâneo não prescinde, todavia, de uma análise mais acurada sobre como se dá a alteração interpretativa. Nisto, a tópica de Viehweg, o raciocínio jurídico de Levi, a lógica do razoável de Siches, entre outros contributos teóricos, podem auxiliar na elucidação.

Como exemplo de contraponto ao ativismo e ao pragmatismo, utiliza-se a escola da crítica hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, que tem ganhado numerosos adeptos ao longo dos últimos anos, seja por conta das inúmeras obras de seu fundador, seja por conta de sua frequente atuação jornalística em periódicos jurídicos. Numa tentativa de mixagem de autores do giro linguístico, como Heidegger e Gadamer, com o a doutrina americana de Dworkin, Streck apresenta uma forte crítica às teorias discursivo-argumentativas, à criatividade judicial e ao pragmatismo jurídico.

O ponto nevrálgico reside, repita-se, em como lidar com casos onde inexista tradição consolidada, já que tal conceito é caro não apenas do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista filosófico, para aqueles que adotam incontinentemente o chamado giro linguístico.

O trabalho está estruturado em três capítulos, seguindo-se uma lógica de tese, antítese e síntese. No primeiro deles, parte-se da superação do formalismo jurídico, estabelecendo-se os paradigmas doutrinários que possibilitaram a sua superação e impedem seu retorno. Após, uma iniciação ao pragmatismo jurídico americano de Holmes e Posner torna-se essencial para compreender a controvérsia. Tenta-se, neste particular, demonstrar a sua compatibilidade com a teoria de Hayek (Direito como ordem espontânea). Busca-se, então, compreender a dinâmica da ordem espontânea através de Viehweg, Levi e Cardozo. Não se poderia, decerto, falando de pragmatismo, deixar de mencionar, ainda que brevemente, a análise econômica do Direito.

No segundo capítulo, tem-se uma exposição que privilegia o neoconstitucionalismo, o ativismo e o pragmatismo, apresentando-se, em seguida, as principais críticas a tais movimentos. O capítulo finaliza com a abordagem da teoria de Lenio Streck, fazendo-se um apelo a Dworkin, Gadamer, Heidegger, ao giro linguístico e ao papel desempenhado pela tradição.

No último capítulo, apresenta-se a resposta aos detratores do pragmatismo e do ativismo, abordando-se a necessidade de um ativismo moderado e de uma cidadania jurídica diante da ausência de resolutividade aos problemas da sociedade pelos demais poderes. Analisando-se a natureza jurídica principiológica dos direitos fundamentais, a necessidade de se compreendê-los com um suporte fático amplo e a interpretação funcional, percebe-se que a ideia do Direito enquanto ordem espontânea não pode ser refutada, em especial quando não se encontra tradição (precedentes) consolidada relativamente ao caso. As obras de Robert Alexy, Virgílio Afonso da Silva, Eros Grau, Siches e Jerzy Wróblewski ocupam a espinha dorsal desse capítulo.

Ao fim, apresentam-se alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal em que foi necessário o apelo a uma concepção principiológica, ao suporte fático amplo dos direitos fundamentais e a uma interpretação funcional para se fazer frente às demandas mutáveis e crescentes da sociedade, confirmando-se o raciocínio exposto.

Cumprе consignar que apenas a compreensão aprofundada dos mecanismos de evolução do Direito, aliada a um ativismo moderado e ao pragmatismo nos moldes propostos, permite a apresentação de soluções aos casos novos e impensados pelo legislador histórico, evitando-se o retorno a um Judiciário repetidor de comandos, num país que ainda não cumpriu com as promessas consagradas no texto constitucional.

2 PRAGMATISMO, ORDEM ESPONTÂNEA E SUA DINÂMICA: PARA ALÉM DO FORMALISMO

2.1 Formalismo ou casuísmo? Dilema da contemporaneidade

Houve um tempo em que aplicar o Direito era, fundamentalmente, uma operação silogística dedutiva. Premissa maior, premissa menor e conclusão eram os atores que mais permeavam o pensamento do operador do Direito. Era o tempo do positivismo legalista, quando a atividade jurídica era vista como aplicar a lei, e nada mais. Direito? Resumia-se ao positivado, criado pelo legislador, rejeitando-se as impurezas irracionais e anticientíficas de natureza política, ética ou axiológica. O Direito era a lei, e o conhecimento em sentido estrito era o científico. A objetividade era a marca da ordem jurídica, que relegava à ciência jurídica a missão de proporcionar-lhe sistematicidade.¹

A barreira criada pelo positivismo jurídico foi um dos maiores obstáculos ao crescimento de uma filosofia do Direito. Como inimigo comum aos jusnaturalistas e realistas, apresentava-se o formalismo jurídico, visto como uma teoria da justiça segundo a qual ato justo é aquele conforme à lei (formalismo ético ou legalismo). Lei era justa por ser lei. Formalismo jurídico também era uma teoria particular do Direito enquanto forma. Normativismo designava, também, uma maneira de fazer ciência do Direito, uma espécie de formalismo científico, que não tinha por objeto fatos do mundo físico, mas qualificações normativas de fatos. Por fim, um quarto sentido pode ser atribuído ao formalismo como atividade interpretativa que privilegiava o método lógico e sistemático em detrimento do histórico e teleológico (reflexo da oposição entre a jurisprudência dos conceitos e a jurisprudência dos interesses).²

Duas relevantes dimensões do formalismo são o grau e a persistência da conformidade com as formalidades e o grau de absolutismo da sanção de nulidade pelo fracasso no adimplemento de tais formalidades. Sacrifica-se a justiça substantiva no caso particular. No âmbito interpretativo, deve-se aprofundar o formalismo como uma técnica hermenêutica

¹ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35-40.

² BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Editora Unesp, 2016, p. 99-120.

baseada no significado das normas, recusando a referência aos propósitos, às políticas gerais subjacentes ao ordenamento jurídico ou às preferências extrajurídicas do intérprete.³

Até mesmo o Código de Napoleão, texto expoente do exegetismo, não fora idealizado para tanto, mas sim como um instrumento iluminista de retorno à natureza, adaptando-se o texto às exigências universais humanas. Na ausência de lei, os seus redatores queriam permitir um influxo de vida no Direito por meio do julgador, coisa que foi esquecida pelos aplicadores do normativo. O próprio fato da codificação, aliado à mentalidade dos juristas, à doutrina da separação de poderes e aos anseios de segurança jurídica, é ingrediente no caldeirão que veio formar a escola da exegese. A concepção rigidamente estatal do Direito, com uma interpretação fundada na intenção do legislador, cultuando-se o texto da lei em respeito à autoridade, caracterizou essa escola jurídica.⁴

Ocorre que o fetichismo com a lei e o legalismo sem senso crítico, filhos do positivismo jurídico, deram anteparo a autoritarismos variados. Se a justiça se encerrava quando da positividade da norma, qualquer ordem era ordem justa. Sua decadência, como é de sabença comum, adveio emblematicamente com a derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos político-militares que se beneficiaram do quadro de legalidade para promover a barbárie em nome da lei. Tanto foi assim que os acusados de Nuremberg defenderam-se invocando o cumprimento da lei e a obediência a ordens de autoridades competentes. A ideia de um ordenamento alheio a valores éticos e da lei como fruto do formalismo, independentemente do seu produto, não mais prevaleceria. Abre-se caminho para o chamado pós-positivismo, um ideário que abrange a definição das relações entre valores, princípios e regras, associados ao novo papel da hermenêutica e dos direitos fundamentais.⁵

O realismo jurídico, objeto de análise no tópico seguinte, é visto como um dos movimentos teóricos que contribuiu decisivamente para a superação do formalismo jurídico e da crença no mecanicismo da atividade judicial.⁶

O cerne da controvérsia é que nem sempre as questões postas à resolução do Estado-juiz são passíveis de uma resolução silogística. Por exemplo, no Uruguai, uma mulher fora impedida de realizar abortamento em virtude de uma decisão judicial obtida pelo pai do

³ KENNEDY, Duncan. Formalismo jurídico. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo** jurídico: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 16-17.

⁴ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 2016, p. 65-89.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 326-327

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 428.

nascituro.⁷ No Brasil, um portador do HIV teve sua dispensa imotivada revertida pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, ao argumento de discriminação.⁸ A decisão do TST é amparada em enunciado sumular sem base em regras específicas, mas numa concepção de direitos fundamentais aplicados às relações privadas.⁹ No Reino Unido, aprovou-se uma lei que permite a inseminação artificial com o DNA de três pessoas¹⁰, tendo nascido, em 2016, o primeiro bebê com essa técnica.¹¹

Em todas as decisões acima, há uma concepção forte de direitos fundamentais e a ausência de normas explícitas que tipifiquem o núcleo das condutas. São questões que os legisladores possivelmente não imaginavam que, há décadas, mereceriam atenção do Direito. A sociedade evolui. As demandas mudam. As disposições normativas precisam adaptar-se às novas necessidades sociais, e a proibição do *non liquet* impede que o Judiciário se abstenha de decidir um caso, por mais problemático e nebuloso que ele se apresente. Este é o problema central que será, de forma abstrata, tratado nos tópicos subsequentes.

2.2 O pragmatismo jurídico e a evolução do Direito – breve introito

O trabalho se foca no evolucionismo jurídico, na dinâmica de modificação do Direito e sua relação estreita com o pragmatismo jurídico, corrente que melhor se adapta a quanto será desenvolvido nas linhas que se seguem.

⁷ BBC News. Homens têm direito a decidir sobre o aborto? BBC Brasil. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39091916>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Empregado portador do vírus HIV. Dispensa imotivada. Discriminação. Súmula nº 443 do TST. Trata-se de hipótese na qual a reclamada dispensou, sem justa causa, o empregado portador do vírus HIV, ao argumento de que ele liberara descontos em roupas de coleção nova fora dos parâmetros fixados. No entanto, prevalece nesta Corte Superior o entendimento de que caracteriza ato discriminatório a dispensa imotivada de empregado portador de doença grave ou que cause estigma ou preconceito, a pretexto de motivação de ordem técnica, sem ocorrência de justa causa e ciente o empregador do estado de saúde do trabalhador. Inteligência da Súmula nº 443 do TST. Recurso de revista conhecido, nesse particular, e provido. Processo RR 23955120115020081. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: DEJT 05/06/2015. Julgamento: 27 de maio de 2015. Relator Min. Walmir Oliveira da Costa.

⁹ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 443. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Direito à reintegração. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.9.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 23 mar. 2017.

¹⁰ A técnica é utilizada para prevenir doenças mitocondriais derivadas de defeitos genéticos transmitidos pela mãe, utilizando o espermatozoide do pai, o óvulo da mãe e a mitocôndria de uma doadora.

¹¹ G1. Nasce 1º bebê por nova técnica de fertilização com três pais. G1, São Paulo Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/nasce-1-bebe-por-nova-tecnica-de-fertilizacao-com-tres-pais-diz-revista.html>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

Apesar de não ser o único tema, impescindem explicações acerca do pragmatismo jurídico, o que possibilitará a demonstração de seu intercâmbio com o evolucionismo.

Pragmatismo jurídico é um termo relativamente vago, utilizado para designar um estilo de decisão judicial. Enquanto o positivista se ocupa de assegurar a coerência com as decisões passadas, o pragmático jurídico assegura a coerência com o passado na medida em que a decisão é o melhor método para produzir resultados visando o futuro. Ele analisa a jurisprudência, a legislação e o texto constitucional como fontes de informação potencialmente úteis sobre o possível melhor resultado, como marcos que não podem ser ignorados gratuitamente por serem pontos de referência. Não se restringe, contudo, a amarras explícitas para encontrar uma solução adequada ao caso.¹²

O presente estudo não se presta a analisar os detalhes linguísticos do pragmatismo filosófico, mas apenas a sua aplicação ao Direito, na forma do pragmatismo jurídico. Filosoficamente, o pragmatismo, como filosofia que aflorou nos Estados Unidos pós-guerra civil, é visto como uma teoria que procura compreender como se dá o conhecimento. Calca-se na ideia de que o significado de um conceito está nas suas consequências práticas, nas possibilidades de ação que ele define. No campo do Direito, teve sua primeira representação com Oliver Wendell Holmes Jr. Para o pragmatismo jurídico, a lei não é um conjunto de deduções, mas um processo de adaptação experimental de tomada de decisão em determinados casos, encontrando soluções que funcionem bem no contexto social. É uma oposição ao formalismo jurídico. Levando em conta as necessidades sociais, as decisões jurídicas ficam mais próximas da comunidade. Teorias tornam-se impraticáveis quando sua abstração é excessiva. Rejeita-se, por outro lado, o decisionismo, pois o pragmatismo jurídico não admite qualquer decisão, mas apenas aquela que, atendendo às necessidades sociais, pode ser justificada normativamente. O realismo jurídico é expressão do pragmatismo.¹³

Sendo uma crítica ao positivismo jurídico que possui raízes na jurisprudência dos interesses, passa a dar atenção ao problema jurídico concreto, já que este envolve interesses que são a causa última da existência do Direito e das leis. A expressão “realismo jurídico” aparece como corolário do pragmatismo, ligada à visão de que o Direito deve ser apreendido na realidade, na produção jurídica dos tribunais. As proposições gerais não decidem os casos

¹² POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martin Fontes, 2012, p. 380-382.

¹³ FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSA, Enoque et al. (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**: volume 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 43-49.

concretos isoladamente, porquanto dependem da análise dos fatos e da história do caso no Judiciário. Não se desconsidera a lei, nem se ignora a emergência do estado liberal e do princípio da legalidade, mas se reconhece que a criação do Direito não está reclusa à atividade legiferante. Interpretar o Direito envolve os valores, presentes nos princípios constitucionais, as previsões legais, os precedentes judiciais e as consequências econômicas e sociais da decisão judicial.¹⁴

É relevante o entendimento de um dos primeiros autores classificados dentro do pragmatismo jurídico, Oliver Wendell Holmes Jr, em seu célebre discurso “*The Path of the Law*”.

O Direito, para Holmes, tem a ver com predição. As pessoas têm interesse em saber o que devem fazer para evitar que a coerção estatal seja utilizada em seu desfavor. Tem-se o temor diante das consequências do Direito, e seria hipocrisia negar isso. Não se quer dizer que a moral (cumprir um dever apenas por si, independentemente de sanções) seja totalmente dissociada do Direito, pois este é testemunha e depósito da vida moral, e sua história é vinculada ao desenvolvimento moral do homem. A prática do Direito tende a constituir bons cidadãos. O que se quer dizer é que um homem desprovido de valores morais, um homem mau, tem tanto interesse quanto um virtuoso na obediência ao Direito, porque ambos querem impedir as consequências negativas do descumprimento de um dever jurídico. Muito se fala do Direito enquanto sistema lógico, mas do ponto de vista daqueles que querem evitar as consequências negativas, pode-se dizer que ele é o conjunto das profecias do que as cortes farão de fato. Distinções abstratas, sem reflexo prático, são desprezadas pelo pragmatista, salvo se acarretarem diferentes consequências.¹⁵

Como o Direito evolui, do ponto de vista pragmático? Há, como visto, um interesse na predição, em descobrir uma explicação para o crescimento do Direito. Fixada na relação de causa e efeito, há uma tendência a encarar o Direito como lógica, a exemplo das ciências naturais. Uma grande parte do Direito, todavia, varia consoante a mutação dos costumes da comunidade. Incumbe ao julgador reconhecer seu dever de ponderar considerações de vantagens sociais. Um corpo legislativo é mais racional e civilizado quando suas normas são

¹⁴ CATÃO, Adrualdo de Lima. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. In: CATÃO, Adrualdo de Lima; NETTO, Antonio Alves Pereira; MONTEIRO, Vítor de Andrade. **Filosofia do Direito na contemporaneidade**: pragmatismo jurídico, análise econômica do Direito e conectividades. Curitiba: Juruá, 2014, p. 15-28.

¹⁵ HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, v. 10, n. 8, p. 457-478, mar. 1897. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/1322028.pdf?refreqid=excelsior:1d265a3cfd782eed53ae8ec364be0a8f>>. Acesso em: 03 jun.2016.

vinculadas aos fins que servem e quando as razões para desejar estas finalidades são explícitas. A história é uma parte do estudo do Direito, mas a análise das consequências é o caminho para o aplicador da lei preocupado com o futuro. Pensar o passado é útil desde que ilumine o presente. Deve-se seguir o conjunto de pontos de partida (textos legais) nas suas mais altas generalizações com a ajuda da jurisprudência, depois descobrir com a história como se chegou até ali e, por fim, considerar os fins buscados pelas normas para ponderar se valem o preço de sua aplicabilidade.¹⁶

O discurso de Holmes deve ser visto como um discurso argumentativo com intenção retórica de convencimento de uma audiência, e seu sucesso depende da habilidade em gerar um argumento que leve o auditório a um fim determinado. Coincide com um raciocínio entimemático usado pelo silogismo retórico, como se verá em tópicos subsequentes.¹⁷

A doutrina encetada por Holmes resgata o Direito do formalismo. Tendo composto o chamado clube metafísico, no início de 1870, juntamente com Charles Peirce, William James, Chauncey Wright e Nicolas St. John Green, ele foi fortemente influenciado pela máxima pragmática de que se devem considerar quais efeitos ou consequências práticas tem um objeto, pois elas influenciam a concepção do próprio objeto. Concepções abstratas devem ser analisadas de acordo com seus efeitos práticos. Os pontos de vistas diferentes são parte essencial de uma controvérsia legal, cuja resolução demanda entender como eles podem ser incorporados nos padrões da comunidade e como esses padrões governam o processo decisório. O Direito, para Holmes, vem do reino da experiência, e não do reino abstrato da verdade lógica, sendo um produto da comunidade, um conjunto de valores sociais que mantêm sua legitimidade enquanto tiverem efeitos positivos nas relações humanas. O julgamento deve se alinhar ao senso de justiça da comunidade, cujos valores servem de base para o processo de decisão judicial. O pragmatismo jurídico vê o valor no debate.¹⁸

Muitos enxergam Holmes como um darwinista social, dada a sua concepção de evolução do Direito. Fica claro que a definição do Direito como as profecias que as Cortes farão de fato pode ser vista como uma aplicação do pragmatismo filosófico ao Direito. O teste de valor ou de utilidade de uma ideia repousa, repita-se, nas consequências que seguem à sua

¹⁶ Ibid.

¹⁷ SCHWARZ, Joan. Oliver Wendell Holmes's "The Path of the Law": conflicting views of the legal world. *American Journal of Legal History*, Oxford, MI, v. 29, n. 3, p. 235-250, jul. 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/844757?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 ago. 2016.

¹⁸ WELLS, Catharine Pierce. Old-fashioned postmodernism and the legal theories of Oliver Wendel Holmes. *Brooklyn Law Review*, Brooklyn, NI, v. 63, n. 1, p. 59-86, 1997. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1472&context=lsfp>>. Acesso em: 03 set. 2016.

aplicação. Apesar de reconhecer que o Direito evolui paulatinamente, de forma espontânea, o pragmatismo de Holmes admite que ele possa ser modificado para auxiliar a realidade.¹⁹

Sem negar a importância da Constituição e das leis, deve-se reconhecer que elas são estudadas, também, de acordo com o que decidem as cortes. No enfrentamento de uma questão nova, o julgador enfrenta uma série de decisões centrais. Compara a nova questão com casos marginais até encontrar um princípio colidente. Eventualmente, uma fronteira entre os princípios contendores será vista, mas até lá uma zona de penumbra permanecerá. A Constituição é uma força viva, e o conteúdo dos seus direitos fundamentais pode ser delineado através dos precedentes.²⁰

Há um traço hobbesiano em Holmes, ao valorizar o entendimento do Judiciário. Como base para o estudo do Direito, influenciado pelo empirismo das ciências naturais, ele sugere a economia.²¹

Não se pode negar o valor das crenças morais da sociedade, já que elas necessariamente afetam as percepções constitucionais em geral, bem como acerca do conteúdo dos direitos fundamentais. O Estado deve resguardar os valores sociais, mas não todos, já que frequentemente há conflitos de polos antagônicos. A maioria das normas sociais que têm sido implementadas nas últimas décadas não era realidade no Brasil até bem pouco tempo, o que demonstra a mutação, o evolucionismo das concepções constitucionais. Há, decerto, o problema da escolha política, e não se podem excluir totalmente considerações acerca dos valores sociais, sob pena de se tentar descrever uma ordem governamental não condizente com a experiência humana.²²

O Direito é contínuo com a moralidade, garantindo um conjunto de deveres morais. Quanto mais a ordem jurídica refletir os valores de uma comunidade, mais fácil será observá-

¹⁹ VETTER, Jan. The Evolution of Holmes, Holmes and Evolution. *California Law Review*, Berkeley, CA, v. 72, n. 3, p. 343-368, mai. 1984. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2098&context=californialawreview>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

²⁰ NOVICK, Sheldon M. Holmes's constitutional jurisprudence. *Southern Illinois University Law Journal*, Buffalo, NY, v. 18, n. 2, p. 347-356, 1994. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/siulj18&div=21&id=&page=>>>. Acesso em: 11 set. 2016.

²¹ NOVICK, Sheldon M. Holmes's path, Holmes's goal. *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachusetts, v. 110, n. 5, p. 1028-1032, 1996. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hlr110&div=52&g_sent=1&casa_token=>>. Acesso em: 11 set. 2016.

²² SCALIA, Antonin. Morality, pragmatism and the legal order. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Cambridge, Massachusetts, v. 9, n. 1, p. 123-128, 1986. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlp9&div=26&g_sent=1&casa_token=>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

la. O argumento central de Holmes é o de que as pessoas se importam com o Direito porque o Judiciário tem empoderamento para usar uma força descomunal. Uma pessoa prudente quer saber como evitar o uso dessa força. O valor principal de uma norma jurídica é sua vantagem social, que requer um julgamento econômico ponderando custos e benefícios. Se o Direito é um sistema de coerção, esta deve ser dirigida a uma finalidade que garanta vantagens sociais.²³

Esclareça-se, contudo, que valores morais até podem ser parte do conteúdo do Direito, mas isso não deve significar a importação de juízos subjetivos do magistrado encobertos pela linguagem abstrata dos direitos. A separação epistemológica entre Direito e moral não é absoluta, mas a presença da moral não pode significar a negação do modelo de Estado de Direito baseado na prevalência da legislação, ou mesmo a negação de costumes arraigados, precedentes claramente identificados como textos jurídicos dogmáticos ou juízos legislativos. O pragmatismo critica, como visto, as entidades abstratas, e defende que os fatos auxiliam na determinação da correção ou não da interpretação jurídica. Eis uma ressalva contra a argumentação meramente calcada em princípios morais, porque estas podem gerar obscurecimento das verdadeiras razões da decisão, que devem estar contidas nos fatos concretos e na história do caso, valorizando-se uma análise histórica do Direito e a força dos contextos na resolução dos conflitos. A crítica do pragmatismo jurídico é feita ao moralismo vinculado ao abuso dos princípios na argumentação jurídica. Nos casos fáceis, os critérios podem ser encontrados de forma bem determinada, reduzindo-se o papel dos princípios sob pena de insegurança jurídica.²⁴

Já ficou claro que o pragmatismo jurídico busca adaptar o significado das normas às necessidades sociais, ao contrário dos defensores do originalismo que, a despeito das mudanças na sociedade política, defendem a fixação dos textos legais, salvo se modificados pelos procedimentos previstos. O ponto do pragmatismo jurídico é claro: o de que o intérprete da Constituição se depara com questão que não foi levada em consideração pelos constituintes. Para os seus detratores, as normas constitucionais deveriam ser interpretadas de acordo com a concepção da comunidade linguística na época da sua aprovação, contudo a

²³ POSNER, Richard A. The path away from the law. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, v. 110, n. 5, p. 1039-1043, 1997. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr110&div=54&id=&page=>> . Acesso em: 02 set. 2016.

²⁴ CATÃO, Adualdo de Lima. Direitos sociais e o pragmatismo jurídico: do caso Lockner à proibição do retrocesso social. **Revista jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 16, n. 109, p. 473-474, 2014.

linguagem faz parte de um empreendimento social e contextual. Novos problemas atraem questões irrespondíveis para aqueles que não acompanham a evolução do Direito.²⁵

O pragmatismo jurídico pode ser caracterizado, atualmente, como (i) uma abordagem que olha para frente, valorizando a continuidade com o passado quando esta é capaz de ajudar a lidar com os problemas presentes e futuros; (ii) ativista, pois voltada para o progresso, mas não necessariamente vinculada ao ativismo judicial, já que uma postura não ativista, em certos momentos, pode ser mais adequada ao pragmatismo jurídico; (iii) empírica, já que se interessa pelos fatos, desejando estar informada sobre funcionamento, propriedades e efeitos prováveis de diferentes planos de ação; (iv) cética, porque guarda desconfiança com qualquer afirmação de obtenção de verdade final, o que demonstra sua prevalência com o evolucionismo; (v) antidogmática e antimetafísica, buscando manter vivo o debate e aberta a investigação, enxergando as teorias como ferramentas que auxiliam o homem a explicar e prever; (vi) que enfatiza a primazia do social sobre o natural.²⁶

As ideias acima demonstram a possibilidade de conciliar a tópica com o pragmatismo, bem como a concepção do Direito enquanto ordem que evolui espontaneamente com modificações inseridas pelo próprio homem conscientemente. Estes pontos de vista serão desenvolvidos nos tópicos subsequentes.

2.3 Breve nota sobre a análise econômica do Direito²⁷

Tornou-se praticamente um lugar-comum associar o pragmatismo jurídico com uma concepção efficientista do Direito, que identificaria na justiça um sinônimo de economicidade e geração de riquezas. Uma ordem justa seria aquela que mais riqueza gerasse, supostamente.

A disciplina denominada *law & economics*, ou Direito e Economia, consiste em aplicar o instrumental da teoria econômica (microeconomia) aos ramos jurídicos, mesmo os mais afastados das questões econômicas. Questionamentos cotidianos envolvem escolhas que

²⁵ EASTERBROOK, Frank H. Pragmatism's role in interpretation. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, Massachusetts, v. 31, n. 3, p. 901-906, 2008. Disponível : < https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9994&context=journal_articles>. Acesso em: 05 mar. 2017.

²⁶ POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 1-10.

²⁷ O presente tópico foi, em outros termos, desenvolvido em obra coletiva, da qual participou o autor do presente trabalho: TORRES, Márcio Roberto. A participação popular como critério de eficiência administrativa: por uma concepção democrático-deliberativa além do efficientismo econômico. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Direito administrativo transformador**. Curitiba: Juruá, 2017.

são passíveis de análise econômica. Se é assim, a análise econômica do Direito observa o fenômeno jurídico sob a ótica das suas consequências, antevendo comportamentos. Um dos grandes expoentes da atualidade neste campo é Richard Posner, cujas obras poderão servir de auxílio à compreensão do problema.²⁸

Enquanto o Direito é verbal, hermenêutico e aspira à justiça, a Economia é matemática e eminentemente empírica. Com as obras de Guido Calabresi e Ronald Coase tem-se o marco inicial do movimento moderno da análise econômica do Direito. Seu estudo, junto da obra de Posner, permite criar algumas premissas: i) existe uma maximização racional das necessidades humanas; ii) os indivíduos obedecem a incentivos de preços para balizar o seu comportamento racional; iii) regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a consequente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social.²⁹

A essência da abordagem original de Posner está em insistir que todos os custos e benefícios, inclusive os não pecuniários, sejam levados em conta para decidir o que é uma prática ou uma norma eficiente. O cerne estaria em uma análise de custo-benefício das condutas reguladas pelo Direito, evitando o desperdício social, e isto seria importante em especial no âmbito do Direito público, onde os textos se limitam a criar balizamentos de caráter geral, deixando uma grande área em aberto para o exercício da discricionariedade, que poderia ser disciplinada mediante o compromisso com a abordagem econômica. O ser humano é, segundo esta corrente, instintivamente um maximizador racional das suas necessidades, em aspectos como vida, casamento, ações judiciais, crime. A eficiência caracterizaria um conceito de justiça adequado.³⁰

Não se quer dizer que existiria um “detestável homenzinho econômico”³¹ em cada um, mas apenas que o ser humano persegue suas necessidades com as atenções voltadas para o futuro, comprando as oportunidades que se apresentarem no momento em que tiver de realizar

²⁸ TOLEDO, Raphaela Sant’Ana Batista. A análise econômica do Direito: contributos e limites da vertente de análise pragmática de Richard Posner ao Direito & Economia. In: CATÃO, Adrualdo de Lima; NETTO, Antonio Alves Pereira; MONTEIRO, Vítor de Andrade (Coord.). **Filosofia do Direito na contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do Direito e conectividades**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 195-198.

²⁹ MONTEIRO, Vítor de Andrade. O critério da eficiência na efetivação do direito social à moradia adequada. In: CATÃO, Adrualdo de Lima; NETTO, Antonio Alves Pereira; MONTEIRO, Vítor de Andrade (Coord.). **Filosofia do Direito na contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do Direito e conectividades**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 125-126

³⁰ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, passim.

³¹ A expressão é utilizada nas obras de Richard A. Posner.

uma escolha. O homem não é um calculador incansável e infalível, mas uma análise custo-benefício restaria ínsita à sua natureza.³²

A maximização da riqueza seria um valor a ser perseguido pelo Direito. Tal concepção gerou uma série de críticas, em especial uma severa por parte de Ronald Dworkin, que tratou de desconstruir o raciocínio tradicional da análise econômica do Direito (de que a riqueza seria um valor).³³

A análise econômica do Direito possui uma vertente positiva (em que o Direito pode ser mais bem compreendido em termos de maximização de riqueza e busca de benefícios) e uma vertente normativa (deve-se fazer com que o Direito se ajuste o máximo possível diante dos ditames da maximização de riqueza). Posner, após as críticas, passa a reconhecer que a maximização da riqueza é insatisfatória como norma social universal. O operador do Direito atua numa estrutura estabelecida pela Constituição, que exclui as aplicações eticamente mais questionáveis da maximização da riqueza.³⁴

O argumento econômico como critério único de eficiência é polêmico, porque carrega a falsa ideia de que os direitos individuais prevaleceriam em detrimento dos demais, por serem tradicionalmente vistos como não geradores de despesas. A eficiência seria prestigiar os direitos individuais em desfavor das demais dimensões fundamentais? A distinção foi superada pelo entendimento atual de que todos os direitos geram custos, mesmo os direitos de defesa, já que demandam recursos para a sua efetivação³⁵, por exemplo, a manutenção de um custoso, porém essencial aparato policial para assegurar o direito à vida, ou o direito à propriedade.

Estudos robustos de Cass Sunstein e Stephen Holmes demonstram que a clássica distinção entre direitos negativos e positivos não é evidente e não aparece em lugar algum nos textos constitucionais. A dicotomia está enraizada no pensamento jurídico. Ocorre que todo direito costuma ter ínsito um dever, e este último só será levado a sério quando o inadimplemento for punível pelo poder público, ensejando custos (manutenção do Judiciário, custo dos processos etc.). Direitos que demandam tutela jurisdicional são necessariamente positivos, já que utilizam recursos. Até mesmo alheio ao Judiciário, um direito gera custos.

³² POSNER, Richard A. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 16.

³³ DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies: Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives**, Chicaco, Il., v.9, n.2, p. 191-226, mar. 1980. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/724129>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

³⁴ POSNER, Richard A. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 486-520.

³⁵ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito constitucional**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 319.

Em 26 de agosto de 1995, um incêndio em Westhampton, uma das mais belas áreas de Nova Iorque, permaneceu incontrolável por 36 horas, demandando que forças locais, estaduais e federais gastassem de \$1.1 a \$2.9 milhões de dólares para garantir a propriedade privada, um direito entendido tradicionalmente como não prestacional. Em todo momento, catástrofes privadas são mitigadas por gastos públicos muitas vezes massivos.³⁶

A análise de custos não deve ser vista como externa aos direitos. Diferentemente do que se pode defender, uma análise econômica viável não pode separar Economia e moral. A análise jurídica não pode ser reduzida à análise de eficiência econômica. É que riqueza e justiça não são necessariamente valores intercambiáveis. O Direito possui um modelo de análise que se orienta a valores, a considerações éticas. A eficiência da ordem jurídica deve ser conjugada com valores e ocupada por questões éticas e sociais, notadamente de caráter redistributivo. Não se pode permitir uma eficiência divorciada de condicionantes sociais, políticas, econômicas. Se o Estado possui deveres prestacionais e assistenciais, deve desincumbir-se deles em uma gestão eficiente (gerando benefícios econômicos e sociais para outros objetivos sociais), lembrando que boa parte das verbas assistenciais destinadas às pessoas pobres retorna ao Estado em forma de tributos indiretos.³⁷

As reflexões acima mostram que, no processo de escolha política, não há como privilegiar direitos individuais em detrimento dos sociais, já que todas as dimensões de direitos fundamentais ensejam custos. Incumbe ao administrador público realizar a ação política, mas o critério meramente econômico, efficientista, não é o único a ser levado em consideração. Como se disse, a justiça diverge, muitas vezes, da maximização da riqueza.

A eficiência jurídica possui, sim, a característica da economicidade, e para aqueles que só defendem tal aspecto, ela seria alheia às externalidades negativas e aos custos sociais e globais da efetivação dos direitos, levando a cabo métodos gerenciais típicos da esfera privada. Não se pode esquecer que o Estado deve perseguir o bem comum. O princípio da eficiência possuiria duas características: (i) a eficácia, consistindo no grau de realização do bem comum pela ação pública; (ii) a eficiência *stricto sensu*, aproveitando os meios e minimizando os dispêndios, para concretizar, da melhor forma, as finalidades públicas. Muitas vezes, contudo, os custos cedem diante dos interesses em jogo, como na compra de vacinas. De igual sorte, salários baixos e o enxugamento do corpo funcional não representam

³⁶ SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999, p. 9-48.

³⁷ GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 199-280.

medidas necessariamente eficientes, pois a verdadeira eficiência depende dos benefícios sociais alcançados e não do custo dos serviços, sob pena de severas distorções sociais.³⁸

A eficiência não pode ser vista apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbem ao Estado, que obtém a maior realização prática possível das finalidades públicas, com o mínimo de ônus. Irmana-se com o princípio da proporcionalidade. O que o princípio da eficiência quer é fazer da aplicação um ato menos de realização lógica dos preceitos, e mais empírico, preocupado com os resultados práticos da incidência das normas jurídicas. Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos não pode ser vista como a mais correta.³⁹

O cidadão brasileiro sempre se ressentiu dos serviços públicos oferecidos, denunciando continuamente a sua ineficiência. Haverá respeito à eficiência quando a ação administrativa atingir materialmente os seus fins lícitos e por vias lícitas. Quando o administrado sentir-se amparado e satisfeito na resolução dos problemas que leva à Administração. Toda a ação administrativa deve orientar-se para a concretização material, efetiva, das finalidades postas pela lei.⁴⁰ Vê-se que pragmatismo é mais que efficientismo.

2.4 A ordem espontânea de Friedrich Hayek como parâmetro

O Direito evolui espontaneamente. Essa é uma das premissas deste trabalho. O Direito também pode ser mudado intencionalmente. Como compatibilizar tais formas de mutação jurídica? Neste ponto, um dos parâmetros que podem ser utilizados é a teoria de Friedrich Hayek acerca da ordem espontânea.

A obra de Hayek é bastante densa e variada, abrangendo tanto aspectos da Economia quanto do Direito. Possuindo diplomas em ambas as áreas, o autor fora exposto às ideias da escola austríaca de economia quando completava seus estudos em Viena, atingindo dois

³⁸ CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos. O princípio da eficiência administrativa. CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Direito administrativo inovador**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 96-108.

³⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. In: SUNDEFELD, Carlos Ari; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). **Doutrinas essenciais de Direito administrativo**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 553-559.

⁴⁰ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. In: SUNDEFELD, Carlos Ari; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (org.). **Doutrinas essenciais de Direito administrativo**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 1.013-1.027.

doutorados, um em Direito (1921) e outro em Ciências Políticas (1923), tendo recebido o prêmio Nobel em 1974. Morou na Inglaterra e em Chicago, tendo falecido em 1992.⁴¹

O ponto-chave do raciocínio de Hayek é a distinção entre as perspectivas que chama de racionalista construtivista e racionalista evolucionista. Para a primeira, as instituições só serviriam se fossem criadas para propósitos específicos, objetivos conhecidos. É reforçada pelo racionalismo cartesiano, que amparava a razão como dedução lógica através de premissas explícitas, dando pouca relevância à tradição, ao costume e à história, e supondo que a moral, o Direito e a religião foram deliberadamente construídos por alguém.⁴²

A segunda perspectiva leva em conta que as ações humanas são eficazes por se adaptarem não apenas aos fatos particulares que o agente conhece, mas a vários outros que não conhece nem poderia conhecer. Não há o domínio que a racionalidade cartesiana pregava. O homem atua com base na confiança em muito do que não se pode saber como verdadeiro e utiliza essa superestrutura coerente de conhecimento, que não teria condições de possuir isoladamente, para buscar uma gama infinitamente mais ampla de objetivos. Os fatos relevantes não são todos de conhecimento das pessoas; pensar diferentemente constitui uma ilusão sinóptica, de conseguir vislumbrar o todo. Assim, é o complexo de normas de conduta que preponderou não porque foi construído intencionalmente, mas em virtude de ter levado determinado grupo ao êxito, à superioridade com relação aos demais, mesmo sem serem conhecidas, verbalizadas, manifestando-se numa regularidade de ação. Sobrevivem as normas que passam pelo teste da tentativa e erro. Tem lugar a figura da tradição.⁴³

Indiscutivelmente, Hayek filia-se à segunda perspectiva, sem desprezar, contudo, o fato de que determinadas situações exigem intencionalidade. Há um reconhecimento do papel da tradição, da história, em especial na formação do Direito.

Ao analisar a teoria de Hayek, Posner⁴⁴ sintetiza:

Há duas maneiras de estabelecer normas para guiar o comportamento humano. Em uma, que Hayek chama “racionalismo construtivista”, elas são prescritas de cima para baixo por uma legislatura, uma burocracia, ou um judiciário – em outras palavras, por especialistas que reúnem a informação

⁴¹ EBEINSTEIN, Alan. **Friedrich Hayek**: a biography. Chicago: University of Chicago Press, 2003, *passim*.

⁴² HAYEK, Friedrich August von. Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – vol. 1 normas e ordem. São Paulo: Visão, 1985, p. 1-7.

⁴³ *Ibid.*, p. 8-15.

⁴⁴ POSNER, Richard A. Hayek, law, and cognition. **NYU Journal of Law and Liberty**. Nova Iorque, NI, v. 1, n. 0, p. 147-166, 2005. Disponível em <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060888.pdf>. Acesso em: 15.10. 2016.

necessária para formular pelo método da razão o melhor conjunto possível de normas. [...] O método alternativo de criação de normas é aquele do costume e tem a virtude superior de ser o que Hayek chama de “ordem espontânea”, como distinta daquela trazida pelo planejamento ou criação. (tradução nossa).⁴⁵

Para Hayek, o Direito enquadra-se predominantemente na segunda perspectiva, sendo fruto não somente da intencionalidade, mas principalmente da evolução. Ao lado da linguagem e do mercado, o Direito seria fruto da ordem espontânea, caracterizada pela ausência de planejamento central e de sua natureza evolutiva gradual. Há, com isso, a possibilidade de se utilizar do conhecimento difuso de toda uma comunidade incontável de pessoas, que não precisam saber especificamente sobre tudo, já que se beneficiam do conhecimento dos demais.⁴⁶

É de se dizer que o mercado, por exemplo, permite que uma pessoa que nada conhece sobre engenharia da computação utilize um *notebook*. Alguém que desconhece os detalhes das linhas de transmissão, da telefonia móvel e da tecnologia de transmissão de dados, ainda que tenha apenas a alfabetização básica, pode utilizar um telefone celular. Quando se compra um aparelho, seja o computador, seja o telefone celular, há a expectativa de que o conhecimento nele empregado seja útil para alguém atingir seus planos. Planos esses desconhecidos por aqueles que criaram o computador ou o telefone, mas que podem ser concretizados graças à interligação de uma ordem espontânea que permite o compartilhamento difuso de um conhecimento inimaginável.

Em especial no segundo capítulo da obra, Hayek⁴⁷ distingue entre a ordem feita (ordenação construída como uma organização) e a ordem espontânea (resultante da evolução, autogeradora, endógena). Esta última, onde se encaixa o Direito, possibilita que o contato de alguém com uma parte da ordem permita que se formem expectativas corretas – ou com

⁴⁵ No original: “*There are two ways of establishing norms to guide human behavior. In one, which Hayek calls ‘constructive rationalism’, they are prescribed from the top down by a legislature, a bureaucracy, or a judiciary – in other words by experts who gather the information necessary to formulate by the method of reason the best possible set of norms. [...] The alternative method of creating norms is that of custom and has the superior virtue of being what Hayek calls a ‘spontaneous order’, as distinct from one brought about by plan or design*”.

⁴⁶ CALABRESI, Steven Gow. Friedrich A Hayek, the U.S. Constitution, and institutional design. **Arizona State Law Journal**, Phoenix, Arizona, v. 48, n. 1, p. 231-240, 2016. Disponível em: <http://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2016/04/Calabresi_Final.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

⁴⁷ HAYEK, *op. cit.*, p. 35-39.

possibilidade de se revelarem corretas – com relação ao restante, diante da relação estreita entre os vários elementos. A primeira é simples, concreta e intencionalmente construída, sendo representada pela ideia de *taxis*. A segunda é abstrata e sem propósito específico, sendo representada pela ideia de *kosmos*, e se forma porque seus elementos, apesar de não serem intencionalmente construídos, seguem certas normas ao reagirem ao ambiente. As reações dos indivíduos são semelhantes em certos aspectos abstratos, relativamente ao que ocorre no ambiente em que vivem.

Deixe-se claro que Hayek não exclui a necessidade de convivência entre uma ordem espontânea e uma organização intencional, como poderia um leitor afoito imaginar. Dentro da grande sociedade, da ordem espontânea, existem várias organizações intencionalmente criadas, como a propriedade rural, a fábrica, as diversas associações e o próprio governo. A ordem espontânea, corretamente compreendida, permite que o indivíduo faça uso de uma gama de conhecimentos que jamais poderia possuir. Convivem, assim, a ordem espontânea e a organização intencional. Na espontaneidade, florescem ilhas de planejamento, autorizando a conclusão de que não há uma pretensa dicotomia. A própria Constituição é fruto de um planejamento, contendo, contudo, cláusulas que dão abertura à ordem espontânea.⁴⁸

Para o autor⁴⁹, um estado de liberdade em que todos possam usar o conhecimento com vistas a seus propósitos só se alcança com a limitação da autoridade por princípios gerais que reflitam o comprometimento da comunidade, mesmo que não reflitam, necessariamente, a forma de normas expressas. A principal forma de mudança intencional na sociedade moderna é a legislação, e incumbe ao operador jurídico, ao interpretar ou aplicar uma norma que não esteja de acordo com o restante do sistema, procurar adaptá-la e conformá-la às demais.

É de se reconhecer que o Direito surge antes da legislação⁵⁰, entendida esta última como a criação intencional das leis. O Direito compõe-se de um conjunto de condutas e práticas que, mesmo não verbalizadas, são adotadas por terem demonstrado a superioridade de um grupo com relação aos demais. A norma poderia até mesmo ser entendida como uma tendência ou disposição para agir de uma maneira que represente uma prática, um costume.

Decerto, a ordem espontânea, evolutiva, pode precisar de correções, em determinados momentos, já que nem sempre o Direito autogerado representará um bom Direito, sendo,

⁴⁸ CALABRESI, *op. cit.*, p. 235-238.

⁴⁹ HAYEK, *op. cit.*, p. 62-107.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 81-108.

forçosamente, gradual – e até demasiadamente lento, por vezes –, ou até mesmo levando a consequências indesejáveis, que merecem reparos em questões duvidosas.⁵¹

Enquanto previsões sobre fenômenos complexos não podem ser feitas (a inteireza da realidade social não pode ser explicada por um processo objetivo), uma teoria derivada da observação de padrões amplos de comportamento em determinadas condições pode permitir prevê-los. A legislação, repita-se, pode ser usada para corrigir desvios da ordem espontânea.⁵²

Chamando de *nomos* o Direito como salvaguarda da liberdade, Hayek⁵³ passa a apontar, na quinta seção de sua extensa obra, o que distingue as verdadeiras normas das condutas justas, que resultam dos esforços dos juízes em dirimir litígios, tecendo uma apologia ao Direito feito pelos juízes. Tal Direito tenta corrigir perturbações de uma ordem que não foi construída especificamente por ninguém, sendo o magistrado uma instituição da ordem espontânea. A chave para o pensamento da ordem espontânea é a de que não é o Direito que deriva da autoridade, mas a autoridade que deriva do Direito, pois aplica leis cuja existência é independente dela – autoridade – e se fundamentam numa opinião difusa acerca do que é certo. As normas observadas na prática precederam quaisquer normas criadas intencionalmente. Oportuna a citação:

Nem toda lei pode, portanto, ser produto de legislação; o poder de legislar pressupõe, entretanto, o reconhecimento de algumas normas comuns; e tais normas subjacentes ao poder de legislar podem também limitar esse poder. Nenhum grupo concordará com normas expressas a menos que seus membros já tenham opiniões até certo ponto coincidentes. Essa coincidência de opinião terá, assim, de preceder o acordo explícito relativo a normas expressas de conduta justa, embora não o acordo relativo a fins particulares da ação⁵⁴.

Não se ignora, obviamente, a existência de leis que não respeitam o sentimento da comunidade, em muitas situações, até mesmo sagrando matérias novas.

⁵¹ Ibid., p. 102-104.

⁵² OGUS, A. I. Law and spontaneous order: Hayek's contribution to legal theory. **Journal of Law and Society, Cardiff**, Wales, v. 16, n. 4, p. 393-409, 1989. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jlsocty16&div=37&id=&page=>>>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁵³ Ibid., p. 109-141.

⁵⁴ Ibid., p. 111.

Um dos anteparos da construção de Hayek é a ideia de expectativas⁵⁵, já que, com base na ordem espontânea, e nas normas observadas na prática, derivadas da opinião comum, os indivíduos criam legítimas expectativas que correspondam às práticas das condutas dos outros membros. A ordem impõe que as ações dos membros da comunidade não interfiram desnecessariamente umas nas outras, bem como naqueles casos em que o êxito das ações dos indivíduos depende de outros praticarem ações correspondentes, haja grande probabilidade de realmente ocorrer essa correspondência. Quando não houver certeza intuitiva acerca da legitimidade das expectativas, impõe-se a atividade jurisdicional; então o magistrado expressará em palavras as normas acerca das quais há diferenças de opinião, e até poderá formular novas normas para casos em que não existam normas genericamente reconhecidas.

Desse modo, Hayek privilegia bastante a tradição, inclusive em sentido bastante semelhante ao gadameriano. A atividade do juiz não significa liberdade total, mas criação de uma norma que sirva à manutenção e ao aprimoramento da ordem de ações possibilitada pelas normas já existentes. Não se exclui, repita-se, a importância do trabalho legislativo, em situações nas quais a ordem espontânea encontra-se num impasse. Coexistem o aperfeiçoamento pelos costumes e o aperfeiçoamento pela atuação intencional.⁵⁶

Já se começa a imaginar que Hayek, pelo papel que concede à tradição, valoriza os precedentes, e um sistema como a *common law*. Sua noção de precedentes é diferenciada. Segundo Zywicki e Sanders⁵⁷,

Hayek compartilha a visão tradicional de que casos são meramente ilustrações de princípios legais mais abstratos; casos não são “direito” em si. Os esforços independentes de muitos juízes decidindo muitos casos ao longo do tempo geram princípios legais, e são esses princípios que importam, não os casos constituintes em si (tradução nossa).⁵⁸

Trata-se, também, de um raciocínio desenvolvido por Edward Levi, e que será abordado em seguida.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 112-117.

⁵⁶ HAYEK, *op. cit.*, p. 116.

⁵⁷ ZYWICKI, Todd J.; SANDERS, Anthony B. Posner, Hayek, and the economic analysis of Law. **Iowa Law Review**, Iowa, IA, v. 93, n. 2, p. 559-603, fev. 2008. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957177>. Acesso em: 15 out. 2016.

⁵⁸ No original: “Hayek shares the traditional view that cases are merely illustrations of more abstract legal principles; cases are not ‘law’ in and of themselves. The independent efforts of many judges deciding many cases over time generates legal principles, and it is those principles that matter, not the constituent cases themselves”.

O Brasil caminha, a passos largos, para a valorização dos precedentes. Tal fato não se pode ignorar, o que sobreleva a contribuição de Hayek.

Não há como deixar de fazer a correlação do trabalho desenvolvido por Hayek e o romance encadeado de Dworkin, segundo o qual decidir, no Direito, é como um estranho exercício literário, em que cada juiz deve se considerar como parceiro num complexo empreendimento em cadeia, sendo seu trabalho continuar a história por meio do que julga.⁵⁹

A atividade jurídica deve guardar coerência.

Quais condutas merecem atenção da ordem espontânea do Direito? Em primeiro lugar, para Hayek⁶⁰, são aquelas ações que afetem outras pessoas, denominadas por ele de ações relativas a outrem, o que exclui as praticadas na intimidade da casa, em colaboração voluntária de pessoas, que não afetem nem prejudiquem os demais.

Obviamente, nem todas as condutas que prejudiquem outras pessoas são proibidas. Seria impensável impedir alguém de deixar de consumir em determinado estabelecimento, ou um empregador dispensar um trabalhador em situações de justa causa. Os danos causados a alguém podem até ser essenciais para preservar a ordem espontânea. Nem todas as expectativas podem ser protegidas por normas gerais, tão só apenas aquelas declaradas legítimas pelo Direito⁶¹.

O mundo muda constantemente, e só se mantém certo grau de estabilidade e previsibilidade se é preservada a capacidade de adaptação dos indivíduos diante das novas e imprevisíveis mudanças. É impossível tutelar todas as expectativas. As normas não podem ser julgadas apenas segundo sua coerência e adaptação às outras, mas levando-se em conta a ordem factual de ações, os fatos. Novos fatos podem ensejar novas normas.⁶²

Os conceitos e princípios básicos do Direito emergem do que se faz. As leis que regem a sociedade devem ser vistas como meios práticos e históricos de satisfazer as necessidades sociais. A legislação, por um lado, codifica as expectativas que já são encontradas no pensamento jurídico-social, e por outro, explicita os esforços de se criar um planejamento

⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38.

⁶⁰ HAYEK, *op. cit.*, p. 117.

⁶¹ *Ibid.*, p. 118-119.

⁶² *Ibid.*, p. 120-122.

político ou social para a sociedade. A preocupação de Hayek é que a ênfase nas maiorias eventuais prive a sociedade da proteção do constitucionalismo liberal.⁶³

O que importa para Hayek, além da tradição, é a correspondência de normas com os fatos, com essa ordem prática. Não se pode dissociar o Direito da realidade. Uma ordem abstrata permite aos seus membros formar expectativas, baseados nos elementos conhecidos, que têm grande possibilidade de se confirmar. Com as mudanças, com fatos novos, algumas expectativas são frustradas, naturalmente. A indagação central é como o Direito seleciona as expectativas consideradas legítimas.⁶⁴

A resposta apontada por Hayek é que a ordem jurídica elege como zona de proteção de cada indivíduo a gama de objetivos que só determinadas pessoas têm direito de utilizar. É o conceito de propriedade, no sentido amplo (vida, liberdade e bens). Para ele, Direito, liberdade e propriedade são uma trindade inseparável. Resta claro que novos problemas geram novas dificuldades de demarcação.⁶⁵

Novos conhecimentos, descobertas e avanços geram novas expectativas, sendo impossível protegê-las todas especificamente. O objetivo maior é maximizar a possibilidade de expectativas em geral serem satisfeitas, deixando aos indivíduos uma gama de ações permitidas (liberdade), designando as zonas sobre as quais os indivíduos possuem controle e direitos de disposição.⁶⁶ Relevante a citação⁶⁷:

O Estado deve se limitar a estabelecer regras aplicáveis a tipos gerais de situações e deve permitir aos indivíduos liberdade em tudo o que dependa das circunstâncias de tempo e lugar, pois apenas os indivíduos envolvidos em cada instância podem compreender plenamente essas circunstâncias e adaptar suas ações a elas. Se os indivíduos devem ser capazes de usar seus conhecimentos efetivamente na realização de planos, eles devem ser capazes de prever as ações estatais que podem afetar esses planos. Mas se as ações do Estado não são previsíveis, elas devem ser determinadas por regras fixadas independentemente das circunstâncias concretas que não podem ser previstas nem levadas em consideração de antemão. [...] Normas gerais, leis genuínas distintas de ordens específicas, devem então ser direcionadas a

⁶³ LEE, Orlan. The law of a free Society emerges like the laws of economics: F.A. Hayek from the Road to serfdom to Law, legislation and Liberty. **New York University Journal of Law & Liberty**, Nova Iorque, NI, v. 1, n. 0, p. 17-34, 2005. Disponível em: <http://migration.nyulaw.me/sites/default/files/ECM_PRO_060883.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

⁶⁴ HAYEK, *op. cit.*, p. 122-124.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 124-127.

⁶⁶ OGUS, *op. cit.*, p. 397.

⁶⁷ HAYEK, Friedrich August von. **The road to serfdom**: the definitive edition. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 114-115.

operar em circunstâncias que não podem ser previstas detalhadamente. (Tradução livre)⁶⁸.

O Direito, assim, serve à formação da ordem espontânea, sendo também sua condição necessária. O juiz, neste contexto, deve manter as expectativas contra as interferências de outros, decidindo de forma que corresponda em geral ao que as pessoas consideram justo. Por vezes, deverá dizer qual expectativa é legítima, no caso em que houver várias conflitantes, sendo coerente com o corpo de normas e com o consenso do que é justo, mesmo que não derive sua solução de premissas explícitas, repelindo a figura do silogismo.⁶⁹

Hayek não ignora a discricionariedade judicial. Deparando-se com uma situação nova, fruto da ordem espontânea, mas ainda não regulada explicitamente pelo Direito, incumbe ao julgador tentar encontrar o sentimento que direcionaria a legislatura neste caso. Não se descuida, obviamente, de buscar os valores constitucionais.⁷⁰

Também diante de situações novas, o juiz serve a uma ordem vigente que ninguém planejou, procurando mantê-la e aperfeiçoá-la. Para tanto, deverá elaborar novas normas, necessárias à preservação da ordem de ações. Estas novas normas devem manter coerência com as demais, com o sistema⁷¹, já que mesmo nesta atividade o magistrado não é livre, senão devotado à defesa dos princípios da ordem espontânea, aqueles traços abstratos e duradouros.

2.5 A dinâmica da ordem espontânea: como o Direito muda ou evolui?

O evolucionismo, consequência do reconhecimento do Direito como uma ordem espontânea, é uma realidade que não se pode ignorar, apesar das tentativas de sua obnubilação por diversas correntes doutrinárias. Como se viu nas seções anteriores, a corrente apresentada

⁶⁸ No original: “The state should confine itself to establishing rules applying to general types of situations and should allow the individuals freedom in everything which depends on the circumstances of time and place, because only the individuals concerned in each instance can fully know these circumstances and adapt their actions to them. If the individuals are to be able to use their knowledge effectively in making plans, they must be able to predict actions of the state which may affect these plans. But if the actions of the state are to be predictable, they must be determined by rules fixed independently of the concrete circumstances which can be neither foreseen nor taken into account beforehand [...] General rules, genuine laws as distinguished from specific orders, must therefore be intended to operate in circumstances which cannot be foreseen in detail...”.

⁶⁹ HAYEK, *op. cit.*, p. 130-137.

⁷⁰ SMITH, Robert S. The hayekian judge. *New York University Journal of Law & Liberty*, Nova Iorque, NI, v. 6, n. 3, p. 393-408, 2012. Disponível em: < http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/nyujlawlb6§ion=16> Acesso em: 13 ago. 2016.

⁷¹ HAYEK, *op. cit.*, p. 138-140.

por Hayek é fundamentalmente avessa a qualquer espécie de planejamento central, o que por óbvio não exclui o papel dos operadores do Direito, em especial no seio do processo judicial, na mudança das concepções jurídicas.

É curioso como se tenta transmitir o Direito aos leigos conjuntamente com a ideia de formalismo silogístico, sem que se considerem os diversos aspectos incidentes no processo de decisão judicial.

Não basta dizer que o Direito muda. Isto é lugar-comum, apesar de que a compreensão do fenômeno, como feito anteriormente, é algo negligenciado pela dogmática jurídica brasileira. Aliás, são pouquíssimos os trabalhos acerca da ordem espontânea e de Hayek.

Um dos fatos pelos quais o tema é negligenciado, aparentemente, decorre de poder ser utilizado como suporte para uma concepção ativista do Judiciário, algo que tem sido repellido por diversos doutrinadores, mercê da objeção contramajoritária, do princípio democrático e da segurança jurídica, como se verá na próxima seção.

A questão que se coloca, no momento, é entender como se dá a dinâmica evolutiva no seio de uma lide apreciada pelo Estado-juiz. Nisto, o pragmatismo de Cardozo e as doutrinas de Viehweg e Levi podem ser úteis.

2.5.1 Cardozo e seu contributo acerca dos métodos

A dificuldade para explicar o processo de decisão judicial é sintomática. Não se descuida que a lei criada pelos juízes é uma das realidades da vida. Aspectos conscientes e subconscientes misturam-se numa infusão que possui um inevitável elemento de escolha, guiada por uma filosofia de vida subjacente (crenças tradicionais, convicções adquiridas, instintos herdados). Não se ignora que, por vezes, a lei do julgamento tem fonte óbvia fornecida pela Constituição ou pelo Legislativo, dando-se por encerrada a busca quando certificada a correspondência com o caso apreciado. O Direito dos juízes é secundário e subordinado ao legislado, não se ignorando os avanços de um Estado de Direito. Há, contudo, lacunas, dúvidas e obscuridades que devem ser sanadas. O ponto fulcral é quando não há qualquer intenção legislativa, quando a questão nunca ocorreu aos legisladores, cabendo ao

magistrado construir um raciocínio de como se teria portado o Legislativo nestes casos. Nenhum sistema de Direito escrito conseguiu fugir do problema.⁷²

Os problemas de método são aparentes na interpretação constitucional, ante as grandes generalidades da Constituição, cujos termos possuem significados e conteúdo que variam de uma época à outra. Um espaço de livre decisão torna-se mais que verificar o propósito e a intenção dos legisladores cuja vontade coletiva foi declarada, porquanto suplementa a declaração, preenchendo os espaços vazios. É a necessidade humana que faz florescer a função judicial. Decerto, quando as disposições legislativas são claras, as dificuldades são menores ou até desaparecem. Ao contrário, diante de questões novas, o julgador compara o caso em apreciação com os precedentes arquivados em sua mente ou ocultos nos textos da lei, pois atrás deles estão as concepções jurídicas básicas que constituem os postulados do raciocínio judicial, os hábitos de vida e as instituições que deram origem às concepções, mesmo modificadas por um processo de interação. Decidir de acordo com os precedentes é como decidir de acordo com a lei escrita. Quando as cores da causa em mãos são similares às cores das causas anteriores, o trabalho é facilitado. Quando a cores não combinam, as referências divergem ou inexistem precedentes decisivos, é que começa o verdadeiro trabalho nos casos difíceis.⁷³

Cada julgamento tem um poder gerador. O precedente é um fato jurídico. Costuma-se fazer referência na doutrina a efeitos internos e externos da sentença, sendo os primeiros relacionados à sentença enquanto ato jurídico, e os últimos, relacionados à sentença enquanto fato jurídico em sentido estrito. É preferível, contudo, tratá-la como um ato-fato jurídico, pois há fato humano, desconsiderando-se a vontade de praticá-lo. A vantagem está em se considerar os efeitos que dela decorrem, independentemente da sua permanência no mundo jurídico, estando aí sua densa relação com a eficácia dos precedentes. A *ratio decidendi* de uma sentença, encarada como um fato jurídico que gera efeitos com relação a julgamentos futuros, pode ser decomposta (i) na indicação dos fatos relevantes, (ii) no raciocínio lógico-jurídico da decisão e (iii) no juízo decisório. A *ratio decidendi* funciona como uma escolha hermenêutica dos juízes que posteriormente irão examiná-la como um precedente, extraindo a proposição que poderá ou não incidir na situação concreta.⁷⁴

⁷² CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 2-6.

⁷³ *Ibid.*, p. 7-10.

⁷⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 201-202.

Havendo correntes em conflito em um caso difícil, a declaração do Direito constitui um novo tronco genealógico impregnado de força vital. Para cada tendência, há uma contratendência, e para cada construção normativa, cria-se uma antinomia. Nem todos os princípios e correntes explicitados em um julgamento, contudo, sobrevivem até a maturidade, pois são constantemente submetidos ao teste da experiência, à dinâmica de tentativa e erro. As normas, princípios ou correntes estabelecidas num julgamento de casos difíceis não são verdades finais, mas hipóteses de trabalho constantemente submetidas a um procedimento dialético. Como determinar a força diretiva do Direito? Ela pode ser exercida através de uma linha de progressão lógica, o que é chamado de método da filosofia, através de uma linha de desenvolvimento histórico, chamada método da evolução, através da linha dos costumes da comunidade, chamada método da tradição, ou ao longo das linhas da justiça, da moral e do bem-estar social, dos costumes da época, chamado de método da sociologia. Há uma primazia inicial em favor do método lógico, da filosofia, que permanece em potencial estado de tensão com os demais. A classificação em métodos⁷⁵, bem como sua terminologia, deve-se a Cardozo.⁷⁶

O interesse de Cardozo não reside numa formulação acerca da formulação da natureza do Direito como um problema dialético, mas sim nas derivações e mudanças das leis, nas escolhas e consequências dessas aplicações. Ele não ignora o caráter positivo do Direito, sendo adepto das conquistas do Estado de Direito. Uma lei é uma generalização que vai além do caso particular, uma proposição que oferece um guia para o futuro, a ser influenciada por considerações morais. Ao contrário do que possa parecer, o Direito, para Cardozo, não é apenas o que as Cortes proferem, pois os fatos de um precedente e a decisão dada por um Tribunal acerca daqueles fatos podem expressar mais corretamente um precedente do que as opiniões dos magistrados. Tais posições ficam claras quando ele estabelece a primazia do método lógico que pode entrar em conflito com os demais.⁷⁷

O método da filosofia, como dito, está muitas vezes em conflito com os demais. Tem uma natural presunção derivada da sucessão natural, regular e lógica de um entendimento aplicado a casos anteriores que tende a se repetir em casos futuros, transmitindo imparcialidade e previsibilidade. Pode existir, contudo, um embate entre interpretações, ambas

⁷⁵ Os métodos utilizados e desenvolvidos por Cardozo não se confundem com os cânones clássicos (literal, teleológico, etc.), sendo uma classificação própria do autor.

⁷⁶ CARDOZO, *op. cit.*, p. 11-18.

⁷⁷ PATTERSON, Edwin W. Cardozo's philosophy of law. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, PA, v. 88, n. 1, p. 71-91, nov. 1939. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9058&context=penn_law_review>. Acesso em: 05 ago. 2016.

levadas de maneira lógica. Como escolher uma das duas correntes conflitantes? Um princípio pode expandir-se até o limite de sua lógica, sendo neutralizado pelos limites da sua história. A história pode elucidar o caminho da lógica, que deve ser moldada em coerência com o passado, com alguma norma preestabelecida, alguma concepção geral. Algumas concepções encarnam mais o passado que o presente e, se separadas do passado, perdem sua forma e significado, transformando-se em algo arbitrário ou ininteligível. A lógica entra em conflito com a história. Se a história ou a filosofia não se prestam a resolver o conflito de como deve evoluir o Direito, volta-se ao costume em busca de padrões que determinem como as normas estabelecidas serão aplicadas. As noções de “prudência normal”, “homem médio” e congêneres concretizam a força costumeira, devendo-se consultar os hábitos de vida, as crenças e práticas cotidianas dos homens e das mulheres, já que as evoluções naturais e espontâneas do hábito estabelecem os limites do certo e errado, em muitas situações.⁷⁸

Cardozo reconhece que a lógica tem um papel fundamental na aplicação do Direito, mas não resolve todos os casos, em especial quando princípios entram em conflito, levando a direções contraditórias. O chamado método da sociologia de Cardozo carrega a máxima de que a finalidade do Direito é o bem-estar da sociedade. Apesar da vagueza do termo, ele inclui as políticas públicas, o bem da coletividade, a aderência a padrões de conduta correta que representem os costumes da sociedade; em resumo, leva em conta as consequências da decisão. Reconhece-se um substancial grau de indeterminação no Direito.⁷⁹

Quando da história, da filosofia ou do costume não se extrai a solução de um caso difícil, passa-se às considerações morais presentes, o que Cardozo denomina de método da sociologia. A finalidade a que serve o Direito sobrepuja todos os outros métodos, e a resposta à indagação de até que ponto é necessário ampliar ou restringir normas deve ser ditada pelo bem-estar da sociedade, repelindo-se a inconveniência temporária ou a adversidade ocasional, sem sacrificar a certeza, a uniformidade e a coerência. Juízes não podem fazer normas a seu bel-prazer. Em alguns campos do Direito, o método da sociologia trabalha em harmonia com o método da filosofia, da evolução ou da tradição, mantendo-se a lógica, a coerência e a consistência como fins. Em outros, há rivalidade, devendo a consistência permanecer nos limites intersticiais por onde se move o poder judicial. Na interpretação constitucional, há uma forte primazia do método da sociologia; não que os tribunais estejam livres, julgando a

⁷⁸ CARDOZO, *op. cit.*, p. 19-46.

⁷⁹ FRIEDMAN, Richard D. Cardozo the [Small r] realist. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, Michigan, v. 98, n. 6, p. 1738-1765, 2000. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=reviews>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

constitucionalidade de leis, para impor suas ideias particulares e razão ou justiça; devem, sim, representar o sentimento da comunidade. Isto permite que os tribunais adaptem o Direito às mudanças nas necessidades sociais. O método da sociologia é o árbitro dos outros métodos, adaptando normas aos seus fins. A finalidade do Direito determina a direção do seu crescimento, da sua evolução.⁸⁰

O método da sociologia, para Cardozo, permite ao juiz desenvolver sua função legislativa porque provê as ferramentas que auxiliam a identificar e medir os valores sociais contemporâneos que precisam ser entendidos para que um juiz decida, conduzindo ao bem-estar social. Quando decide um caso em que há princípios antagônicos, o magistrado deve agir como se fosse um legislador.⁸¹

Não é incomum que disposições normativas encampem o ideal do chamado método da sociologia. Observe-se o artigo 5º da Lei de introdução às normas do Direito brasileiro:

Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às **exigências do bem comum** (sem grifos no original).⁸²

Igualmente, o Código de Processo Civil prescreve que:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, **o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum**, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.⁸³

O Direito é uma expressão da moralidade costumeira. Desenvolve-se historicamente de maneira silenciosa e inconsciente de uma era para outra, mas também é uma evolução consciente, intencionada, porque a expressão da moralidade costumeira será falsa se o juiz, ao decidir, não estiver voltado para a concretização da finalidade moral materializada em formas jurídicas. Erra o juiz que julga de acordo com suas idiossincrasias. Em suma, lógica, história,

⁸⁰ CARDOZO, *op. cit.*, p. 47-74.

⁸¹ LANGONE, Richard. The Science of sociological jurisprudence as a methodology for legal analysis. **Touro Law Review**, Long Island, NY, v. 17, n. 4, p. 769-800, mar.2016. Disponível em: <<https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1659&context=lawreview>>. Acesso em: 05 set. 2017.

⁸² BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 20.6.2017.

⁸³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20.6.2017.

costume, utilidade e padrões aceitos como conduta correta são as forças que, de forma isolada ou conjugada, configuram o progresso do Direito.⁸⁴

Confirma-se o que já se disse anteriormente: que o desenvolvimento do Direito enquanto ordem espontânea não impede sua evolução intencional, coexistindo ambas. O pragmatismo, neste ponto, oferta uma valiosa contribuição ao entendimento de tal evolução, como é perceptível.

Não se discute que a doutrina jurídica deixe de exercer sua inequívoca função de constrangimento dogmático. Não. O que descabe é que se ignore completamente a forma como se dá, efetivamente, o raciocínio judicial. Pensar que o Direito se resume a construções lógicas é fechar-se para a prática.

2.5.2 O pensamento tópico-problemático em Levi e Viehweg

O mecanismo do raciocínio jurídico aceita as divergências interpretativas, bem como a porosidade de determinados conceitos jurídicos. No fim, a participação da comunidade é o ponto para a eliminação da dubiedade, participação esta que se dá no seio de um processo judicial. Normalmente, o raciocínio que se viu acima como método da filosofia desenvolve-se com (i) a identificação de similaridades entre casos, (ii) a anunciação subsequente da norma jurídica inerente ao primeiro caso e a (iii) aplicação da norma jurídica ao segundo caso. O que é perturbador para muitos é o fato de que, uma vez determinadas as normas, elas mudam, possuindo uma qualidade dinâmica indispensável. A questão é identificar quais fatos serão considerados similares entre casos. Essa descoberta de similaridades, de cores idênticas, é o passo principal do processo jurídico. No caminhar da descoberta das similaridades e diferenças, e no juízo de se é ou não justa a aplicação da classificação comum, descobrem-se normas jurídicas. As normas mudam à medida que são aplicadas, na eterna dinâmica da tentativa e erro. É que surgem situações novas e necessidades novas para a sociedade, pelo que as categorias jurídicas mais duradouras devem permanecer ambíguas, permitindo a infusão de novas ideias.⁸⁵

No processo judicial há exemplos antagônicos, a permitir que as analogias postas em conflito sejam apresentadas aos tribunais. Tanto as partes, através dos seus advogados, quanto

⁸⁴ CARDOZO, *op. cit.*, p. 76-82.

⁸⁵ LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 1-5.

o Judiciário participam da elaboração das normas jurídicas. Os litigantes, neste sentido, ficam presos a algo que ajudaram a criar. É com a argumentação dos litigantes que se introduzem no Direito os conceitos coletivos e os anseios recentes da sociedade. No debate judicial, nasce a sugestão de um determinado conceito, que é rejeitado pelo Tribunal. Após alcançar prestígio social, é novamente levado ao Judiciário, que desta vez reinterpreta adotando o conceito rejeitado anteriormente. Em casos seguintes, o conceito recebe definições adicionais e é vinculado a outros conceitos já criados, passando a sofrer mutações. Assim, há uma gradual inserção de conceitos emanados da comunidade no controle das decisões, na medida em que são aceitos. Quando a legislação infraconstitucional é fechada, os obstáculos à liberdade de interpretação resultam em apelos frequentes à Constituição. Esta, ao organizar os ideais conflitantes da comunidade, vale-se de categorias ambíguas e de conceitos satélites.⁸⁶

Como a linguagem pode ser ambígua, o raciocínio jurídico presta-se a resolver tal ambiguidade. O raciocínio por exemplos, acima demonstrado, não se enquadra nos padrões dedutivos ou indutivos, mas responde melhor ao problema de ajustar o Direito, no ato da aplicação, a uma sociedade mutável.⁸⁷

Uma língua natural é um ser vivo, passando por alterações, modificações e adaptações. Marcas como *Google* tornaram-se verbos no vocabulário popular. As palavras adquirem novos significados e perdem conotações antigas. Termos que expressavam alguma coisa são cooptados para novos conceitos e distinções. Os conceitos jurídicos crescem para buscar soluções sustentáveis aos conflitos diante de circunstâncias sociais em permanente mutação. Conforme circunstâncias novas adaptam o sistema jurídico, sensibilidades morais que se modificam e compreensões acerca do mundo também mudam, conceitos jurídicos estreitos e esquemáticos assumem novos significados e descartam conotações antigas. Não há garantia de que as mudanças serão bem-sucedidas. É, repita-se, um processo de tentativa e erro.⁸⁸

O Direito evolui incessantemente. Por vezes, mudam-se os costumes dos homens, e consequentemente o Direito. Em outras oportunidades, acontece uma conservação voluntária das normas antigas, como defesa contra a mudança dos costumes. Há forças conservadoras, que tendem à manutenção da ordem existente, e forças reivindicatórias, que intentam criar um

⁸⁶ *Ibid.*, p. 6-11.

⁸⁷ BECHT, Arno C. Review of “an introduction do legal reasoning”, by Edward Levi. **Washington University Law Review**, Saint Louis, Missouri, v. 1950, n.3, p. 464-465, 1950. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3765&context=law_lawreview>. Acesso em: 03 jun. 2017.

⁸⁸ HAACK, Susan. O crescimento do significado e os limites do formalismo: perspectivas pragmatistas na ciência e no direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo** jurídico: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117-134

novo Direito. A criação constante de um novo Direito supõe a crença no valor da evolução. O progresso do Direito deve ser aferido de acordo com a realização dos seus fins.⁸⁹

Não é novidade dizer que a similaridade é definida por identidade de palavras, e as palavras são de uso corrente, adquirindo uma dignidade própria. O caráter dinâmico dos conceitos exemplifica tal questão. É corriqueiro dizer que o raciocínio do Direito legislado é dedutivo, apesar de nem sempre isso ser verdadeiro, diante de categorias ambíguas. Quando se publica uma lei não há expectativa de superação de todas as lacunas. As interpretações que um tribunal dá a uma lei aliviam as pressões sofridas pela legislatura. Ao tratarem com temas controversos, os juízes precisam da proteção constitucional. Para que um princípio possua magnitude suficiente a justificar uma mudança no rumo da interpretação, é necessário que seja objeto de interesse da Constituição, que personifica ideais conflitantes de uma comunidade. Uma Constituição não impede mudanças. Permitindo-se a invocação ao texto constitucional, concede-se maior liberdade de ação ao Judiciário, abrindo caminho para a evolução do Direito. O raciocínio legal tem uma dinâmica própria, já que se ajusta para verificar se a sociedade percebeu novas diferenças ou similaridades, resolvendo-se ambiguidades.⁹⁰

Estudar o fenômeno do raciocínio jurídico demonstra que a verdade, como pregada pelo método científico, conflita com a contingência e a maleabilidade. O estudo do Direito é algo que muda enquanto está sendo estudado. As classificações mudam enquanto são feitas.⁹¹

As ideias guardam similaridades com o raciocínio tópico-problemático adotado por Theodor Viehweg.

A tópica é uma técnica de pensar por problemas que se desenvolve num contexto cultural, encontrando raízes em Aristóteles, Cícero e Vico. Calcado nas lições de Vico, Viehweg identifica o ponto de partida da tópica com o senso comum. Partindo de uma classificação aristotélica, diferencia os raciocínios que militam no campo da verdade, os

⁸⁹ RIPERT, Georges. Evolução e progresso do Direito. In: CALAMANDREI, Piero et. al. **A crise da justiça**. Belo Horizonte Ed. Lúder, 2003, p. 38-47.

⁹⁰ LEVI. *op. cit.*, p. 16-165.

⁹¹ TERREL, Timothy P. The art of legal reasoning and the angst of judging: of balls, strikes, and moments of truth. **Northwestern Journal of Law & Social Policy**, Chicago, IL, v. 8, p. 35-88, 2012. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=njls>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

apodícticos, daqueles que se manifestam no campo do meramente oponível, da disputa, os dialéticos, que partem de proposições normalmente aceitas.⁹²

No *organon* aristotélico, há o conjunto de seis livros sobre o exercício da filosofia. O objetivo da tópica de Aristóteles é raciocinar sobre qualquer problema por meio de proposições geralmente aceitas. Quando o raciocínio parte de proposições geralmente aceitas, denomina-se dialético. As proposições dialéticas são aquelas fundadas na opinião comum e que parecem credíveis a todos, à maioria ou aos mais sábios.⁹³

Aristóteles observa que determinados assuntos humanos não admitem juízos de verdade ou falsidade, mas, ainda assim, permanecem importantes. Quando não é possível raciocinar em termos de verdade ou falsidade, defende o filósofo estagirita que se passe ao terreno da opinião, do provável, do exemplar, do indício, ou seja, da retórica. Tal pensamento não o converte em sofista, já que não afasta sua concepção de retórica da boa ética, da ética do bem.⁹⁴

Há forte relação entre o assunto aqui tratado e a retórica. Permanecendo no conflito entre a ontologia de Platão e a retórica sofista, Aristóteles passa a refletir sobre o âmbito opinativo da experiência humana, reconhecendo a relevância democrática da opinião. Confere um tratamento mais sistemático à retórica, assemelhando-a à dialética. Trabalhando com a noção de entimema, com os *topoi* para fundamentá-lo, faz da tópica um conjunto de regras que demonstram algo de forma não dedutiva ou demonstrativa, baseando-se em pontos de vista reconhecidos. Essa abordagem não subsuntiva é presente no realismo jurídico americano, que tem como um dos precursores Oliver Wendell Holmes Jr., a enfatizar o caráter empírico e variável das decisões judiciais.⁹⁵

Os raciocínios dialéticos são aqueles que possuem como premissas opiniões verossímeis, acreditadas, contando com aceitação, parecendo verdadeiros a todos ou à maior parte. Utilizam-se os *topoi*, pontos de vista utilizáveis e aceitáveis em toda parte, que se empregam a favor ou contra o que é conforme a opinião aceita. É uma técnica de pensamento que se orienta por problemas, entendidos como questões que permitem mais de uma resposta

⁹² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 17-25.

⁹³ ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007, p. 233-235.

⁹⁴ ADEODATO, João Maurício. Origens forenses da retórica: bases históricas para uma perspectiva realista. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 177.

⁹⁵ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 354-372.

e requerem um entendimento preliminar. A tópica admite a inclusão em uma ordem que está sempre por ser determinada. Buscam-se premissas que sejam adequadas e fecundas para a resolução do problema. Quando se produzem mudanças de situações, é preciso encontrar novos dados para resolver os problemas, pelo que os *topoi* recebem sentido a partir do problema.⁹⁶

A ideia de que o raciocínio jurídico deve se apresentar sob a forma silogística é apenas uma face da moeda. É necessário entender como se chegou às premissas, num verdadeiro processo de justificação externa, e não meramente interna. A tópica, neste sentido, é (i) uma técnica de pensamento problemático, (ii) utiliza-se dos *topoi* ou lugares-comuns como instrumentos e (iii) representa uma atividade de busca e exame de premissas. A ênfase recai nas premissas em vez de na conclusão. A busca de premissas não termina nunca, já que os tópicos são provisórios e elásticos, bem como possibilidades de orientação e fios condutores, com uma forte presunção de plausibilidade. A carga de argumentação recai em desfavor de quem os questiona.⁹⁷

A estrutura total da jurisprudência deve ser determinada a partir do problema, assim como seus conceitos e proposições, que devem conservar uma vinculação com o problema. Calcado em Cícero, Viehweg diferencia a invenção (*ars inveniendi*), onde se encontram as premissas, e a formação do juízo (*ars iudicandi*), onde se apresentam as premissas sob uma forma lógica. A tópica passa a ser encarada como uma etapa pré-lógica capaz de superar as aporias, os problemas iniludíveis.⁹⁸

Tudo quanto se disse atesta o que já disse Holmes. A vida do Direito não tem sido a lógica, mas sim a experiência. As necessidades sentidas em um tempo, a moral prevalente e as teorias políticas, entre outros fatores, têm muito mais a ver com a determinação das normas jurídicas que devem governar os homens do que com uma mera operação silogística. O Direito representa o desenvolvimento de séculos e não pode ser resumido como se contivesse os axiomas e corolários de um livro de matemática. Consultar a história e as teorias da legislação faz parte do trabalho do jurista.⁹⁹

⁹⁶ Ibid., p. 26-40.

⁹⁷ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 40-43.

⁹⁸ VIEHWEG, *op. cit.*, p. 39-89.

⁹⁹ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The common law**. Londres: Macmillan & CO., 1882, p. 1-3.

2.6 A apresentação da norma jurídica diante da superação do formalismo: silogismo ou cinismo?

É corrente no meio jurídico a apresentação da decisão jurídica sob a forma silogística, o que transmite segurança e serve como inequívoco fator de legitimação à atividade de aplicação da norma.

Não se deve, contudo, confundir o silogismo com o formalismo, corrente acima já vista. O Direito, repita-se, é mais que lógica formal, e as exposições acerca da dinâmica de sua mudança são exemplos disso. Não se nega que parte das questões seja decidida silogisticamente, mas em se tratando de *hard cases*, casos problemáticos ou simplesmente problemas na acepção viehwegiana, como aqueles que potencialmente possuem mais de uma resposta correta, a lógica torna-se insuficiente como instrumental do Direito.

O silogismo permeia uma parte do raciocínio jurídico nos casos difíceis, ao menos como forma de apresentação. A ideia de uma premissa maior, que representa a norma geral, de uma premissa menor, a representar a situação fática, e de uma conclusão, que representa o resultado da operação, é quase que intuitiva. A título exemplificativo, o artigo 121 do Código Penal prescreve o seguinte:

Art. 121. Matar alguém: Pena – reclusão, de seis a vinte anos.¹⁰⁰

Tem-se a premissa maior de que matar alguém é crime. Há uma premissa menor, de que João matou Antônio. A conclusão é que João cometeu um crime. Até aí, nada de mais. O problema é estabelecer a certeza da premissa menor, dos fatos. Outro problema é tratar com normas que tragam uma carga valorativa e semântica mais aberta, como as normas constitucionais, que possibilitam utilização em diversas situações, algumas até mesmo antagônicas. Basta pensar na alegação da dignidade da pessoa humana por um trabalhador, em demanda trabalhista, e na invocação da mesma dignidade pelo empregador pessoa física, no intuito de evitar a bancarrota de seu empreendimento.

Não se nega que a prática e a teoria do Direito no início da era moderna são marcadas pelas codificações e vertentes positivistas, associadas a uma mentalidade silogística que até

¹⁰⁰ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 1.8.2017.

hoje permanece arraigada. Trata-se de mais uma forma de apresentar uma decisão que já foi criada por outros meios. É um procedimento funcional, eficaz e legitimador. A norma geral vem depois, e não antes, como se gostaria de pensar, até em tons de consolo. O raciocínio jurídico é marcadamente entimemático, e as conclusões do silogismo não decorrem necessariamente de suas premissas, sendo pragmaticamente úteis para persuadir sem as exigências da rígida coerência lógica. Os fundamentos das decisões jurídicas são *topoi* que preenchem os pontos escuros e ambíguos.¹⁰¹

O simples silogismo, como acima exposto, é a chamada justificação interna. Nela se verifica se a decisão é consequência lógica das premissas que a fundamentam. Já uma justificação externa busca a correção das próprias premissas utilizadas na justificação interna, através da (i) interpretação, (ii) da ciência do Direito (dogmática), (iii) do precedente, (iv) da razão oriunda da argumentação prática geral, (v) da empiria (argumentação empírica) e (vi) das formas especiais de argumentos jurídicos.¹⁰²

Robert Alexy assevera que quando a decisão de um caso não segue logicamente as normas pressupostas nem os enunciados solidamente fundamentados de um sistema, nem pode ser fundamentada com a ajuda da metodologia jurídica, resta ao intérprete um campo de ação para escolher entre várias soluções. Essa escolha determina qual enunciado normativo singular é afirmado ou ditado como enunciado. Enuncia-se um juízo de valor. Eis a importância da tópica como busca de premissas. Ela, a tópica, não parte de enunciados tidos como verdadeiros, nem mesmo de enunciados arbitrários, mas daqueles plausíveis, geralmente aceitos, prováveis.¹⁰³

Os textos jurídicos são compostos, muitas vezes, de conceitos abertos e valorativos que exigem uma escolha fundamentada entre diversas alternativas para dar-lhes significados. Não se admite, decerto, que qualquer significado seja escolhido, devendo vincular-se à ordem jurídica. Há uma competição entre significados divergentes diante do caso. A norma jurídica é definida, em seu significado, ao ser conectada com o caso concreto. Mediante a argumentação tenta-se criar a aceitação de que a norma construída é a mais adequada.¹⁰⁴

¹⁰¹ ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 355-374.

¹⁰² ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 219-228.

¹⁰³ Ibid., p. 23-36.

¹⁰⁴ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014, p. 272-317.

A tópica supera a mera visão lógico-formal do Direito. Através do entimema, baseia-se no provável ou verossímil. No Direito, a decisão é socialmente vinculada à ordem jurídica e subordinada à razão resultante de um desenvolvimento histórico das tradições e da cultura de uma comunidade. O orador deve, ao final, apresentar o resultado e declará-lo como “correto”, dando fim à insegurança. Uma decisão deve ser preparada reflexivamente mediante a elucidação do horizonte de pré-compreensão e testada nos seus pontos favoráveis e contrários. O que se busca é a abertura do sistema jurídico para novos argumentos. A tópica, assim, pode ser vista como ênfase da dimensão argumentativa. As bases da decisão são postas no contexto de cada situação, intercambiando razões.¹⁰⁵

Exemplos de *topoi* podem ser citados: “bem-estar geral, proteção da boa-fé, natureza da coisa, princípio da prioridade, vedação da fraude à lei, dignidade humana, liberdade, igualdade, solidariedade”.¹⁰⁶

Distinguir entre o contexto de descoberta da norma e o contexto de justificação é um passo necessário à compreensão do fenômeno jurídico. Nos casos jurídicos simples, rotineiros, o trabalho do juiz permite um silogismo com inferências da lógica formal. Nos casos difíceis, a tarefa de estabelecer a premissa fática ou a premissa normativa exige novas argumentações, que podem ou não ser dedutivas. Enquanto a justificação interna é apenas uma questão de lógica dedutiva, a justificação externa vai além dela.¹⁰⁷

A despeito de correntes como a de Lenio Streck, cuja análise será feita na próxima seção, que preconizam a superação da distinção entre casos fáceis e casos difíceis, é fato que ela ainda é útil, em especial diante de uma sociedade plural e com quadros de referência valorativos diversos. Não se pode ignorar que, em casos onde há forte carga moral, há um trabalho mais dificultoso do julgador, que se encontra ante uma plêiade de convicções concorrentes e, muitas vezes, igualmente defensáveis.

O próprio Dworkin, um dos fortes marcos teóricos de Streck, admite a existência de casos difíceis. Para Dworkin, há casos difíceis tanto na política quanto no Direito, nos quais advogados razoáveis discordarão sobre direitos, sem conseguir convencer a parte adversa. Para Dworkin, permaneceria o dever do magistrado de descobrir quais os direitos das partes e não criar novos direitos retrospectivamente, inexistindo discricionariedade judicial. Seria

¹⁰⁵ KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. *Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, RJ, v. 9, n. 1, p. 244-271, 2016.

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 264.

¹⁰⁷ ATIENZA, *op. cit.*, p. 5-33.

melhor para uma teoria centrada em direitos que não existissem os casos difíceis, mas o autor estadunidense não nega que eles são inevitáveis.¹⁰⁸

Compreender o fenômeno narrado não é atribuir incerteza ao Direito, mas, ao contrário, dar-lhe certo grau de racionalidade com a elucidação dos procedimentos que efetivamente ocorrem.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Nova Iorque: Bloomsburry Academic, 2013, *passim*.

3 ATIVISMO, PROTAGONISMO JUDICIAL E SEUS DETRATORES: O CASO DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO

3.1 Neoconstitucionalismo e suas críticas: constitucionalismo contemporâneo, pragmatismo e evolucionismo jurídico como um trinômio potencialmente conjugado

O Brasil vive tempos de neoconstitucionalismo. Os livros jurídicos e os estudos em geral repetem exaustivamente essa assertiva. O que o neoconstitucionalismo representa, de acordo com as características expostas pela dogmática jurídica, é um ambiente favorável ao desenvolvimento de uma perspectiva pragmática no Direito, aliada a um evolucionismo normativo.

O pragmatismo e o evolucionismo são, como se viu anteriormente, facilmente conjugados e propiciam uma releitura de muitos institutos jurídicos, como se verá exemplificativamente na seção vindoura. Por enquanto, vale mencionar que as versões aqui defendidas de pragmatismo e evolucionismo não representam, nem de longe, uma desvinculação da ordem jurídica ou mesmo um subterfúgio das disposições constitucionais, como a crítica mais acalorada comumente alardeia.

Antes da demonstração de tais vínculos com o neoconstitucionalismo, é imprescindível o delineamento de contornos básicos acerca das suas características.

Se o protagonismo judicial, a perda da hegemonia da lei enquanto fonte de direito, a aplicação direta da Constituição, a presença de enunciados abertos e a influência de conteúdos e discussões morais na aplicação das normas jurídicas, a violação da separação de poderes e as oposições contramajoritárias têm permeado as discussões jurídicas, isso se dá por conta do ambiente do neoconstitucionalismo. Ideologicamente, ele representa um avanço com a doutrina constitucional liberal, que tinha como fundamento a limitação do poder, contudo rompe com o Estado decimonônico, no qual imperava o legalismo, o culto à lei e o mecanicismo na aplicação do Direito.¹⁰⁹ Suas principais características podem assim ser expostas:

- a) Rigidez constitucional, enquanto pressuposto para garantir a supremacia hierárquica da Constituição;

¹⁰⁹ MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011, p. 21-30.

- b) Garantia jurisdicional da Constituição: para vincular os demais poderes aos mandamentos constitucionais, é essencial uma jurisdição constitucional;
- c) Força vinculante da Constituição: grande traço diferenciador do constitucionalismo contemporâneo, representa a vinculação às normas anteriormente vistas como programáticas;
- d) Sobreinterpretação da Constituição: o texto constitucional expande-se pelos espaços vazios, não deixando margem à total discricionariedade, em especial por conta da estrutura normativa de princípios e valores que, com reduzida especificidade, ganham em amplitude, alcançado diversas situações;
- e) Aplicação direta das normas constitucionais: uma posição ideológica contrária à consideração das normas constitucionais como objetivos políticos dependentes de concessões do legislador infraconstitucional;
- f) Interpretação conforme a lei, construindo coerência e convergência nas decisões do sistema;
- g) Influência da Constituição sobre as relações políticas: a eleição do Constituinte por parâmetros intocáveis e limitadores da decisão das maiorias é uma decisão racional que visa evitar uma disposição contrária no futuro.¹¹⁰

O constitucionalismo do século XXI apresenta valores, princípios e direitos sociais, pendendo pela atuação de uma jurisdição constitucional. É, como já afirmado, um desdobramento do constitucionalismo e de seus valores, fruto das transformações que surgiram na pós-modernidade quanto à dinâmica, estudo, interpretação e aplicação normativa, refletindo em toda a ordem jurídica e envolvendo fundamentos filosóficos e teóricos do Direito. É o resultado e a alternativa a novas teses do positivismo jurídico, daí se afirmar na influência do pós-positivismo. A Constituição passa a ser vista com força prescritiva; reconhece-se o papel dos princípios, adota-se a técnica da ponderação. Historicamente, ganha contornos no segundo pós-guerra, com a derrocada dos regimes totalitários. Filosoficamente, tem-se como marco a aplicação dos princípios e a influência do pós-positivismo.¹¹¹

O direito constitucional contemporâneo tem um marco histórico relevante no constitucionalismo do pós-guerra, em especial na Alemanha e na Itália. No Brasil, com a

¹¹⁰ Ibid., p. 31-42.

¹¹¹ SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015, p. 225-248.

Constituição de 1988 e o processo de redemocratização, vivencia-se um avanço similar. Filosoficamente, o pós-positivismo é visto como confluência entre o jusnaturalismo e o positivismo, uma terceira via que permite a reaproximação do Direito e da norma com a ética, indo além da legalidade estrita, sem descurar do direito posto. No marco teórico, fala-se na força normativa da Constituição, na expansão da jurisdição constitucional, com um sistema híbrido (concentrado e difuso), e na reelaboração doutrinária da interpretação constitucional, com o desenvolvimento de novas perspectivas e teorias.¹¹²

Enquanto teoria do Direito, o neoconstitucionalismo indica um novo sentido de Direito, afastando a neutralidade científica e a cisma entre Direito e moral. A Constituição ganha forte conteúdo axiológico e uma nova postura para a magistratura, devendo o julgador vigiar o cumprimento constitucional. Enquanto fonte do Direito, o neoconstitucionalismo traz uma revisão do monopólio da lei, incluindo-se agora a jurisprudência em toda a sua função criadora. A norma jurídica passa a ser reconhecida como princípio ou regra, ganhando especial destaque os princípios, que são vistos como axiomas, fontes materiais, fontes formais e normas. No campo da interpretação, vislumbra-se a necessidade de consolidação da norma na aplicação, com a superação do modelo exegético e da lógica dedutiva. O Direito passa a se valer, muitas vezes, da lógica da razoável e da ponderação de princípios conflitantes, onde se inserem aspectos axiológicos e morais. Exige-se uma maior carga argumentativa do operador do Direito, que deve buscar valores e fatos sociais, não se negando certo aspecto discricionário. Supera-se a mera visão silogística.¹¹³

Nesse novo contexto, distingue-se texto e norma, supera-se o silogismo como mecanismo de solução de questões jurídicas, critica-se a equiparação da interpretação jurídica com a vontade da lei ou do legislador e se apresenta um conceito concreto de norma, alcançável apenas no caso concreto. Superam-se as deficiências do positivismo jurídico. A norma não é mais vista como um ente meramente abstrato, já que se diferencia do texto legal. A lei, em si, não contém as normas, que só são produzidas na concretização. Norma é fruto do conhecimento vivo proveniente da atividade interpretativa do jurista. A interpretação de um texto não pode desconsiderar a modificação e a alteração oriundas das questões históricas.¹¹⁴

¹¹² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 265-289.

¹¹³ SIQUEIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 225-248.

¹¹⁴ ABOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e Direito. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015, p. 295-304.

O constitucionalismo contemporâneo é o responsável pela presença das ideias de (i) legitimidade, (ii) limitação de poder e (iii) valores incorporados à Constituição, no imaginário das pessoas. Reconhece-se a ascensão dos valores sem retroagir ao jusnaturalismo. A Constituição é vista como vinculante e não meramente retórica, irradiando-se por todo o ordenamento, dada a normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Desenvolve-se uma nova hermenêutica constitucional, com reconhecimento do papel da jurisdição constitucional.¹¹⁵

Nesta função de destaque, é aos princípios constitucionais impositivos que se subsumem todos os princípios que, sobretudo no âmbito de uma Constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado a realização de fins e a execução de tarefas.¹¹⁶ O legislador estaria vinculado à Constituição, porquanto esta é um texto prospectivo, voltado ao futuro. A teoria da Constituição dirigente procurou associar o recorte categorial de tipos de normas constitucionais – normas-fim, normas-tarefa, imposições constitucionais – a uma teoria das tarefas do Estado.¹¹⁷

A Constituição da República de 1988 foi sempre vista como um texto dirigente, programático, direcionado ao futuro e não conformado ao *status quo* do presente, relacionando-se com a função promocional do direito. É um perfil consoante com a ordem jurídica dos Estados intervencionistas, que buscam a transformação social e o ordenamento do futuro, cultuando e projetando um Estado de bem-estar social.¹¹⁸

Essa concepção de Constituição, de dirigismo constitucional, pode ser bem representada pelas seguintes ideias sintetizadas por Cláudio Pereira de Souza Neto¹¹⁹:

- a) Adesão dos juristas ao conteúdo constitucional, com o desenvolvimento de uma teoria da Constituição dirigente;

¹¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305-344.

¹¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, *passim*.

¹¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, SP, v. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

¹¹⁸ PIOVESAN, Flávia. O Direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988: diagnósticos e perspectivas. In: MILARE, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Doutrinas essenciais de Direito ambiental**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2011, p. 831-862.

¹¹⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: BERCOVICI, Gilberto et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 18-28.

- b) Vinculação a uma teoria material da legitimidade, estabelecendo-se um critério não meramente procedimental, de forma que serão legítimos os atos que, além de respeitar normas de procedimento, concretizam o conteúdo da Constituição;
- c) Imposição à democracia ordinária do conteúdo material prescrito no texto constitucional pela democracia constituinte;
- d) Reconhecimento de normatividade a todos os dispositivos constantes da Constituição, sendo papel da teoria constitucional o incremento da força normativa do texto;
- e) Atribuição de maior efetividade às normas constitucionais, com uma reelaboração da teoria das normas;
- f) Inserção das normas de eficácia limitada como parâmetro ao controle de inconstitucionalidade por ação e para a constatação da inconstitucionalidade por omissão, sob a ideia de vinculação do legislador ao programa constitucional;
- g) Desenvolvimento de uma série de instrumentos jurídico-processuais adequados à realização, pelo Poder Judiciário, do programa constitucional.

É fácil perceber a estreita vinculação do que se disse até aqui com uma concepção pragmática e evolucionista jurídica.

Esse constitucionalismo contemporâneo definiu suas características apenas nos últimos cinquenta anos. O que há de ser o neoconstitucionalismo em aplicação prática ou em dimensão teórica, ainda está em desenvolvimento. Não se trata de um modelo consolidado, de curto prazo, pois contém uma série de equilíbrios conflitantes. A intervenção judicial não é algo que gere apenas opiniões favoráveis. Em boa medida, as ideias neoconstitucionais seguirão em mutação, assim como as sociedades a quem são aplicadas.¹²⁰

No arcabouço acima citado, há um florescimento do ativismo judicial, entendido como uma maneira de o Poder Judiciário exercer seu ofício diante de uma hermenêutica mais criativa, em especial ante os casos difíceis – *hard cases* –, em que se modulam ou releem as compreensões jurídicas relacionadas às competências e responsabilidades dos demais poderes. Numa visão pragmática, que se ajusta a uma certa concepção de ativismo, reina a ideia de que

¹²⁰ CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009, p. 9-12.

as especulações abstratas do conhecimento devem ser voltadas para a ação, ensejando consequências práticas, sem as quais são inúteis as discussões filosóficas.¹²¹

A criação do Direito por parte do Judiciário, que trata até mesmo de políticas públicas, é um fenômeno em crescimento mundial, em parte causado pela queda dos regimes totalitaristas, deixando os Estados Unidos, local onde floresce a judicialização da política, como um verdadeiro superpoder, influenciando outros Estados soberanos. A importação da jurisprudência e da dogmática americanas é um fator de relevo, até mesmo diante do reconhecimento, no âmbito dos Estados Unidos, de que muitos julgamentos são relacionados a aspectos políticos. Na França e na Alemanha, legisladores e administradores alteram políticas em resposta ou em antecipação a pronunciamentos dos Tribunais Constitucionais. Eis a expansão global do poder judicial, frequentemente relacionada à judicialização da política. Essa visão realista do Judiciário tem recebido muitas críticas, por representar um processo que substitui o juízo das instituições políticas majoritárias pelo de agentes públicos não legitimados pelo voto, muitas vezes representantes da elite socioeconômica e política.¹²²

A expansão do poder judicial representa a infusão das decisões judiciais e dos procedimentos adotados pelas Cortes em arenas políticas onde não militavam anteriormente. Há, assim, não apenas a transferência dos juízos de decisão do Legislativo e do Executivo para o Judiciário, mas também a proliferação dos métodos e procedimentos adotados pelas Cortes para fora das províncias judiciais. Claro, o controle de constitucionalidade de atos legislativos e executivos é uma representação do poder judicial, não representando a supremacia deste sob os demais, já que o paradigma para controle é um texto constitucional aprovado pela legislatura. Trata-se de uma atuação externa destinada a manter o Legislativo em seus devidos limites. Com a promulgação de um texto constitucional, o escopo e a eficiência do controle de constitucionalidade são aumentados. Há, também, formas internas de judicialização, representadas pela introdução dos métodos de trabalho do Judiciário na Administração Pública.¹²³

O rápido crescimento do poder judicial após a Segunda Guerra Mundial é notório. O crescimento, na década de 30, de regimes totalitários na Europa, acarretando graves violações

¹²¹ ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde**: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais? Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 5-21.

¹²² TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (coord). **The global expansion of judicial power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, *passim*.

¹²³ VALLINDER, Torbjorn. When the courts go marching in. In: The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (coord). **The global expansion of judicial power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, *passim*.

contra os direitos dos cidadãos, ensejou um posterior fortalecimento de doutrinas relativamente vinculadas às teorias jusnaturalistas. A emergência dos Estados Unidos, no segundo pós-guerra, como um superpoder democrático, quando se consigna poder e prestígio para o Judiciário e para o controle de constitucionalidade, tornou-se um modelo copiado por muitos países. Dificilmente se reverterá o processo de judicialização mundialmente observado.¹²⁴

Apesar das diversas objeções democráticas, é muito pouco provável encontrar uma expansão do poder judicial fora de regimes democráticos, já que juízes independentes, participação externa ao Executivo nas políticas públicas e processos de tomada de decisão que obedecem a procedimentos legais e a direitos dos cidadãos costumam ser repudiados por ditadores. O regime democrático é um dos fatores que propiciam a judicialização da política. Igualmente, a compreensão de que indivíduos e minorias possuem direitos que podem ser garantidos contra a vontade das maiorias é um fator de reforço ao poder judicial. Muitos grupos de interesse recorrem ao Judiciário por não encontrarem guarida nas instituições majoritárias, possibilitando até mesmo que o Judiciário seja utilizado pela oposição política. Ainda, a ineficiência das instituições majoritárias alia-se à delegação voluntária de decisões acerca de temas polêmicos ao Estado-juiz, terceirizando desgastes políticos.¹²⁵

Com o crescimento da importância da jurisdição constitucional, em face da centralidade e da supremacia da Constituição, o Judiciário passa a ser criticado e questionado acerca do seu limite de atuação. O ativismo judicial está associado a uma postura ativa e interventiva dos Tribunais, visando à concretização dos direitos fundamentais, algo discutido calorosamente diante da legitimidade democrática do Estado-juiz, acusado de invadir competências reservadas aos poderes públicos e à discricionariedade legislativa ou administrativa, atuando de forma positiva e não meramente negativa. A judicialização – que não se confunde com o ativismo – é o resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (reservados tradicionalmente

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (coord.). **The global expansion of judicial power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995, *passim*.

às esferas políticas e legislativas) ao Judiciário. Diante do fenômeno judicializante, a postura dos tribunais é que será ativista ou não.¹²⁶

Surgido nos Estados Unidos, o ativismo é um termo polissêmico. Caracteriza uma decisão de ativista (i) porque anula os efeitos jurídicos de uma escolha ou decisão potencialmente constitucional de outros poderes. Também se chama de ativista uma decisão (ii) que não segue um precedente jurisprudencial e a (iii) que se refere à legislação judicial (sentença normativa trabalhista, decisão supletiva de lacuna legislativa em mandado de injunção ou ação de inconstitucionalidade por omissão, e proferida em sede de controle abstrato de constitucionalidade). Um quarto uso pode ser (iv) aquele que se refere aos cânones tradicionais de interpretação jurídica, lembrando que no Brasil inexistente técnica ou método que seja aceito como necessário ou obrigatório a todos os juízes. Por fim, fala-se em ativismo (v) quanto à noção de desvio de finalidades legais pelo Judiciário (pois os propósitos das leis devem ser conformes à Constituição).¹²⁷

É relevante diferenciar a judicialização da política do ativismo judicial; este último é reflexo da postura adotada pelo Judiciário diante daquela. A judicialização da política pode ser apontada como fruto do segundo pós-guerra, quando se fortaleceu a noção de direitos fundamentais diante das atrocidades nazistas, saindo-se de um Estado Legislativo de Direito para um Estado Constitucional de Direito. A força normativa da Constituição e o seu caráter dirigente, vistos acima, são derivativos de um constitucionalismo democrático. Podem ser sintetizados os seguintes pontos do ativismo: i) poder de revisar atos dos demais poderes; ii) sinônimo de maior interferência do Judiciário; iii) abertura à discricionariedade no ato decisório; iv) aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador.¹²⁸

Para os críticos do ativismo, a judicialização se agrava por conta da maior abertura das normas e de sua interpretação, contrapondo a aplicabilidade dos princípios pelo órgão jurisdicional à separação de poderes. O fator sociológico para a judicialização da política é a perda de prestígio social das leis, a descrença no Poder Legislativo, além da frequente invocação a princípios. Com relação às matérias constitucionais é que o ativismo se revela

¹²⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e Jurisdição Constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos fundamentais? In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 59-64.

¹²⁷ STRAPAZZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Problemas de teoria e de prática de ativismo político e tutela de direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 169-184.

¹²⁸ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 33-43.

mais intensamente. Impõe-se um maior dever do Judiciário de fundamentar, justificar e legitimar sua competência para tomar decisões baseadas em princípios. Deve-se, para os detratores do ativismo, combater cláusulas normativas indeterminadas, que dão margem à discricionariedade do julgador.¹²⁹

O fim das imunidades, com a possibilidade de se levar ao Judiciário questões anteriormente vedadas, é um dos pontos que auxiliam o ativismo. Pessoas que antes se achavam imunes ao julgamento do Estado, passaram a uma posição de igualdade perante a lei. Além disso, conflitos que tradicionalmente eram tratados no seio do Executivo, passaram a ser externalizados. O Direito torna-se a linguagem na qual os pedidos políticos dos cidadãos voltam-se à Justiça. Hoje, o instrumental de trabalho do magistrado não é simplesmente a regra, mas um direito vaporoso, propenso a ajustar-se à realidade cambiante. A lei resulta num produto semiacabado que demanda complemento do juiz, que atualiza a obra do constituinte. A justiça passa a constituir um foco de legitimidade, e a época contemporânea reconhece nos métodos da Justiça uma ação coletiva justa. É uma verdadeira transformação da democracia, cujo prestígio é inversamente proporcional ao descrédito das demais instituições públicas. O Judiciário passa a ser visto de forma positiva e construtiva. A República passa a ser compreendida pelo Direito.¹³⁰

O Estado-juiz é então convocado para apaziguar um mal-estar do indivíduo moderno: o da falta de referências e da ausência de inserção social. Demanda-se que o Judiciário atue de forma inédita, qualitativa e quantitativamente, respondendo às novas solicitações. A igualdade democrática carrega respeito aos diferentes e antagônicos modos de vida em uma sociedade plural, fazendo com que o Estado tenha de dar guarida a todos, diferentemente da visão monocromática da sociedade tradicional. Com essa multiplicidade, abandona-se o ideal de um modo normativo que enquadre e preveja todas as situações, delegando-se ao magistrado o cotejo de acordo com o caso concreto. O legislador receia abordar matéria fortemente evolutiva e cristalizar prematuramente as coisas com regras que estariam fadadas à obsolescência. Está em jogo a continuidade das mudanças.¹³¹

¹²⁹ FAZIO, César Cipriano de. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no Direito brasileiro. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015, p. 1.567-1.584.

¹³⁰ GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Piaget Editora, 1996, p. 29-51.

¹³¹ *Ibid.*, p. 147-177.

A doutrina brasileira¹³² observa que, nos últimos anos, houve uma alteração qualitativa e quantitativa no espaço que os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal – STF, passaram a ocupar no cenário jurídico brasileiro. As grandes transformações em seguida ao marco constitucional de 1988 tiveram como um dos mais visíveis efeitos a ascensão do Judiciário. Aos poucos, abandonou-se a doutrina do *self restraint*. Para explicar tal ascensão, há um conjunto de fatores:

- a) institucionais: (i) o caráter abrangente e compromissório da Constituição de 1988; (ii) o reforço da jurisdição constitucional brasileira; (iii) a debilidade dos desenhos institucionais do STF pré-Constituição de 1988; (iv) a virada institucional do STF com a Constituição e a legislação superveniente;
- b) sociopolíticos: (i) o STF em momentos de autoritarismo e insegurança institucional transitou da submissão ao Executivo ao ativismo após 1988; (ii) o passivismo judicial logo após a Constituição de 1988 e sua posterior superação; (iii) a construção política do ativismo judicial, reforçada pelo respeito do Congresso e do Executivo e pela estabilidade democrática, além da fragmentação do poder político (fazendo-se do STF um fator de equilíbrio do poder);
- c) sociológicos: o ativismo é a resposta que o Judiciário oferece ao contexto contemporâneo de consciência de direitos pela sociedade e de demanda desses direitos diretamente em sua esfera de atuação, em vez das arenas políticas tradicionais;
- d) jurídico-culturais: a transformação jurídico-cultural das práticas decisórias do Judiciário consiste em uma variável endógena que fecha o ciclo de fatores do ativismo judicial.

As perspectivas acima delineadas, contudo, não estão escoimadas de críticas. Se o pós-positivismo ampliou o espaço criativo da atividade jurisdicional e a discricionariedade dos juízes, resta saber quais os métodos que podem legitimá-la. O problema reside no fato de que, por mais métodos de interpretação constitucional que sejam apresentados, não há a obrigatoriedade de vinculação definitiva do juiz a nenhum deles. Para alguns, quanto mais o julgador se ativer à literalidade, menos ativista será. O ponto de apoio do ativismo é a possibilidade de invalidar leis em desacordo com a Constituição, o *judicial review*. Se, por um

¹³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 219-267.

lado, questiona-se a legitimidade do Judiciário, por outro, não se pode esquecer que as leis não são sempre do interesse coletivo, mas sim de grupos que possuem maior capacidade organizativa, sendo impossível ao Legislativo produzir normas sob todos os aspectos da realidade complexa que se vivencia. Em tempo, as leis buscam conciliar polos antagônicos, estabelecendo um consenso mínimo que deixa diversos pontos obscuros em aberto ao aplicador.¹³³

O ponto fulcral é que, numa sociedade complexa, as possibilidades fáticas superam infinitamente as possibilidades de normatização pelo Poder Legislativo. Por mais que se critique o ativismo, essa é uma realidade após a normatização dos valores no texto constitucional. O pragmatismo jurídico aparece como uma forma de tentar legitimar, com sua postura, o ativismo judicial. É na fundamentação, nas razões e contrarrazões oferecidas para fundamentar as decisões judiciais, que se encontra a legitimidade para a atividade criativa dos juízes, segundo Nagibe de Melo Jorge Neto.¹³⁴ Este autor cita, ainda, os oito princípios do pragmatismo judicial elencados por Posner¹³⁵, que, pela sua relevância, merecem transcrição:

1. O dever de decidir é o dever primário do juiz. O juiz não pode se recusar a decidir um caso somente porque não há guia em um texto legal.
2. O direito não está limitado ao corpo das fontes ortodoxas, então a função jurisdicional não pode estar limitada a decidir casos de acordo com tais fontes. Isso se segue do primeiro ponto.
3. Em casos nos quais as fontes ortodoxas não oferecem uma resposta para a questão jurídica apresentada, ou nos quais a resposta oferecida é insatisfatória, o papel do juiz é legislativo: criar novo direito que decida esse caso e regule casos futuros similares.
4. Nenhuma teoria constitucional está disponível para guiar juízes a desempenhar seu papel de criar o direito em um caso constitucional, porque não há nenhum método lógico ou empírico para escolher uma teoria constitucional (originalismo, textualismo, Constituição viva, etc. *ad nauseam*) em detrimento de outra. Na ausência de tais teorias, juízes desempenhando seu papel legislativo devem ser guiados primeiramente pela predição das consequências de decidir o caso particular de uma forma ou de outra, consequências para as partes do caso, para pessoas em situações similares, e para o sistema como um todo.

¹³³ JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015, p. 1.323-1.346.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ POSNER, Richard A. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, Berkeley, CA, v. 100, n. 3, p. 519-556, jun. 2012. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=californialawreview>>. Acesso em: 15 set. 2016.

5. O pragmatista deve levar em conta não apenas as consequências da decisão para as partes, mas também seus efeitos em valores sistêmicos, tais como continuidade, previsibilidade, estabilidade das regras legais e decisões.
6. E se as consequências de decidir o caso de um jeito ou de outro são desconhecidas, pelo menos pelos métodos de litigância, como muitas vezes serão? As decisões que fizeram o Direito americano o que ele é [...] foram tiros no escuro. Juízes necessitam de regras para lidar com incerteza. [...] A regra da razoabilidade de Thayer permanece um candidato atrativo para ser essa regra de segunda ordem em casos de incerteza constitucional.
7. O juiz deve tratar as partes do caso como representantes de todas as partes [...];
8. A opinião do julgador deve ser fundamentada nas razões verdadeiras da decisão judicial.. (Tradução livre)¹³⁶

Diante da riqueza fática, em permanente contraste com a limitação dos textos normativos e de sua tessitura aberta, não há como desvencilhar o que aqui se predica do evolucionismo jurídico. E ao falar das razões, contrarrazões, do debate em si, como forma de legitimar a decisão judicial criativa, tem-se um retorno ao raciocínio tópico esposado na seção anterior, e bem exemplificado por Levi, Viehweg e outros. A ligação entre neoconstitucionalismo, pragmatismo e evolucionismo torna-se mais clara.

Há, decerto, aqueles que entendem que se vive hoje um verdadeiro quadro de confusão jurídica entre os níveis de produção do Direito, sem que se tenha uma fronteira rígida entre jurisdição, legislação e guarda da Constituição. Muitas vezes, coloca-se o texto da norma em segundo plano. O neoconstitucionalismo seria, para estes autores, uma teoria sem traços próprios, uma formulação retórica que busca justificar uma realidade de extrapolação das

¹³⁶ No original: 1. *The duty to decide is the judge's primary duty. The judge can't refuse to decide a case just because there is no guidance in an authoritative text, such as a legislative or constitutional provision or a binding judicial precedent.* 2. *Law is not limited to the body of orthodox legal materials, and so the judicial function cannot be limited to deciding cases in accordance with those materials. This follows from the first point.* 3. *In cases in which the orthodox materials do not yield an answer to the legal question presented, or in which the answer they yield is unsatisfactory, the judge's role is legislative: to create new law that decides this case and governs similar future ones.* 4. *No master theories are available to guide judges in performing their lawmaking role in a constitutional case, for there are no logical or empirical methods of choosing one constitutional theory (originalism, textualism, "living Constitution" etc. ad nauseam) over another. In default of cogent theory, judges performing their legislative role should be guided primarily by their prediction of the consequences of deciding the particular case one way or another consequences for the parties to the case, for persons similarly situated, and for the system as a whole [...].* 5. *The pragmatist must bear in mind not only the consequences of a decision for the parties, but also its effects on such systemic values as continuity, predictability, and stability of legal rules and decisions. [...]* 6. *And if the consequences of deciding a case one way or another are unknowable, at least by the methods of litigation, as often they will be? The decisions that have made American law what it is [...] were stabs in the dark. Judges need rules for dealing with uncertainty (burden of proof is the obvious example of such a rule). Thayer's rule of reasonableness remains an attractive candidate to be this second-order rule in uncertain constitutional cases [...].* 7. *The judge is to treat the parties to the case as representative parties [...];* 8. *A judicial opinion should state the true grounds of the judge's decision...*

funções jurídico-políticas, em especial do Judiciário. A Constituição seria qualquer coisa segundo o critério de qualquer um.¹³⁷

Os maiores críticos do neoconstitucionalismo e do ativismo relacionam seu antagonismo com o Estado de Direito. O ativismo seria algo pernicioso à democracia. A discricionariedade abriria a porta para as convicções pessoais. As concepções de juízes direcionados a resultados seriam o protótipo desse modelo, já que estes decidiriam conforme a sua vontade e com o que achassem justo, consoante suas convicções ideológicas. Na instrumentalidade do processo, deslocando-se a jurisdição para o centro da ciência processual, haveria uma amplificação do problema. Cria-se o chamado “juiz antena”, aquele conseguiria canalizar os anseios sociais e utilizá-los na construção da decisão judicial, mesmo diante da inviabilidade de se extrair quais os sentimentos axiológicos dominantes numa sociedade complexa. A figura seria apenas uma máscara para a imposição das próprias ideologias. Teria o sentimento de justiça do julgador mais valor que o processo legislativo-democrático? Para estes críticos, a utilização da lei e dos precedentes seria uma resposta possível à limitação do ativismo judicial.¹³⁸

A visão ativista, proporcionada pelo neoconstitucionalismo, criaria uma amálgama entre Direito e política, permitindo que o Judiciário resolvesse ou tentasse resolver os problemas da sociedade e dos direitos do cidadão em prejuízo das demais instituições públicas. Quanto mais livre a interpretação, maior o grau de ativismo, que está relacionado com a criação do Direito. A atuação deficiente do Executivo e do Legislativo deu margem a esse tipo de construção. Eis uma realidade mundial que gera uma mudança no quadro político-institucional, possibilitando maior participação do Estado-juiz em questões políticas, em nome da democracia.¹³⁹

Os críticos mais ferrenhos do neoconstitucionalismo preconizam uma visão mais positivista. Chamando a versão mais combatida de constitucionalismo principalista, enxergam nele uma reaproximação entre Direito e moral, um papel de destaque à argumentação a partir da noção de direitos enquanto princípios e uma concepção do Direito enquanto prática confiada à atividade dos juízes. Já a concepção mais atrelada ao positivismo, denominada de

¹³⁷ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015, p. 91-105.

¹³⁸ ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015, p. 1295-1321.

¹³⁹ MARGRAF, Alencar Frederico; TEIXEIRA, Marcelly Costa. Decisões judiciais: entre o ativismo do Judiciário e a judicialização da política. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, SP, v. 977, p. 213-240, mar./2017.

constitucionalismo juspositivista, busca um projeto que exige ser realizado pela construção de políticas e leis de atuação, de idôneas garantias e de instituições de garantia, salvaguardando a democracia.¹⁴⁰

As três características do neoconstitucionalismo acima expostas contam com as seguintes objeções:¹⁴¹

- a) conexão entre Direito e moral: o constitucionalismo juspositivista e garantista rejeita a confusão entre Direito e moral, que poderia ensejar o absolutismo moral e o repúdio a opiniões morais dissidentes. Uma solução calcada não em normas positivas, mas em princípios morais, não seria juridicamente válida. Os juízes devem interpretar as leis à luz da Constituição, ampliando ou limitando o alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais, excluindo interpretações que não forem plenamente compatíveis com a Constituição e aplicando suas normas em todos os casos que prescindam de regulamentação;
- b) contraposição entre princípios e regras: há uma tendência de criação de princípios sem vinculação com o texto da Constituição. Os princípios constitucionais são normas prescritivas que não podem ser neutralizados por princípios ético-políticos criados pelo legislador ou mesmo pelo julgador. São vinculantes a todos os poderes;
- c) conflitos entre princípios e ponderações: haveria um excesso na ampliação do papel da ponderação na atuação legislativa e na interpretação das normas constitucionais. Cria-se uma excessiva dimensão empírica. A ponderação feita pelo Judiciário tem por base uma valoração discricionária, na qual este escolhe quais princípios aplicar e quais não aplicar.

A ligação estreita entre neoconstitucionalismo, ativismo, pragmatismo e evolucionismo encontra-se bem delimitada. As críticas mais repetidas ao ativismo e ao neoconstitucionalismo – obviamente, nem todas podem ser analisadas neste espaço – foram acima expostas.

A seguir, serão analisadas as objeções ao evolucionismo e ao pragmatismo.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: STRECK, Lenio Luiz et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13-27.

¹⁴¹ Ibid., p. 28-55.

3.2 Procedimentalismo e desacordo como objeções à expansão do poder judicial

3.2.1 John Hart Ely e a concepção procedimental do Judiciário

Uma das maiorias objeções colocadas ao ativismo judicial é a questão democrática, bem trabalhada pela perspectiva procedimentalista desenvolvida por John Hart Ely e abaixo analisada.

Para alguns, chamados de interpretacionistas, os juízes devem limitar-se a cumprir normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição, enquanto para os não interpretacionistas, o Judiciário deveria cumprir normas que não se encontram claramente indicadas no documento. É a reanimação, em outros termos, da polêmica entre positivismo e jusnaturalismo. Para o interpretacionismo, a atuação judicial deve ter uma inferência com ponto inicial claramente perceptível na Constituição, encaixando-se na ideia popular de como o Direito (deve) funciona(r), conciliando-se, segundo seus defensores, com a teoria democrática em respeito às instituições majoritárias. Os Tribunais criariam o Direito apenas preenchendo lacunas deixadas pelo Legislativo ou entregues, explicitamente, à apreciação das Cortes. O problema no controle de constitucionalidade é que um órgão composto por agentes não eleitos obsta instituições legitimadas pelo voto de governarem como desejam. O não interpretacionismo, ao buscar fora da Constituição respostas aos problemas judicializados, emprega valores que estariam fora do alcance das maiorias, colidindo com o regime democrático. A questão é como conciliar o interesse de uma maioria com os direitos da minoria sem vulnerar a democracia.¹⁴²

Até que ponto disposições de uma geração podem vincular as gerações vindouras? Naturalmente, tal pergunta enfraquece a crença de que o juiz, ao aplicar a Constituição, põe em prática a vontade atual do povo. Assim, mesmo aqueles que tratam o interpretacionismo acabam, muitas vezes, entrando em conflito com a ideia de vontade do povo, de ideal democrático. Ocorre que a ideia de aplicar a Constituição, simplesmente, não pode ignorar o fato de que nem sempre é possível atribuir conteúdo inteligível a normas constitucionais apenas com base na linguagem e na história legislativa; algumas precisam de conteúdo externo ao dispositivo. Cai por terra, então, a concepção estrita de interpretacionismo, já que a

¹⁴² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 3-14.

Constituição contém várias disposições que convolam o aplicador a ir além do sentido literal. Apesar dos registros legislativos, nem todos os legisladores consignam suas próprias interpretações dos significados dos dispositivos que estão votando. Gera-se um registro das ideias sobre as quais houve concordância suficiente de uma maioria composta por tantas pessoas diferentes que é impossível obter-se um retrato preciso de suas intenções legiferantes. As disposições constitucionais possuem, muitas vezes, linguagem extremamente aberta, que delega aos responsáveis pelas decisões pertinentes à Constituição a proteção de direitos não explicitamente listados. É possível que o conteúdo das disposições constitucionais não seja encontrado em nenhum trecho dos seus termos ou nas ponderações constituintes, delegando ao futuro novas possibilidades de interpretação.¹⁴³

A ideia de um interpretacionismo preso às disposições constitucionais guiaria o julgador ao mero legalismo em nome do Estado de Direito. Deve-se evitar o extremo do interpretativismo.¹⁴⁴

Se o interpretacionismo preso meramente à literalidade das disposições constitucionais não é viável, resta saber quais valores o Judiciário deve impor ao decidir conflitos constitucionais. Muitas vezes, mesmo propondo um método impessoal, o juiz julgaria, segundo a crítica, segundo os (i) seus próprios valores, não havendo garantia de que o Judiciário aplicaria os valores da comunidade, em ofensa à democracia e a um ambiente onde imperam leis e precedentes. Buscar a resposta no (ii) direito natural, preenchendo as disposições constitucionais, também remeteria a uma falta de clareza, podendo até mesmo permitir a sua utilização em posições antagônicas, como foi o caso da questão escravagista. Não haveria razão para pensar que os Tribunais seriam mais aptos que o Legislativo para determinar os fatos legislativos, especialmente nas situações de incerteza empírica. Dizer que o Estado-juiz deve pautar-se por (iii) princípios neutros, aplicando-os a todos os casos e garantindo a coerência, não diz nada de onde sairiam tais princípios ou de qual seria sua substância. Perquirir a saída por meio da (iv) razão, aplicando o método da filosofia moral, é igualmente problemático, pois não há um único método. A (v) tradição, por sua vez, pode dar apoio a causas opostas, a depender da sua historicidade, já que ela não seria unitária em temas controversos, havendo até casos em que não se faria presente. Por fim, o (vi) consenso, representando valores amplamente partilhados pela sociedade, entendido como fator objetivo

¹⁴³ Ibid., p. 15-55

¹⁴⁴ POSNER, Richard A. Democracy and distrust revisited. **Virginia Law Review**, Charlottesville, VA, v. 77, p. 641-652, 1991. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2890&context=journal_articles>. Acesso em: 10 mar. 2018.

passível de descoberta, seria algo desintegrado na sociedade plural, impossível de ser descoberto por uma elite não democrática.¹⁴⁵

Se uma abordagem interpretacionista mostra-se insustentável e uma abordagem não interpretacionista não encontra valores externos para preencher a textura aberta da Constituição, depara-se com um problema. Há, contudo, outra opção que prestigia questões referentes a procedimentos judiciais ou administrativos aos cidadãos. Decisões de teor procedimental, preocupando-se com o procedimento pelo qual são feitas as normas que governam a sociedade e com os direitos afetos a tal *iter*, em especial a expressão política e a liberdade de associação. É colocar no centro do debate o funcionamento do processo democrático. O intervencionismo não precisaria impor valores substantivos considerados importantes, mas asseguraria que o processo político estivesse aberto aos adeptos de todos os pontos de vistas em condições de igualdade. Assim, os dois campos de ação de uma Corte seriam: (i) desobstruir os canais da mudança política e (ii) corrigir certos tipos de discriminação contra minorias, verdadeiras metas participativas de acesso amplo aos processos e benefícios do governo representativo.¹⁴⁶

Rejeitando a dicotomia entre interpretativistas e não interpretativistas, John Hart Ely buscou uma abordagem da atuação judicial voltada à participação e que reforçasse a representação, coadunando-se com o regime democrático.¹⁴⁷

Não seria o caso de considerar este ou aquele valor substantivo como fundamental, mas de averiguar se houve restrição indevida na oportunidade de participar nos processos políticos mediante os quais os valores são identificados e ponderados ou os benefícios concretos são alcançados. Tal visão seria compatível com a democracia representativa. A ideia de representação é a de que as pessoas que elaboram as disposições legislativas seriam por elas também abrangidas, assegurando comunhão de interesses e impedindo a elaboração de leis opressivas. A força principal seria a do voto. Caberia às Cortes, além do papel acima, o de proteger a participação das minorias contra a opressão das majorias. A Constituição asseguraria uma estratégia de pluralismo, dando vez às vozes mais diversas, impedindo o predomínio de uma coalizão majoritária qualquer. Três pontos merecem realce: o de que (i) a Constituição, apesar de duradoura, passa por um processo de evolução, cabendo ao processo

¹⁴⁵ ELY, *op. cit.*, p. 58-95.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 97-99.

¹⁴⁷ FLEMING, James E. A critique of John Hart Ely's quest for ultimate constitutional interpretativism of representative democracy. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, Michigan, v. 80, n. 4, p. 634-651, 1982. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/1288227> >. Acesso em: 02 mar. 2018.

político a escolha e a interponderação de valores substantivos; (ii) a atuação judicial para promover a representação não é incompatível com os pressupostos democráticos; e (iii) os tribunais, por serem especialistas em questões processuais, estando à margem do jogo político, são mais bem qualificados para desenvolver certas tarefas. O Judiciário interviria não para ditar resultados substantivos, mas para garantir que o mercado político funcione bem, da mesma forma que um árbitro de futebol deve intervir somente quando um time obtém uma vantagem injusta. Determinações de valor competiriam aos representantes eleitos.¹⁴⁸

A construção doutrinária de Ely é, certamente, uma forte oposição ao pragmatismo.

3.2.2 Desacordos e democracia: o papel do Judiciário na visão de Jeremy Waldron

Em paralelo à corrente desenvolvida por John Hart Ely, a análise da objeção democrática é feita por outro autor da tradição da *common law*, o neozelandês Jeremy Waldron.

Os direitos deveriam ser inseridos em fórmulas legais e proclamados em textos constitucionais ou deveriam tão só evoluir no diálogo democrático? Haveria necessidade de um ramo específico do Governo, o Judiciário, realizar a revisão dos atos dos demais poderes? Teorias de direito deveriam ser complementadas por teorias de autoridade, cuja função é determinar como as decisões precisam ser tomadas quando membros de uma comunidade discordam sobre o que é o certo, ainda mais se houver discordância acerca de direitos fundamentais. Não haveria uma inferência necessária entre a ideia de direitos e o arranjo político de seu reconhecimento judicial. Diferentes teorias divergem acerca do que deve ser encarado como direito fundamental. Nem sempre um direito moral representaria uma demanda por um direito positivado pela ordem jurídica; por exemplo, um filho pode prometer dizer a verdade aos pais sem que pretenda que tal dever seja consolidado juridicamente, até porque sua corporificação em texto legal poderia representar perda na capacidade de evoluir em um discurso político livre e flexível.¹⁴⁹

Constitucionalizar um direito representaria dificuldade ou impossibilidade em alterar a posição legal daqueles que possuem a vantagem ocasional de sua titularidade. Haveria uma paralisação da atividade legislativa relativamente às suas funções ordinárias com relação ao

¹⁴⁸ ELY, *op. cit.*, p. 100-138.

¹⁴⁹ WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999, p. 211-221.

direito em questão para os anos futuros, supondo que a posição positivada é a correta e que eventuais alterações legislativas serão equivocadas, ignorando o fato de que um indivíduo titulariza direitos por ser um agente pensante, com capacidade de deliberar moralmente, transcendendo a preocupação com seus interesses particulares. Atribuir direitos aos cidadãos é um ato de confiança na sua capacidade de pensamento moral e de estabelecimento de limites aos próprios interesses e direitos. A desconfiança de um titular de direitos com relação aos demais se baseia numa crença de justiça de suas posições, o que seria incompatível com o fato de que pessoas de boa-fé podem divergir. Assumindo-se tal fato, de que diferentes cidadãos, todos de boa-fé, podem divergir, tem-se a consequência de que é possível que algum esteja equivocado, e permitir que se consignem direitos rijos nas Constituições representaria uma potencial perpetuação do erro.

Os desacordos sobre direitos são representados por diversas teorias rivais. Com a interação coletiva se alcançariam as verdades complexas em temas difíceis (aborto, ações afirmativas, financiamento de campanhas, controle de armas, discursos de ódio, direitos dos imigrantes etc.). Não se deveria cair no erro de pensar que as discussões políticas ou acadêmicas superam as travadas entre cidadãos. Desacordos nas Cortes e no meio acadêmico não seriam diversos daqueles existentes entre cidadãos.¹⁵⁰

O direito à participação é de extrema relevância, não significando tal assertiva que possua prioridade moral sobre outros direitos, mas sim que é peculiarmente apropriado em situações nas quais os titulares de direitos estejam em desacordo. Indivíduos têm direito fundamental contra a coerção no exercício do poder político. O próprio direito à participação representa a ideia de que o seu exercente não é o único a tomar parte na atividade em questão, mas integra um empreendimento coletivo em que todos possuem idêntica dimensão. A ideia equivocada de que a diluição participativa entre milhões de outros cidadãos não contaria vai de encontro à liberdade moderna, em que o cidadão participa de decisões que afetam milhões. Imagine o leitor que caso todos os cidadãos, na crença de que suas ações não impactam a coletividade, resolvam despejar lixo nas ruas, poluir e delinquir. Os efeitos dos votos de um grande número de indivíduos são enormes. O voto também é uma forma de expressão, dando a oportunidade ao indivíduo de manifestar-se na arena pública em matérias de relevância.¹⁵¹

O que acontece no processo político determina não apenas quais são os fins sociais, mas o conteúdo e a distribuição dos direitos dos indivíduos. Como as pessoas discordam

¹⁵⁰ Ibid., p. 221-231.

¹⁵¹ Ibid., p. 232-243.

sobre os direitos, a sua especificação deve ser conseguida por meio do processo político, da participação. Mesmo que haja uma resposta objetiva às questões difíceis sobre direitos fundamentais, tende a haver desacordo sobre qual a resposta correta. Teorias sobre direitos que desprezem o processo de participação tendem a perpetuar respostas potencialmente equivocadas e incrementar o desacordo. O desacordo é uma das circunstâncias básicas da vida política nas sociedades modernas. Nas circunstâncias da política, muitas vezes um indivíduo se acha vinculado a entendimentos com os quais não concorda, mas que são fruto do processo democrático. A participação é uma forma de governar as decisões em circunstâncias na quais os membros da sociedade não concordam com o conteúdo dos direitos. Os atingidos pelas decisões devem ser ouvidos, até diante do pressuposto construído de que os indivíduos possuem um juízo moral e racional, evidenciando uma forma de respeito na resolução dos desacordos políticos.¹⁵²

A atuação judicial seria inapropriada em sociedades democráticas por conta do desacordo dos seus membros sobre direitos. Há um tensionamento entre a *judicial review* e o princípio democrático.¹⁵³

Um texto constitucional e um controle de constitucionalidade pelo Judiciário não necessariamente são contrários à vontade popular. A questão é se o apoio popular retiraria eventual caráter antidemocrático do papel das Cortes. Uma coisa seria o procedimento democrático de escolha de um regime político, e outro seria o regime em si atuando nas suas decisões posteriores. Se as pessoas escolhessem experimentar o regime ditatorial, isso não convolaria o citado regime em algo democrático. A soberania popular nessa escolha não caminha, necessariamente, para o ideal democrático. Quando os cidadãos firmam o pré-compromisso de estabelecer um texto constitucional, estabelecem limites para a atividade legislativa posterior, com a consciência de que as maiorias, eventualmente, podem entrar em pânico ou que estados emocionais injustos firmam as minorias. Tal ideia, contudo, iria de encontro à premissa de Waldron de que os titulares de direitos são indivíduos de boa-fé, capazes de identificar as responsabilidades para com os demais. O pré-comprometimento impediria uma mudança negativa quanto aos direitos assegurados pelo texto constitucional, a exemplo de Ulisses, que se amarrou ao mastro no navio para não sucumbir posteriormente ao estado emocional provocado pelo canto das sereias ou, num exemplo mais comum, de um

¹⁵² Ibid., p. 244-254.

¹⁵³ HUTCHINSON, Allan C. A hard core case against judicial review. **Harvard Law Review Forum**, Cambridge, Massachusetts, v. 121, n. 57, p. 57-64, 2008. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2036&context=scholarly_works>. Acesso em: 11 nov. 2016.

indivíduo que entrega as chaves do carro ao amigo, instruindo-o que não as devolva, consciente de que beberá e poderá causar um acidente. O eleitorado poderia se prevenir contra estados futuros que representem o canto das sereias, atentando contra os direitos fundamentais? As constrações constitucionais teriam tal escopo.¹⁵⁴

O problema é que, em algumas situações, haverá necessidade de superar tais restrições, a exemplo do indivíduo ébrio que precisa dirigir, mesmo contra seu conselho anterior, para levar o filho acidentado ao pronto-socorro. As constrações constitucionais não deveriam operar num juízo causal, rigidamente. Isso iria de encontro à vontade estabelecida no momento original. Os juízos prognósticos são limitados, motivo pelo qual há uma abstração vinculada aos textos. Se as situações posteriores representam desacordos sobre direitos e justiça, a questão é se caberia ao Judiciário resolvê-lo, já que haveria uma ofensa ao ideal de que as pessoas têm direito a se governarem pelos seus próprios julgamentos, sendo tratadas como iguais. Mais fácil que tentar estabelecer qual a intenção do povo no momento originário seria indagar do próprio povo o seu sentimento. Embora o ser humano esteja ciente de suas próprias vulnerabilidades (luxúria, preguiça, impulso, raiva, pânico, paixão...), a sociedade lida com desacordos mesmo em momentos de calma e lucidez sobre os direitos, e a positivação de uma restrição representaria a vitória quase permanente de um grupo sobre os demais, já que mesmo em constituintes não há consenso acerca de tudo. Uma geração não teria legitimidade para ditar permanentemente os projetos de vida das gerações seguintes, diante da multiplicidade de opiniões. O Judiciário está, muitas vezes, tão dividido e conflituoso quanto a sociedade civil em certos temas. Seria nas circunstâncias da política que as divergências deveriam ser sanadas, em processos coletivos de tomada de decisão. Diferentemente de Ulisses que, ao decidir amarrar-se ao mastro para evitar a tentação do canto das sereias, era um indivíduo isolado, a sociedade é complexa, com pluralidade de opiniões e desavenças razoáveis. É através de instituições democráticas que as divergências são mais bem resolvidas, num procedimento que garante igualdade de participação. Juízes discordam tanto quanto os demais membros da sociedade, não havendo motivos maiores que superem a objeção contramajoritária a eles imposta.¹⁵⁵

Havendo tradições robustas e estabelecidas de liberdade política, agregadas a debates vigorosos sobre a estrutura política, não se deveria temer ameaças aos direitos das minorias.¹⁵⁶

¹⁵⁴ WALDRON, *op. cit.*, p. 255-260.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 260-281.

¹⁵⁶ POSNER, Richard A. Book review (reviewing Jeremy Waldron, law and disagreement). **Columbia Law Reviews**, Nova Iorque, NI, v. 100, p. 582-592, 2000. Disponível em: <

Há uma congruência natural entre os direitos fundamentais e a democracia. A competência democrática do cidadão vincula-se à confiança nas suas capacidades morais, em especial de pensar responsabilmente quanto à relação moral entre os seus interesses e os de outrem. Há direitos que constituem o próprio processo democrático, como o direito à participação equitativa dos membros da sociedade, e aqueles que incorporam condições necessárias para a sua legitimidade, como liberdade de expressão e liberdade associativa. O engajamento ativo nas deliberações políticas é imprescindível e a atuação judicial poderia comprometê-lo, retirando importantes decisões do fórum democrático. Deve ficar clara a vinculação entre os direitos dos cidadãos e a capacidade deles como partícipes políticos; mesmo que haja carência de direitos que legitimem o procedimento democrático, tal fato não tornaria a atuação judicial mais palatável. Haveria sempre uma perda democrática quando a decisão sobre as condições da democracia fosse imposta por uma instituição não democrática, inexistindo razões para pensar que o controle do Judiciário aumente a qualidade do debate político numa sociedade.¹⁵⁷

Eis, em cerne, a objeção democrática que é oposta ao papel do Judiciário.

3.3 Pragmatismo e evolucionismo jurídico contestados: as oposições às teorias esboçadas

A presente seção trata de expor as principais críticas complementares ao pragmatismo e ao evolucionismo, já que não seria intelectualmente honesto apresentar ambas as teorias como parte de um consenso acadêmico. Muito pelo contrário. São teorias bastante criticadas e que recebem construções teóricas antagônicas de grande densidade. A escolha de tratar de ambas na mesma seção deve-se ao fato, já apresentado anteriormente, de que o pragmatismo jurídico é a teoria que melhor se amolda a uma concepção evolucionista do Direito, em especial nas questões morais polêmicas e naquelas onde inexistente tradição definida na cultura jurídica. Uma última ressalva é que não seria cabível, neste trabalho, apresentar ou esgotar todas as críticas às correntes estudadas, já que tal fato demandaria um projeto de pesquisa específico. Assim, serão apresentadas as principais críticas.

Como se pôde perceber, o neoconstitucionalismo abriu uma trilha bem demarcada para o pragmatismo jurídico. Mais que isso, o papel do Poder Judiciário enquanto guardião da

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=5109&context=journal_articles. Acesso em: 10 mar. 2018.

¹⁵⁷ WALDRON, *op. cit.*, p. 282-312.

interpretação dos textos legais solapou as concepções que primavam pela literalidade, pela permanência da *mens legislatoris*. Não que a intenção do legislador seja totalmente irrelevante no processo de interpretação-aplicação; ela se constitui em mais um ingrediente no caldeirão de elementos que influenciam a produção da norma jurídica, algo que será visto no caso concreto.

O pragmatismo jurídico, longe de ser unanimidade, depara-se com inimigos figadais, que vislumbram na sua utilização um atentado ao regime democrático, com o fortalecimento exacerbado do Estado-juiz. A ideia de que o Direito é instrumental, podendo ser direcionado de acordo com uma visão de custo-benefício, vulnera o Estado de Direito, segundo alguns.

O Estado de Direito é um ideal secular. Anteriormente se falava numa ordem imanente de princípios naturais ou costumes morais da comunidade que limitavam e preenchiam o Direito. Hoje é comum se afirmar que o Direito deve alcançar os fins sociais coletivos. A ordem jurídica é vista como uma ferramenta, em tempos de pragmatismo jurídico. É que no século XX houve uma perda na crença de princípios concretos, e muitos encaram as leis como recursos manobráveis estrategicamente pela habilidade retórica. Como perseguir interesse público e bem-estar social quando não se tem consenso acerca do conteúdo destas expressões? Há um profundo desacordo sobre os valores, aliado à ausência de bases objetivas. Estaria o Direito à deriva? Sagra-se, então, a divergência entre princípios fundamentais, a que o Direito deve(ria) obedecer, e a sua representação enquanto bem comum.¹⁵⁸

Lei injusta seria lei? O direito natural e os princípios da razão eram fontes do direito positivo, e superiores a este. Haveria limites no Direito em si, que mereciam obediência dos legisladores e aplicadores aos princípios fundamentais de justiça. O Iluminismo, a secularização da sociedade, as dúvidas sobre princípios morais objetivos e a heterogeneidade da população geraram uma perda dessa visão. Os limites do legislador passaram a ser ligados em termos positivistas à linguagem da Constituição. O instrumentalismo permite a utilização da lei para que se alcance determinado propósito, com ausência de limites. A partir de agora, a lei alcança obediência pela crença de que promove o bem comum, uma locução que vem se deteriorando paulatinamente. Existem disputas sobre o que é exigido pela justiça social, sobre as escolhas entre a liberdade e a igualdade, direitos das mulheres, minorias, distribuição de recursos, condições de emprego, desenvolvimento econômico e meio ambiente e assim por

¹⁵⁸ TAMANAHA, Brian Z. Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo** jurídico: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25-31.

diante. A verdade é que uma infinidade de grupos busca implantar suas agendas através da lei (fundamentalistas cristãos, mulheres, ambientalistas, sindicatos, consumidores, associações comerciais, agroempreendedores), alegando estar agindo em nome do bem público, advogando suas agendas particulares em detrimento de outros. Essa competição é feita sob a crença fiel de que a concretização de suas agendas significa alcançar o bem comum. E as leis são cumpridas porque os perdedores deste jogo sentem a ameaça da coerção estatal, nutrindo a esperança de vencer em competições futuras.¹⁵⁹

A vinculação às regras é reduzida quando o cumprimento das finalidades se torna a meta principal. Seria a lei um recipiente vazio? O pragmatismo insiste na análise das consequências das decisões, sendo a obrigatoriedade das regras a essência do *rule of law*, já que ela especificaria, em termos gerais e com antecedência, as instruções que devem ser seguidas pelos tomadores de decisão, dando razões suficientes e obrigatórias para o julgamento. Privilegiar as finalidades é ignorar tais construtos próprios do Estado de Direito, já que tal atividade é muito mais incerta, complicada e menos determinável, comprometendo a segurança jurídica. Os juízes antigamente eram doutrinados a seguir estritamente a lei, com um olho nas finalidades. Com o advento do instrumentalismo, eles são incentivados a alcançar os propósitos e finalidades e a manter um olho nas regras legais. A primeira orientação privilegia as regras, enquanto a segunda consagra as finalidades. O pragmatismo abriria a porta a valores subjetivos do julgador. A aplicação das leis a circunstâncias novas envolve escolhas; normas e princípios do tipo aberto exigem um julgamento. Esvai-se a crença absoluta na objetividade do juiz. Chegar-se-ia a uma decisão por meios subjetivos, trabalhando depois para buscar apoio nas normas jurídicas. Mesmo assim, um juiz orientado aos fins não pode desconsiderar totalmente os entendimentos jurídicos convencionais, já que as decisões devem ter plausibilidade e estar inseridas nas convenções jurídicas, com vinculação às normas. O Estado de Direito depende da vinculação consciente às regras.¹⁶⁰

Um dos maiores críticos ao pragmatismo jurídico é Ronald Dworkin, que possui muitos adeptos em solo brasileiro, bastando citar Lenio Streck, cuja teoria denominada “Crítica Hermenêutica do Direito” será analisada, brevemente, na próxima seção como um exemplo pátrio contrário ao pragmatismo jurídico.

Dworkin bem aponta que o pragmático adota uma atitude cética quanto ao pressuposto que ele acredita estar personificado no Direito: o de que as decisões políticas do passado

¹⁵⁹ Ibid., p. 32-31.

¹⁶⁰ Ibid., p. 31-63.

oferecem justificativas para o uso ou não da coerção estatal. O pragmático jurídico busca na justiça, na eficiência ou em alguma outra virtude tal justificativa. Volta-se para o futuro, muitas vezes ignorando o passado. O problema é que muitos não estarão concordes quanto às consequências da decisão, por terem visões e concepções diferentes sobre o que é uma boa comunidade. O Direito enquanto integridade, teoria de Dworkin, dá pretensões juridicamente protegidas a alguém quando decorre de decisões políticas anteriores. Para o pragmático, pode até ser que as pessoas não tenham direitos, ainda que previstos em lei, mas ele age como se eles existissem, por ser mais benéfico para a sociedade. O pragmático tenta encontrar o equilíbrio entre a previsibilidade protetiva da legislação, do precedente e a flexibilidade necessária para aperfeiçoar o Direito através dos tribunais. Ele pode rejeitar decisões do passado, caso as considere irrefletidas, mesmo que claras para fornecer uma linha de conduta aos litigantes. Outras vezes, pode entender que é mais benéfico seguir a aplicação de uma lei antiga ou obsoleta de forma simulada. Há um respeito atenuado a leis e precedentes.¹⁶¹

Para o pragmatismo jurídico, as estratégias para perseguir o interesse geral podem ser questionadas de uma geração para a outra, devendo ser naturalmente modificadas no âmbito do processo judicial. O juiz pragmático ignora o precedente que entende como obscuro e polêmico e não se sente obrigado a decidir casos posteriores por analogia com casos anteriores enquanto houver divergência sobre a semelhança ou a diferença entre os casos atuais e os do passado. Sendo uma concepção cética, rejeita a existência de pretensões juridicamente tuteladas que não sejam estratégicas. Os direitos são apenas auxiliares de um melhor futuro, e as pessoas não os titularizam caso sejam contrários ao futuro da sociedade. Para Dworkin, os juízes não recebem tais poderes do povo e a maioria das pessoas encara juízes pragmáticos como usurpadores.¹⁶²

A política é calcada numa estrutura imparcial (equidade), numa justa distribuição de recursos e oportunidades (justiça), e num processo equitativo para fazer vigorar as regras e regulamentos que os estabelecem (o devido processo legal adjetivo). Tais virtudes se resumem ao clichê de que casos similares sejam tratados isonomicamente, que o governo tenha uma só voz e aja de modo coerente e fundamentado em princípios com todos os seus cidadãos, para estender a cada um os padrões de justiça e equidade que usa para alguns. É a integridade política, algo que exige do Estado uma ação de acordo com um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando os cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 185-190.

¹⁶² *Ibid.*, p. 191-199.

princípios de justiça e equidade corretos. A integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do Direito, para Dworkin. Integridade na legislação, que pede aos legisladores coerência quanto aos princípios; integridade no julgamento, que pede aos juízes que vejam e façam cumprir a lei de forma coerente, atribuindo ao passado um poder especial e contrariando as concepções do pragmatismo jurídico. O corpo do Direito deve ser concebido como um todo e não como uma série de decisões distintas. As autoridades devem tratar como iguais todos os membros da comunidade.¹⁶³

Para Dworkin, o pragmatismo jurídico é vazio, pois embora insista que os juízes decidem os casos para produzir as melhores consequências, não indica quais são estas. Para ele, o utilitarismo seria a teoria moral mais próxima a ser adotada por um pragmatista. Numa sociedade pragmática, alguém que planeje seus assuntos deverá prever se os juízes consideram seu caso como um daqueles em que a previsibilidade é menos importante que a substância da lei. Sendo mais adaptável e flexível, dificulta a previsão das decisões judiciais, adotando uma visão cética exterior em relação ao Direito, que acredita ser fragmentado. A justificativa pragmática está na justiça ou em um elemento externo ao Direito, como a eficiência. Ao apresentar sua decisão, um juiz pragmático pode disfarçar a aplicação de uma lei obsoleta e sustentar ser uma nova interpretação, quando de fato é uma estratégia para exercer seu poder discricionário e torná-la mais aceitável pela comunidade. É o que Dworkin denominou de mentira nobre. O julgador, no pragmatismo, dará atenção ao passado no montante exigido pela estratégia, podendo tomar decisões da mesma forma que um formalista tomaria quando as leis são claras e os precedentes bem definidos e decisivos. O pragmatismo pretende correr o risco de errar, já que se o dissenso é inevitável, a controvérsia deve se voltar para o que importa: a decisão que melhor assegure o interesse da comunidade.¹⁶⁴

A abordagem pragmática, para Dworkin, encontra nos juízes os arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora da coerência, ofendendo o Direito enquanto integridade. Para ele, a argumentação jurídica se encontra na melhor interpretação moral das práticas sociais. Há um perigo, na visão dworkiniana, da caracterização do Direito como questão de fato. Seu projeto para o Direito é interpretativo: os juízes devem decidir o que é o Direito, interpretando o modo usual como os outros juízes decidiram o que ele venha a ser. A prática jurídica nada mais seria que um exercício de interpretação. É aí que surge a popular metáfora dworkiniana do romance encadeado em que, nos casos difíceis, o juiz deve ler o que

¹⁶³ Ibid., p. 200-212.

¹⁶⁴ ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes e casos difíceis**: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Curitiba: Juruá, 2014, *passim*.

outros juízes do passado escreveram, para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, na forma como um romancista forma uma opinião sobre o romance coletivo escrito. O julgador deve interpretar o que o antecedeu porque tem responsabilidade de avançar no empreendimento, ao invés de abandonar ou mudar a direção por conta própria.¹⁶⁵

Cumprido, agora, apresentar as críticas ao evolucionismo, apresentado como corolário do pragmatismo jurídico nesta pesquisa. Se o Direito evoluiu ao longo das discussões em torno de seu alcance, é na concepção pragmática que encontra maior ressonância para mudanças espontâneas, no seio dos processos. A inserção de teses novas, em especial num país onde restam inadimplidas as promessas da modernidade, pode encontrar no pragmatismo o complemento necessário.

Sendo uma escola de pensamento que se desenvolveu e foi bem analisada pela antropologia, com raríssimo estudo específico no Direito, merecem reprodução as críticas feitas pelos antropólogos.

A influência de Darwin impulsionou as correntes evolucionistas que já existiam na antropologia. Os esquemas evolucionistas eram simplistas e rígidos. A antropologia do século XX rechaça o evolucionismo. Coube aos neoevolucionistas, a partir de 1943, desenvolver um novo e lento despertar de suas teorias.¹⁶⁶

Falar em evolucionismo significa explicitar a passagem de uma espécie a outra. Evolução traz a ideia de um tornar-se mais. Tendo surgido em especial no século XIX, declinou no limiar do século XX, como acima apontado. Quando se fala em mudança, não necessariamente se carrega ínsita a ideia de evolução, podendo existir involução. A grande crítica ao evolucionismo é a crença em uma evolução unilinear, na essência de que haveria uma linha de desenvolvimento percorrida por todas as sociedades em todas as suas peculiaridades pela história. Haveria uma unidade psíquica da humanidade. Hoje, fala-se em evolução multilinear, podendo coexistir vários estágios culturais num mesmo grupo humano. Há, ainda, quem fale em evolução cultural diferencial, no sentido de que sociedades humanas, tomadas isoladamente, desenvolveram vários aspectos econômicos, sociais, políticos, legais, em proporção diversa ou em níveis diversos.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Ibid.

¹⁶⁶ LEWELLEN, Ted C. **Introducción a la antropología política**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 1985, p. 2-11.

¹⁶⁷ ULLMANN, Reinhold Aloysio. **Antropologia: o homem e a cultura**. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 92-99.

Para o evolucionismo, seria possível formular teoremas de causação estrutural que explicam a determinação da ação social em geral, revelando leis universais que governam a mudança social. O relativismo cultural é um ponto-chave no descrédito das teorias evolucionistas, que sempre buscam as metáforas orgânicas para a sua explicitação social. Evolução vem de *evolutia*, usado em referência ao desenrolamento de livros em pergaminho, passando depois a representar um processo de ordenamento de mudança que passa por vários estágios discerníveis. Fundindo progressão com progresso, as teorias evolucionistas se baseiam em pressupostos claramente etnocêntricos. Torna-se comum falar em adaptação e manter a crença de que a sobrevivência de um item pode ser explicada em termos de sua capacidade adaptativa superior. Adaptação nada mais é que uma gama de processos pelos quais os seres humanos respondem a características de seus ambientes e as modificam. O grande problema é que a história não tem formato evolucionista, já que os seres humanos, por serem reflexivos, fazem sua história com o conhecimento dessa história. Os seres humanos mudam a história. A história humana não é uma história de crescimento mundial, e o mundo moderno nasce antes da descontinuidade do que da continuidade com o anterior.¹⁶⁸

Os perigos trazidos pelo pensamento evolucionista são sintetizados em quatro pontos por Anthony Giddens¹⁶⁹, lembrando que este autor não renuncia a todos os conceitos gerais em cujos termos se pode analisar a mudança, já que reconhece que toda vida social é episódica, referindo-se a sequências identificáveis de mudança que dependem da conjuntura, das circunstâncias e eventos, que podem diferir em natureza de acordo com variações de contexto. Seguem os perigos expostos pelo autor ao evolucionismo:

- a) A compreensão unilinear: tentativa de comprimir a evolução geral na evolução específica;
- b) a compreensão homológica: a tendência dos pensadores a defender que existe uma homologia entre os estágios de evolução social e o desenvolvimento da personalidade individual;
- c) a vinculação do poder superior, econômico, político ou militar, com superioridade moral numa escala evolutiva: há uma nítida conotação etnocêntrica neste ponto;
- d) A distorção temporal: a propensão dos pensadores evolucionistas para supor que a história só pode ser escrita como mudança social.

¹⁶⁸ GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 267-280.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 281-288.

Apesar de não contar com unanimidade no meio antropológico, a teoria evolucionista é responsável por severas análises do comportamento humano e esclarece fenômenos de mutação jurídica, como bem se exporá na seção seguinte.

3.4 A crítica hermenêutica do Direito e seu antagonismo ao pragmatismo e ao ativismo judicial

O que é interpretar? Como se dá esse processo?

Aprofundando a matéria, Richard Palmer¹⁷⁰ busca as raízes da hermenêutica no grego *hermeneuein*, traduzido como interpretar, e no substantivo *hermeneia*, interpretação. Ainda, liga o termo *hermeios* ao sacerdote do oráculo de Delfos. Com este prelúdio, trata do vocábulo *hermeneuein*, em seus antigos usos: (a) como uma forma de dizer, exprimir ou afirmar algo, já que para exprimir é necessário compreender; (b) como uma forma de explicar, com ênfase ao aspecto discursivo da compreensão, bem como ao caráter de racionalização e clarificação; (c) como tradução, gerando a consciência de que a própria língua contém uma interpretação.

Modernamente, Palmer¹⁷¹ identifica a hermenêutica: (a) como teoria da exegese bíblica, lembrando que as operações de exegese textual remontam à Antiguidade; (b) como metodologia filológica; (c) como ciência da compreensão linguística; (d) como base metodológica para as disciplinas centradas na compreensão da arte, comportamento e escrita do homem; (e) como fenomenologia do *dasein* e da compreensão existencial, explicando a própria existência humana, já que para Heidegger interpretar e compreender são modos fundantes da existência humana; (f) como um sistema de interpretação.

A hermenêutica jurídica passou a desenvolver-se num campo próprio, como uma espécie de caso especial da hermenêutica geral, com princípios específicos e métodos diferenciados. Barroso¹⁷² demonstra que a hermenêutica nasce, primeiro, para estudar os princípios gerais de interpretação bíblica, passando depois para a filosofia, para a ciência, e por fim, para o Direito. A hermenêutica é um domínio teórico que identifica, desenvolve e sistematiza os princípios de interpretação do Direito. Interpretar juridicamente é revelar ou

¹⁷⁰ PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Portugal: Edições 70, 2006, p. 23-37.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 43-54.

¹⁷² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 292.

atribuir sentido a textos ou outros elementos normativos, notadamente com o fim de solucionar problemas.

As lições são acompanhadas pelo restante da doutrina, bastando ver Grondin¹⁷³.

A hermenêutica alcançou um estágio tal de sofisticação que, hoje, há uma confusão generalizada e um anseio de apresentar múltiplas correntes sem a devida análise. Há crítica pertinente, da parte de Virgílio Afonso da Silva¹⁷⁴, que aponta um verdadeiro sincretismo metodológico, a impedir um maior avanço nas discussões. Cinge-se a uma explicação meramente resumida dos métodos, sem conclusão alguma sobre a relação entre eles, sua aplicabilidade ou compatibilidade.

É isento de dúvidas que o homem interpreta basicamente tudo ao seu redor. Uma obra de arte, um livro, uma lei, uma canção ou até mesmo um poema. A diferença da interpretação jurídica é que esta trata com o que é comandado, proibido ou permitido, questões práticas, bem como possui uma pretensão de correção diferente da do discurso prático geral.¹⁷⁵

3.4.1 A corrente de Lenio Streck

Tentar-se-á abordar uma das mais sedimentadas teorias hermenêuticas em solo brasileiro, a teoria de Lenio Streck, a Crítica Hermenêutica do Direito, e demonstrar, ainda que de forma breve, a aporia em que se encontra quando lida com direitos em que há ausência de tradição, no sentido gadameriano do termo.

A proposta do presente tópico é analisar a rebuscada teoria streckiana, fornecendo noções básicas ao leitor para que compreenda, posteriormente, o aporte pretendido com o que se chamou aqui de evolucionismo jurídico.

Os marcos inegáveis da Crítica Hermenêutica do Direito são as obras de Martin Heidegger, Hans-George Gadamer e Ronald Dworkin, nutrindo o escopo de se ir além e encontrar uma resposta constitucionalmente adequada.

¹⁷³ GRONDIN, Jean. Introdução à Hermenêutica Filosófica. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999, p. 81.

¹⁷⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 135.

¹⁷⁵ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 93.

Uma coisa deve ficar clara, desde logo. É que, com amparo nos autores do chamado giro linguístico, Streck passa a considerar a hermenêutica como algo antimetodológico. Defende que os métodos e esquema tradicionais (inclusive os chamados de modernos pelo neoconstitucionalismo) estão presos num paradigma sujeito-objeto e que a linguagem não poderia mais ser vista simplesmente como objeto, e sim como um horizonte aberto e estruturado, cujo sentido surge com a interpretação.¹⁷⁶

Há, no conjunto de sua obra, uma forte crítica às correntes que taxa de objetivistas e subjetivistas, uma buscando a *voluntas legis* e a outra, a *voluntas legislatoris*. Barroso¹⁷⁷ esclarece que se cuida de saber se deve prevalecer a vontade do legislador histórico (subjetivismo) ou a vontade objetiva e autônoma da lei (objetivismo). Essa vontade do legislador histórico posteriormente é substituída pela vontade do julgador, saltando do nível político para o nível judicial.¹⁷⁸

Streck parte do *Crátilo*, de Platão, analisando a antiga cisão entre naturalismo e convencionalismo na justeza dos nomes. Seriam estes (nomes) dados por natureza ou segundo convenção humana? A linguagem daria acesso à coisa em si? Posteriormente, a partir de Aristóteles, na sua busca pela essência, desprezando a experiência, tenta consolidar uma abordagem acerca da metafísica clássica.¹⁷⁹

É com a modernidade que surge o outro paradigma filosófico analisado, a filosofia da consciência. Através do *cogito* de Descartes, o sujeito pensante passa a ser o local da verdade e o ponto de partida do conhecimento. Com Kant, a subjetividade atinge o seu ápice, mudando-se a posição do sujeito de assujeitado para assujeitador das coisas. Nos dois casos, ainda se mantém o paradigma sujeito x objeto.¹⁸⁰

Há que se esclarecer, como faz Streck¹⁸¹, que o positivismo não representa apenas o exegetismo, a coincidência entre norma e texto. Houve, de fato, um tempo em que se buscou, como resposta ao absolutismo que havia imperado, um lampejo de razão à interpretação e

¹⁷⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Lições de críticas hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 9-10.

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 116.

¹⁷⁸ STRECK, *op. cit.*, p. 109.

¹⁷⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 177-198.

¹⁸⁰ LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30-34.

¹⁸¹ STRECK, *op. cit.*, p. 136.

aplicação do Direito. A lógica formal, influenciada pelo ideal positivista de ciência, em que há demonstrações empíricas e previsibilidade, encontrou assento na aplicação da lei.¹⁸²

Como já se viu na seção anterior deste trabalho, manejar o Direito era, fundamentalmente, uma operação silogística; o que importava era uma mera justificação interna. Foi o tempo do positivismo legalista, em que a segurança jurídica, apanágio do Estado de Direito, sobrepujou qualquer influência externa (instâncias não empíricas), buscando cada vez mais uma pretensa cientificidade.¹⁸³

Ante as insuficiências do exegetismo, surge o positivismo normativista, que consagrou a subjetividade do intérprete. É a chamada discricionariedade judicial. Um expoente do positivismo normativista é Kelsen¹⁸⁴, quando propõe: “[...] o Direito a aplicar forma, em todas estas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação”.

Em todas as correntes, manifesta-se o esquema sujeito *x* objeto. E o operador jurídico termina oscilando entre uma postura subjetivista e outra objetivista, adotando uma ou outra de forma *ad hoc*.¹⁸⁵ Ainda hoje, é possível verificar essa dualidade, com oscilação ou até mesmo a fusão de ambas as correntes no mesmo julgador.

A superação desta oscilação só vem, para Streck, com a viragem linguística e seus expoentes principais, Heidegger e Gadamer, cujas obras merecem uma breve, porém necessária menção.

Heidegger, em sua obra *Ser e Tempo*, aborda a questão do ser, iniciando um afastamento dos métodos. Para ele, há uma diferença ontológica entre o ser e o ente¹⁸⁶; um não existe sem o outro. O ser é o ser de um ente. É com a consciência da temporalidade que se permite um horizonte para compreender e interpretar o ser.¹⁸⁷

Ao usar a noção de *Dasein* como um estar lançado num mundo de escolhas, Heidegger, como esclarece Helena Araújo¹⁸⁸, quer demonstrar que esse é constituído de mundo e está sempre inacabado. A consciência é algo que se mostra na experiência.

¹⁸² VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 37.

¹⁸³ ADEODATO, *op. cit.*, p. 165-166.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 390.

¹⁸⁵ STRECK, *op. cit.*, p. 99.

¹⁸⁶ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: Parte I. 15ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005, p. 28-45.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹⁸⁸ ARAÚJO, Helena de Lima Marinho Rodrigues. Os modos de existência do Dasein: inautenticidade e autenticidade em Ser e Tempo. **Kalagatos** - Revista de Filosofia do Mestrado Acadêmico em Filosofia da UECE, Fortaleza, CE, v. 2, n. 3. p. 39-54, 2005.

O autor de *Ser e Tempo* trabalha, sobretudo, com as noções de facticidade, experiência e mortalidade. É no bojo da facticidade que se encontra lançado o tema da historicidade, na hermenêutica, tema este que permitirá a posterior construção da noção de fusão de horizontes, por Gadamer.¹⁸⁹

Em sua famosa obra *Verdade e Método*, Gadamer recua diante das pretensões da filosofia hermenêutica de Heidegger, mas amplia a compreensão da hermenêutica, dando-lhe certa pretensão de universalidade.¹⁹⁰

Gadamer deixa um pouco de lado a questão transcendental, contrariamente a Heidegger, que utilizava a fenomenologia hermenêutica para compreender o ser¹⁹¹. Reabilitando a noção de preconceito, Gadamer¹⁹² demonstra que este não pode ser entendido como falso juízo, já que pode ser valorizado positiva ou negativamente. Há preconceitos legítimos, e o preconceito é uma condição necessária, de possibilidade para toda a compreensão, pois é impossível apreender uma realidade fora da tradição, da facticidade em que se encontra o ser.

A tradição tem como cerne o fato de que os preconceitos, as opiniões prévias, as antecipações de sentido não apenas possibilitam positivamente a compreensão, mas são ou podem ser verídicos.¹⁹³

A partir das noções dadas, entre o texto e o intérprete, estabelece-se um diálogo que permitirá uma fusão de horizontes através do círculo hermenêutico.¹⁹⁴

O círculo hermenêutico é um conceito desenvolvido por Gadamer a partir da obra de Heidegger. Para Gadamer¹⁹⁵,

Heidegger, pelo contrário, descreve esse círculo de uma forma tal que a compreensão do texto se encontre determinada, continuamente, pelo movimento de concepção prévia da pré-compreensão. O círculo do todo e

¹⁸⁹ ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer. **Natureza Humana**. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 14-36, 2012. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302012000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15.10.2016.

¹⁹⁰ STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). **Hermenêutica e Epistemologia: 50 anos de verdade e método**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 12.

¹⁹¹ LUIZ, *op. cit.*, p. 87.

¹⁹² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 407-427.

¹⁹³ AQUINO, Thiago. Tradição histórica e reflexão crítica: notas sobre o debate entre Habermas e Gadamer. In: **Veritas**, v. 57, n° 3, set./dez. 2012, p. 57.

¹⁹⁴ GADAMER, *op. cit.*, p. 555.

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 439-440.

das partes não se anula na compreensão total, mas nela alcança sua mais autêntica realização. O círculo, portanto, não é de natureza formal. Não é nem objetivo nem subjetivo, descreve, porém, a compreensão como a interpretação do movimento da tradição e do movimento do intérprete. A antecipação de sentido, que guia a nossa compreensão de um texto, não é um ato da subjetividade, já que se determina a partir da comunhão que nos une com a tradição.

Em suma, o intérprete está inserido na tradição, já que ele herda um conjunto de preconceitos que constituem seu horizonte. Quando ele consegue legitimar seus preconceitos, fundamenta-os nas coisas; ocorre então a compreensão. O círculo hermenêutico implica a impossibilidade de que alguém fuja da história; o intérprete deve fazer com que o texto fale, expandindo seu horizonte de significado, escutando o que o texto tem a dizer. A compreensão inclui a aplicação do texto ao horizonte do intérprete, projetando-se o horizonte do texto. Compreender é fundir esses dois horizontes.¹⁹⁶

Um exemplo interessante sobre as noções até agora exploradas pode ser adaptado do livro de Fernando Vieira Luiz¹⁹⁷. Determinado estudante universitário, numa das diversas universidades brasileiras, resolve ir ao banheiro, e na porta encontra gravada a letra “M”. A letra alfabética tanto pode representar o vocábulo mulher, quanto o vocábulo masculino. Imagine-se a constrangedora situação em que o estudante adentra pensando tratar-se de um banheiro masculino, mas ali se equivoca. Não poderia alegar que sua “interpretação” o resguardaria. Ao ir ao banheiro, sabe-se que, pela tradição, ele será separado por sexo, ao menos no Brasil. Encontrando a letra “M” gravada na porta, para saber seu verdadeiro significado, deve olhar a porta do outro banheiro, tendo-se aí o contexto. Se imaginava tratar-se de masculino, e na porta ao lado havia a letra “H”, relativa à palavra homem, percebe-se que seu preconceito foi equivocado. Ao revés, caso haja, na porta vizinha, a letra “F”, relativa a feminino, seu preconceito será confirmado. Nisto, ele terá estabelecido um diálogo com o texto, uma fusão de horizontes, o círculo hermenêutico.

Outro caso. Dirigindo, uma determinada pessoa, em um bairro nobre da cidade de Maceió/AL, conhecido por seus centros de estética, academias e salões, depara-se com uma placa que alardeia apenas “doenças de pele, caspa, seborreia, dermatites de contato”. Decerto, uma criança sem inserção no contexto histórico, na tradição, logo se assustará ao ler os dizeres. Ao contrário, um adulto já inserido na tradição compreende que, na conjuntura histórica, no contexto, no bairro nobre em que se encontram os dizeres, é possível (pré-

¹⁹⁶ SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Trad. Fábio Ribeiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014, p. 167.

¹⁹⁷ LUIZ, *op. cit.*, p. 108.

compreensão) que ali haja um centro de estética. Adentrando, pode ou não se revelar correta sua noção prévia, mas ter-se-á estabelecido um diálogo com o texto, com a sua emissividade.

Eis a superação, defendida por Streck, do paradigma sujeito *x* objeto.

A construção doutrinária de Streck é por ele utilizada para preconizar a superação da dicotomia entre casos fáceis e casos difíceis. Não há grau zero na atribuição de sentido, estando o intérprete permeado por preconceitos, pela tradição e pela historicidade. A dualidade entre casos fáceis e casos difíceis ignoraria o fato de que a compreensão se dá numa relação entre os seres, numa fusão de horizontes.¹⁹⁸

Na área jurídica, alguns autores, especialmente no seio da doutrina constitucional, passaram a aplicar o giro linguístico em suas teorias. Cumprindo a proposta deste trabalho, passa-se a analisar, resumidamente, o pensamento do outro marco teórico de Lenio Streck, o trabalho de Ronald Dworkin.

Nos Estados Unidos da América, segundo a doutrina¹⁹⁹, existe uma divisão entre aqueles autores que defendem que o papel dos juízes seja adstrito ao que se encontra claramente na Constituição (interpretativistas), e aqueles outros que advogam a possibilidade de que as Cortes baseiem seus julgamentos em elementos que sobejem o mero texto, referenciando-se com elementos que estão detrás dos limites estritos, vinculados a aspectos morais e valorativos (não interpretativistas). Dworkin é, com frequência, posicionado neste último grupo.

É merecida a menção de que a doutrina estadunidense, desde 1803, no célebre aresto *Marbury x Madison* e em outros *leading cases*, a exemplo do caso *Lochner x NY*, lida com a questão dos limites judiciais e do ativismo jurisdicional²⁰⁰. O Brasil encontra-se ainda na retaguarda do tema.

O jurista americano, que foi professor da New York University, organiza sua teoria enxergando o direito como um verdadeiro empreendimento coletivo, como integridade, instruindo os juízes a identificarem os direitos e deveres legais, pressupondo que foram

¹⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, *passim*.

¹⁹⁹ LEAL, Mônica Clarissa Henning. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 149.

²⁰⁰ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 23-26.

criados por um único autor, a comunidade personificada, o que permitiria manter uma concepção coerente de integridade e justiça.²⁰¹

Preocupado com tais pontos, Dworkin repudia a discricionariedade judicial e, incorporando a noção de tradição, desenvolve a figura do romance em cadeia. Neste projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série e cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever o seguinte, fazendo uma construção coletiva da melhor forma possível.²⁰² O romance encadeado de Dworkin é frontalmente contrário ao positivismo normativista. Vale transcrever algumas palavras do autor:

decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário [...] ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora.²⁰³

A teoria dworkiniana é toda construída com anteparo em um conjunto de princípios, liberdades e direitos compartilhados por toda a sociedade. É o que se chama de comunidade de princípios, e que fecha a teoria do direito enquanto integridade.²⁰⁴

Negando a discricionariedade e adotando as conquistas do giro linguístico, Dworkin é o ponto final para fechar o marco teórico de Streck.

Lenio Streck trava verdadeiro combate à discricionariedade judicial, chegando a sustentar que o compromisso com a Constituição e com a legislação democrática implica o combate à discricionariedade.²⁰⁵ O autor analisado enxerga, em vários elementos, um perigo à autonomia do Direito.²⁰⁶

Como forma de preservar o Direito quanto ao caráter predatório da discricionariedade, Streck, tomando emprestadas as lições de Dworkin, utiliza a noção dos princípios como práticas sociais compartilhadas.²⁰⁷

²⁰¹ DWORKIN, *op. cit.*, p. 271-272.

²⁰² *Ibid.*, p. 276.

²⁰³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38.

²⁰⁴ DWORKIN, *op. cit.*, p. 254-258.

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 75-88.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 44.

²⁰⁷ LUIZ, *op. cit.*, p. 176.

Meros álibis teóricos, *standards* interpretativos que mais se parecem com *topoi* ou axiomas com pretensões dedutivistas, muitas vezes tautológicos. Eis a crítica feita às teorias brasileiras dos princípios por Streck. Para ele, os princípios constituiriam a inserção do mundo prático no Direito, conferindo legitimidade às decisões judiciais. Sua normatividade deve propiciar, sim, um fechamento interpretativo, além de permitir uma blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais.²⁰⁸

Se há um ponto para tentar caracterizar os construtos streckianos, é a busca pela ausência de relativismo. Edifica, a partir dos autores e noções acima lançados, a sua teoria da resposta constitucionalmente adequada.

Claro que não se pretende abordar e analisar toda a doutrina streckiana neste ponto, mas apenas suas linhas principais, já que ela funciona como um exemplo contrário ao pragmatismo e ao evolucionismo.

No Brasil, haveria um sincretismo entre precedentes, formalismo e conjugação de tradições diversas do Direito ocidental, bastando ver o híbrido sistema de controle de constitucionalidade. O ecumenismo jurídico geraria consequências desfavoráveis no plano operacional, e a visão instrumental do Direito carregaria o solipsismo ao ambiente jurídico, a decisão conforme a consciência do intérprete, em sintonia com as correntes do realismo jurídico. Novamente, traz-se o problema do déficit democrático nos julgamentos, já que o pragmatismo jurídico daria ensejo a um verdadeiro positivismo fático, no sentido de que a interpretação englobaria apenas o que se pode contar, medir ou pesar. De um positivismo exegético, passa-se a um positivismo normativista com a ideia da moldura kelseniana. Norma seria ato de vontade. Esse subjetivismo, que hoje permaneceria através do ideal pragmático, geraria, também, uma ofensa à separação de poderes. Até mesmo a ponderação alexyana seria um artifício para encobrir o solipsismo, o subjetivismo no decidir, e o neoconstitucionalismo estaria depositando suas esperanças na loteria do protagonismo judicial. Daí haver a proposta de substituição de termos para possibilitar uma resposta constitucionalmente adequada, democraticamente respeitosa. O movimento é denominado de “constitucionalismo contemporâneo”.²⁰⁹

Mostra-se contrário à discricionariedade, que enxerga como arbitrariedade, já que se cria uma regulação para o caso que não encontra respaldo no Direito da comunidade política.

²⁰⁸ STRECK, *op. cit.*, p. 66-69.

²⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-37.

Em normas com tessitura aberta, os juristas brasileiros enxergariam a discricionariedade, mas mesmo em normas mais fechadas, o intérprete apelaria aos princípios como enunciados performativos com pretensões corretivas, soçobrando até mesmo o texto constitucional. Seria uma legitimação do protagonismo judicial que, junto com o pragmatismo jurídico, estaria a colocar o Direito em estado de exceção, representando o seu declínio e um retorno à filosofia da consciência, ao solipsismo. Correntes como a análise econômica do Direito seriam um perigo à sua autonomia, sendo o pragmatismo um inimigo da integridade e da coerência, por ofender a tradição. A interpretação da Constituição não poderia permitir nem mesmo ao Supremo Tribunal Federal a produção de novas normas que superassem os limites semânticos do texto, como ele vinha sendo entendido pela tradição jurídica. Seria uma recepção equivocada das doutrinas americanas. Casos idênticos poderiam receber decisões diferentes, sob esse manto equivocado que estaria sendo aplicado no Brasil. O *non liquet* não seria uma autorização para que o juiz decidisse como melhor lhe aprouvesse. Teorias discursivas, que tratassem a verdade como consenso, legitimariam essa situação nociva ao Direito, daí o nome de uma das principais obras de Streck, *Verdade e Consenso*, que muito bem retrata sua posição contrária às teorias da argumentação, ao ativismo judicial, à ponderação, buscando uma blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais.²¹⁰

A cisão entre discursos de fundamentação e aplicação seria contrária ao giro linguístico, que não encontra diferenciação entre os momentos. Compreende-se por que se aplicou. O giro linguístico possibilitaria a invasão da filosofia pela linguagem, e uma filosofia no Direito. Com a hermenêutica filosófica e o modo prático de ser-no-mundo, a facticidade, muda-se a compreensão da atividade interpretativa. E os princípios, como dito, inserindo o mundo prático no Direito, fechariam a interpretação. Streck busca uma resposta não procedimental, mas conteudística. Logo se vê sua potencial filiação ao dirigismo constitucional, transformando a realidade.²¹¹

Uma teoria do Direito que respeite as objeções contramajoritárias à jurisdição deve centrar-se na Constituição como condição de possibilidade. O Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que, contrariamente às maiorias eventuais, poria em evidência o Direito produzido democraticamente, em especial o constitucional. Reconhece-se o potencial de alteração das estruturas sociais pela Constituição. Teorias procedimentais permitiriam, ao contrário, uma desjuridificação, sob o argumento de que a Constituição não poderia regular

²¹⁰ Ibid., p. 38-57.

²¹¹ Ibid., p. 58-73.

sociedades complexas, devendo limitar-se a ditar as estruturas básicas do Estado. Esse procedimentalismo impediria que a Constituição assumisse sua vocação de resgatar as promessas não cumpridas da modernidade. A Constituição não poderia ficar à mercê de múltiplas interpretações ou de respostas que enfraqueceriam sua força normativa. A hermenêutica não poderia ser reduzida a um mero procedimento.²¹²

A tradição, um dos conceitos-chave usados por Streck, que abarcaria facticidade e historicidade, impediria os decisionismos. O encontro da tradição com a consciência histórica experimenta a relação de tensão entre texto e presente. Compreender é um ato produtivo, e não reprodutivo. A preconizada integridade do Direito seria a reconstrução histórica da cadeia de casos interpretados e julgados, englobando doutrina e jurisprudência. A integridade quanto às decisões passadas defendida por Dworkin equivale à tradição na hermenêutica filosófica. A jurisdição deveria, sim, atuar para concretizar a Constituição, mas sem o suposto desrespeito ao seu texto que as posturas pragmáticas possibilitariam, já que os princípios impediriam a multiplicidade de respostas. O pragmatismo jurídico não levaria o texto a sério, porquanto consideraria a lei a mera ponta do *iceberg*, debaixo da qual estariam submersos valores a serem descobertos pelo intérprete.²¹³

A grande questão que se põe é a de como se deve proceder, no seio da Crítica Hermenêutica do Direito, quando o operador jurídico se depara com institutos que carecem de tradição. É consenso que, há poucas décadas, a República Federativa do Brasil ainda amargava um regime ditatorial. Diversos direitos, a exemplo da liberdade de manifestação e do direito de reunião, não se encontram com tradição explícita no ordenamento jurídico pátrio, já que não eram exercidos em sua plenitude. Com o aporte da doutrina do ordenamento como uma ordem espontânea, abordada neste trabalho, buscar-se-á a resposta para tal problema.

²¹² Ibid., p. 74-132.

²¹³ Ibid., *passim*.

4 CONSTITUIÇÃO-MOLDURA, SUPORTE FÁTICO AMPLO E A INTERPRETAÇÃO FUNCIONAL – POR UM ATIVISMO MODERADO

4.1 Retomando o raciocínio: o ativismo judicial moderado e o contraponto à teoria streckiana. O problema dos casos sem tradição estabelecida

Apesar da sofisticação teórica esboçada pela doutrina streckiana e suas similares, vistas brevemente no capítulo passado, há um ponto que não pode ser ignorado. Como agir em situações nas quais inexista tradição estabelecida no Direito, nas quais inexistam os precedentes, e ante um conhecido estado de letargia legislativa por que passa a República brasileira? Como se posicionar diante das demandas crescentes e novas da sociedade?

Construções que valorizem sobremaneira os precedentes e a tradição, com certo menosprezo às circunstâncias concretas, não se compadecem da prática jurídica atual.

Quando, em 16 de abril de 1862, Ferdinand Lassalle falou a um grupo de berlinenses sobre o que é uma Constituição, queria fazer com que o Direito experimentasse a força viva da sociedade. No espírito dos povos, uma Constituição deveria, para ele, ser algo quase sagrado. Se é lei fundamental, traz ínsita a noção de uma necessidade ativa, de uma força eficaz que faz com que as leis sejam o que realmente são. Essa força viva é o que Lassalle chamou de fatores reais de poder. Se a Constituição é a soma dos fatores reais de poder, quando o texto da Constituição escrita não corresponder ao da Constituição real, chega-se a um conflito em que, inevitavelmente, a primeira sucumbirá ante as forças vitais do país. Não se sustenta a mera folha de papel.²¹⁴

Não se defende uma concepção meramente sociológica do Direito. Longe disso. O que se quer dizer, e não se encontra pecado na conclusão, é que o Direito não pode se dissociar da realidade, do sentimento da comunidade, como já visto extensivamente no início deste trabalho. A realidade cambiante não se curva a precedentes, não se restringe com receio de leis. Ela é dura, implacável e, sobretudo, dinâmica.

²¹⁴ LASSALLE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Leme/SP: EDIJUR, 2016, *passim*.

Há poucas décadas, o Brasil padecia com um regime ditatorial, em que a maioria da produção jurídica era marcadamente positivista e técnico-formal.²¹⁵ Se o ensino jurídico era devotado ao formalismo, a aplicação prática, decerto, não divergia de tal orientação.

É de sabença comum a conjuntura política, social e jurídica da época do governo militar. A questão que se impõe é a de que, neste arcabouço, se diversos direitos foram exercidos apenas nas raias de sua literalidade, sem maiores inovações, como lidar com casos que surgem, contemporaneamente, e não possuem tradição estabelecida?

Um exemplo pode ajudar a concretizar a dúvida. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prescreve a possibilidade de se exercer o direito de reunião, consoante o dispositivo transcrito abaixo:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

O Supremo Tribunal Federal teve oportunidade de se debruçar sobre algumas variações acerca do direito de reunião, bastando lembrar aquela tratada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 187, que abordou a “Marcha da Maconha”. Outro exemplo merece realce, qual seja o da pesquisa com células-tronco embrionárias, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. As decisões serão analisadas em tópico vindouro, mas servem já de exemplificação. Questões como essas não passariam, certamente, no pensar constitucional do legislador de 1988. São fruto da evolução da sociedade e do Direito.

Os fatos concretos, levados em consideração, implicam a aceitação de um raciocínio tópico-retórico, no sentido de que o processo decisório encontra-se vinculado à reflexão,

²¹⁵ KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. **Revista Direito GV**, São Paulo, SP, 2014, v. 10, n. 1. P. 295-320, Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/entre-desdem-teorico-aprovacao-pratica-metodos-classicos-de-interpretacao>. Acesso em: 05 jul. 2016.

argumentação, discussão e consenso, gerando correspondência entre o ser e o dever-ser, entre o suporte fático e a norma.²¹⁶

A teoria de Heidegger, utilizada por Streck, tem sido explorada em terras brasileiras sem a real ponderação de qual seria a sua utilidade prática. A hermenêutica inspirada em Heidegger leva a um questionamento dos métodos das ciências humanas, contudo seu giro hermenêutico expressa, no fundo, a importância do pensamento histórico e da própria linguagem como pertencente às coisas mais do que ao homem.²¹⁷

As doutrinas do giro linguístico são, como exposto por Streck, antimetodológicas. Ocorre que não se deve repelir totalmente os métodos, em especial os cânones clássicos (literal, sistemático, histórico, teleológico), haja vista sua flagrante utilidade para o raciocínio jurídico.

Krell²¹⁸ esclarece que os cânones são diretivas, técnicas, meios, argumentos, cuja utilidade tem sido reabilitada na doutrina de outros países. Longe de serem meros álibis teóricos, servem de boas razões no processo discursivo de argumentação, até porque são efetivamente utilizados na prática. Pensar que o giro linguístico tenha causado o abandono dos métodos jurídicos é equivocado, já que houve apenas seu reposicionamento. Não se pode fugir da subjetividade, mesmo com o giro linguístico. E é exatamente este o ponto. Os métodos ou cânones clássicos reduzem a arbitrariedade do intérprete, norteando o raciocínio jurídico como passos ou degraus interpretativos. Se há a influência de subjetividade na escolha dos métodos, ou da própria pré-compreensão, da qual não se pode fugir, o que deve se levar em conta é a necessidade de a decisão aparecer justificada, defensável em maior nível que as decisões alternativas.

As teorias estudadas nas seções anteriores (em especial, a streckiana) demonstram o repúdio dispensado à discricionariedade, partindo de concepções ultrarracionalistas, que possuem o mérito de auxiliar no processo de tomada de decisão, submetendo-o a processos de justificação externa, já que a decisão jurídica não pretende apenas estar de acordo com a lei, mas ter correção objetiva, ou seja, pretensão de correção.²¹⁹

²¹⁶ KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A Importância do Raciocínio Retórico-Tópico para uma melhor Compreensão da Dinâmica da Argumentação Jurídica na Contemporaneidade. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, RJ, v. 9, n. 1., p. 253, 2016.

²¹⁷ KRELL, Andreas Joachim. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, MG, n. 113, p. 101-147, jul./dez. 2016.

²¹⁸ KRELL, *op. cit.*, p. 296-318.

²¹⁹ *Ibid*, p. 301.

Se o raciocínio jurídico era, e continua hoje sendo, apresentado sob a forma de premissas, passou-se a indagar acerca da justificação dessas mesmas premissas²²⁰. Sem saber, a dogmática caminhava para o que hoje se convencionou chamar de teoria da argumentação jurídica. O mero silogismo já não é suficiente.

O próprio Gadamer²²¹ assevera que a interpretação se presta a concretizar a lei em cada caso, a aplicá-la, e que a sentença judicial surge de uma ponderação justa do conjunto.

Gadamer²²² arremata que “a interpretação se torna necessária onde o sentido de um texto não se deixa compreender imediatamente. Deve-se interpretar, sobretudo onde não se quer confiar no que um fenômeno representa imediatamente”.

Neste ponto, há razão em Alexy²²³, quando expõe que os cânones são mais que simples pontos de vista, porquanto ampliam a probabilidade de que se chegue a uma conclusão correta, racional. Veja-se a síntese do pensamento alexyano sobre o caso:

... a exigência de saturação assegura a racionalidade do uso dos cânones. [...] Os argumentos que expressam uma vinculação ao teor literal da lei ou à vontade do legislador histórico prevalecem sobre outros argumentos, a não ser que se possam apresentar motivos racionais que deem prioridade a outros argumentos.²²⁴

Com isso, quer-se dizer que o papel da tradição é relevante, contudo não se pode, nas teorias acima, esquecer do papel do que já foi construído na dogmática jurídica, nem tampouco estabelecer pontos que mantenham enorme hiato do que se faz na vida prática. É lugar-comum dizer que o aplicador da lei, em qualquer profissão (advocacia, magistratura ou ministério público) utiliza interpretações literais, históricas, sistemáticas e teleológicas.

Os quatro elementos da interpretação devem ser preservados, mas fundamentados para a metódica do Direito Público e do Direito Constitucional, analisados nos seus nexos com a estrutura das normas (e não com a identidade entre norma e texto da norma), complementados

²²⁰ ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 32-33.

²²¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p.489.

²²² Ibid., p. 499.

²²³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 242-245.

²²⁴ Ibid., p. 243-245.

por elementos adicionais, colocados em uma relação operacionalizável e normativamente garantida.²²⁵

O caso concreto não despreza o sistema; há uma relação complementar entre a interpretação problemática e a baseada na dedução de conceitos. A decisão jurídica é produzida por regras e princípios, figuras dogmáticas, decisões dos tribunais, e levando em conta as consequências econômicas, sociais e políticas da decisão.²²⁶

Decerto, abusos devem ser coibidos. A doutrina streckiana, todavia, posiciona-se contrária aos diversos tipos de protagonismo, discricionariedade e ativismo judicial. Para os seus partidários, o direito deve fugir do “problema” engendrado pela filosofia da consciência, a discricionariedade.²²⁷

A grande questão quanto ao ativismo é que, num país periférico como o Brasil, é imprescindível o protagonismo estatal na realização de promessas da modernidade feitas pelo texto constitucional. Uma sociedade dividida e plural, com interesses fragmentados, pode provocar uma crise de racionalidade no modelo jurídico que se calque no dogma da maioria. Se as normas de direitos fundamentais possuem caráter principiológico, o Judiciário torna-se o portador dos seus sentidos sem que haja ofensa à separação de poderes. Os direitos fundamentais são salvaguardados das maiorias, possuindo uma feição antidemocrática, pois estão fora do processo político, acima da vontade dos governos. A moldura de uma norma principiológica é maior que a de uma norma formulada como regra.²²⁸

Os opositores ao ativismo judicial, como visto na seção anterior, costumam defender uma teoria democrático-deliberativa, procedimental, que entende que só haverá democracia num contexto de igualdade material razoável. Diferentemente da teoria dirigente, que advoga uma concepção material de legitimidade, um projeto de justiça social. A teoria democrático-deliberativa pode ser sintetizada nas seguintes ideias:²²⁹

²²⁵ MULLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 105.

²²⁶ KRELL, *op. cit.*, p. 261-266.

²²⁷ LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder: limites da política do Estado de Direito**. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2015, p. 136-138.

²²⁸ KRELL, Andreas Joachim. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: o exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: In: FEITOSA, Enoque et al. (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**: volume 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012, p. 135-150.

²²⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: BERCOVICI, Gilberto. Et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 12-38.

- a) a perspectiva compreende que as sociedades contemporâneas são plurais, complexas e multiculturais (inúmeras concepções individuais e coletivas acerca do que vem a ser a vida digna). Diante da impossibilidade de consenso, a teoria democrático-deliberativa se alicerça numa concepção procedimental de legitimidade, já que existe a possibilidade de consenso acerca das premissas do processo de tomada de decisões públicas;
- b) o núcleo central da democracia deliberativa é justamente o dever de justificar publicamente as decisões perante os demais participantes da comunidade, levando em conta também as opiniões minoritárias;
- c) a validade dos conteúdos normativos estará condicionada à possibilidade de serem defendidos argumentativamente no espaço público, em condições como a abertura, a igualdade de possibilidades de participação e a liberdade para participar sem coerções físicas e morais;
- d) as condições procedimentais da democracia deliberativa são os direitos materialmente fundamentais, pois podem ser aceitos pelas mais diversas doutrinas abrangentes razoáveis.

Constitucionalizar formas e processos de participação é uma tarefa específica de uma teoria constitucional procedimental, superando a fixação exclusiva na jurisdição, mesmo na ausência de consenso. O consenso se construiria dos conflitos e compromissos entre participantes com diferentes opiniões e interesses.²³⁰

A teoria acima tem sua valia, mas não se pode ignorar o caráter dirigente da Constituição brasileira, que se situa numa realidade ainda distante do ideal. E nisto, na concretização do ideário constitucional, o Judiciário tem papel fundamental. Não se defende um ativismo judicial forte, que ignora textos normativos e é corolário do subjetivismo extremado, mas um ativismo judicial moderado, que tem lugar numa interpretação extensiva da Constituição, concedendo ao Judiciário um papel mais proativo na concretização dessa. Não há necessidade de autocontenção dos tribunais em casos caracterizados pela omissão total ou parcial na implementação de comandos constitucionais. Há um inegável conceito material de legitimidade, já que a Constituição fixa claros objetivos ao Estado e à sociedade. Grupos cujos direitos não foram contemplados ou sucumbiram no sistema político

²³⁰ HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 40-55.

representativo acabam perdendo a crença no poder de mudança do voto, da cidadania política ou cívica. Passam a buscar abrigo batendo às portas do Judiciário, consagrando um novo modelo de cidadania jurídica, que não é antagônico ao anterior, mas alarga os espaços de participação e cria oportunidades para satisfazer os interesses plurais dos diferentes grupos da sociedade.²³¹

As teorias de John Hart Ely e Jeremy Waldron possuem como parâmetro ordenamentos predominantemente classificados dentro da *common law*. O próprio Hart Ely admite que a sua construção é fortalecida pelo fato de, originariamente, os Estados Unidos da América não terem, na Constituição, uma carta de direitos. E a situação é explicável, já que os colonos americanos estavam entre os mais ricos e livres do mundo, e tinham plena consciência disso. As reivindicações eram mais jurisdicionais, raramente alegavam a privação de determinado bem ou direito substantivo. A Constituição americana não tentou estabelecer uma ideologia dominante, mas garantir uma estrutura duradoura para resolver as disputas no curso da ação política, tratando, originalmente, quase que exclusivamente da estrutura do Estado. O texto americano tratava sobretudo de questões procedimentais. A estratégia geral não era a de fixar um conjunto de direitos substanciais, naquele momento histórico.²³²

No Brasil, há um dado material que não se pode olvidar: a Constituição garante diversos direitos fundamentais. Contrariamente aos colonos americanos, os brasileiros sempre sofreram com poucos direitos. A sociedade brasileira, em toda a sua pluralidade, não pode prescindir de um texto constitucional que ao menos assegure uma base normativa para as promessas inadimplidas aqui, porém concretizadas em outros países.

O ativismo judicial parece ter a legitimação democrática que seus detratores a ele rejeitam. Os cidadãos nas democracias ao redor do mundo parecem aceitar a prática, lembrando que a expansão global da atuação judicial, além de ter sido aceita pelas democracias, não guarda registro de nações que a tenham adotado e posteriormente abandonado. A aceitação do ativismo judicial parece ser um sinal de resignação com o fato de que as maiorias democráticas não têm sido aptas a superar os interesses das elites políticas.²³³

²³¹ KRELL, *op. cit.*, p. 151-176.

²³² ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 117-133.

²³³ TUSHNET, Mark. Against judicial review. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, Cambridge, Massachusetts, paper n. 9-20, 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368857>. Acesso em: 19 ago. 2016.

A concepção do Direito como ordem espontânea, aliada a uma visão pragmatista jurídica, compatibiliza-se com uma postura proativa do Judiciário, que deve atualizar a interpretação da lei em conjunto com as mudanças sociais.

4.1.1 O problema da subjetividade e da força normativa dos fatos

A subjetividade é uma das críticas lançadas em desfavor do pragmatismo jurídico, partindo-se da premissa de sua nocividade. Para os detratores das correntes aqui expostas, aplicar o Direito deveria ser algo similar ao buscado pela corrente interpretativista, insustentável conforme as lições de John Hart Ely, já abordadas na seção anterior.

Essa oposição entre o descritivo e o normativo, entre fatos e valores, apesar de não ter tido lugar na metafísica clássica, que pregava que as ações humanas tinham finalidade extraída da ordem cósmica na qual estivessem inseridas, passou a se corporificar com a modificação do conceito de liberdade, na capacidade de emancipar o sujeito com relação à autoridade exterior. Se as ciências naturais são regidas por leis que tratam de causalidade, com as leis morais seria diferente, pois são comandos que levam em consideração que todos são livres.²³⁴ A tensão entre juízos de fato e juízos de valor ganhou natureza epistemológica com o positivismo do século XIX. O erro de tais premissas é ignorar que aquilo que comumente se chama de fato é apenas a forma de se ver o mundo. Há, assim, uma interdependência entre fatos e valores, porquanto não há uma descrição do mundo que não esteja permeada pelos interesses, valores e escolhas conceituais daquele que o descreve.²³⁵

Até mesmo as ideias de fusão de horizontes e da resposta constitucionalmente adequada, pregadas por Streck com anteparo nos autores do giro linguístico, não são capazes de suprimir esse iniludível grau de subjetividade.

Mesmo os juízos de valor dificilmente são destituídos de elementos assertivos e empiricamente comprováveis, pelo que a separação estanque entre juízos fáticos e valorativos não merece prosperar. Julgamentos de fato podem se confundir com julgamentos de realidade, e isso ocorre com certa frequência.²³⁶ Se há elogio a uma política pública, tida como justa, pode ser porque promove a igualdade material, porque possibilita uma sistemática racional de

²³⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. São Paulo: Edipro, 2003, p. 57-59.

²³⁵ RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003, p. 9-13.

²³⁶ *Ibid.*, p. 27-28.

gastos públicos, porque elege critérios entendidos como prudentes pelo julgador para a distribuição dos recursos ou mesmo porque reflete o pensamento dominante da comunidade.

É natural que haja certo grau de subjetivismo no ato de criação judicial do Direito. Não se descarta a possibilidade de comportamentos estratégicos na eleição de uma entre as diversas soluções possíveis para o problema jurídico. Negar tal situação é fechar os olhos a uma realidade latente. Muitos magistrados podem buscar concretizar seus projetos ideológicos tentando fazer com que as disposições legais signifiquem algo distinto do que em princípio pareciam significar, e não há nada que se possa fazer contra isso, ante a multiplicidade de métodos de interpretação e a ausência de hierarquia entre eles. Não significa dizer que o julgador possa mudar uma regra que, a princípio, parecia vinculante, desprezando o primado do Direito. Deve existir a possibilidade de um significado defensável e convincente, mesmo que diverso daquele adotado por outro juiz.²³⁷

É uma diferença que deve ser estabelecida entre a arbitrariedade, o voluntarismo que despreza o primado do Estado de Direito, e a discricionariedade, a subjetividade inerente ao julgador, em especial diante de questões constitucionais, já que tratam de valores e normas de tessitura aberta. Longe de se defender a vulneração da legalidade, o que se busca neste trabalho é a articulação de respostas defensáveis, que possam fazer frente ao sentimento da comunidade em situações onde inexista tradição constituída juridicamente.

Se o magistrado agiu ideologicamente, dificilmente o admitirá, já que apresenta a sua decisão como a resposta correta no caso, alcançada por mecanismos impessoais e pretensamente objetivos. Não se trata de cinismo, senão de justificação interna das premissas, que devem ser ofertadas às partes sob uma perspectiva minimamente lógica e com pretensão de correção ao Direito.

Há três tipos judiciais expostos por Kennedy²³⁸ que podem ser úteis na presente exposição: (i) o juiz ativista restringido, que é aquele que não tem intenção de desobedecer à lei, mas investe energia e tempo para elaborar uma interpretação jurídica diferente da que a princípio poderia parecer a melhor ou mais óbvia. Pode ou não ter êxito, e quando fracassa elege, sem rancores, uma norma que diverge da sua preferência legislativa. Busca a melhor interpretação dos materiais. Apesar da sua motivação extrajurídica e da sua subjetividade, norteia-se pelas normas jurídicas, e quando percebe que possui resposta para as objeções,

²³⁷ KENNEDY, Duncan. **Izquierda y derecho**: ensayos de teoría jurídica crítica. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 1-34.

²³⁸ Ibid., p. 38-43.

articula sua interpretação. Submete-se à resposta que considera equivocada, caso seja a única que é passível de boa argumentação jurídica; (ii) o juiz mediador, que pode ser descrito como um observador eterno, mais passivo que o ativista restringido, tentando situar-se entre interpretações liberais e conservadoras. É um julgador moderado do ponto de vista ideológico; (iii) o juiz bipolar, que por vezes parece trabalhar duro para desenvolver uma posição liberal forte a respeito de um tema, como um ativista restringido, e no caso seguinte favorece com igual força uma medida conservadora. Parece alternar as ideologias ao longo do tempo, não pertencendo fielmente a um campo ideológico.

Fica mais clara a diferença entre o voluntarismo e a discricionariedade, em especial no perfil do ativista restringido, que se coaduna com o ativismo judicial moderado defendido no presente estudo. Longe de se ignorar o advento da legalidade, busca-se adaptar o Direito às novas necessidades sociais, conjugando lei, consequências das decisões, precedentes e princípios.

Qualquer termo legal que possua uma incerteza conceitual gera, para além de uma interpretação cognoscitiva, um certo ato de vontade do aplicador do texto jurídico, por meio do qual ele produz Direito para o caso concreto. A interpretação das normas jurídicas não é processo exclusivamente intelectual, em muitas situações. Não se está dizendo que a margem de liberdade do julgador é plena, até porque impõe-se o dever de motivar o seu convencimento, vinculando-o ao Direito.²³⁹

O texto de lei, não raras vezes, restringe as inclinações estratégicas do magistrado. Independentemente do projeto ideológico, se liberal ou conservador, de esquerda ou direita, o magistrado está comprometido a pôr em vigência as normas que vê como possíveis respostas à evolução da sociedade, satisfazendo as suas necessidades. É comum a negação do papel ideológico ou da subjetividade no ato de julgar, quando de fato há a sua presença. Essa negação representa uma forma de escapar de eventual conflito quanto ao papel do Judiciário. Queiram ou não, os juízes, em muitas situações, participam da concepção cultural geral da decisão judicial como uma situação de risco moral, na qual o principal ponto de divergência é a introdução de sua subjetividade.²⁴⁰

A subjetividade, sendo inarredável, só não deve degenerar em arbítrio, sob pena de ofensa ao próprio ativismo moderado aqui desenvolvido.

²³⁹ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60-109.

²⁴⁰ KENNEDY, *op. cit.*, p. 58-83.

4.2 A natureza das normas sobre direitos fundamentais e a Constituição-moldura como instrumentos da ordem espontânea

O que se defendeu acima, e de forma explícita, foi uma concepção moderada de ativismo judicial, que encontra na norma jurídica um inegável ponto de partida e de busca, como já se viu no início deste trabalho.

Há algumas ideias e concepções que auxiliam a ordem espontânea e a perspectiva pragmática de evolução do Direito no desenvolvimento de seus trabalhos: (i) a ideia das normas de direitos fundamentais como princípios, que permite, através de tessitura aberta, o sopesamento diante das circunstâncias fáticas e jurídicas; (ii) a concepção da Constituição como moldura, que dá ao intérprete um espaço de ação/conformação, diferentemente de uma Constituição-total; (iii) uma corrente de suporte fático amplo dos direitos fundamentais, que abrange todas as condutas possíveis, não pré-excluindo determinadas ações/posições/condutas, porém atuando com um sopesamento ante o caso concreto; (iv) a ideia de mutação constitucional.

No presente momento, desenvolver-se-á a ideia dos direitos fundamentais enquanto normas-princípio, e da Constituição enquanto moldura, com espaços de discricionariedade ao operador do Direito. Claro que não se abordará toda a riqueza da distinção entre princípios e regras, ou mesmo as múltiplas correntes de dezenas de doutrinadores, já que este trabalho não é um estudo específico sobre os princípios e as regras. A distinção será estudada na medida em que se revela útil para a concepção evolutiva do Direito.

Tornou-se célebre a distinção entre princípios e regras capitaneada por Dworkin. Em um ataque geral ao positivismo, o autor passou a enxergar entre as espécies normativas uma diferença lógica, apontando cada um para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada: se há a ocorrência dos fatos nelas previstos, ou elas são válidas e fornecem a resposta aceita, ou não são válidas. Já os princípios não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas. Eles, princípios, conduzem o argumento em certa direção, mas ainda precisam de uma decisão particular, apresentando uma dimensão de peso ou importância. Quando os princípios se entrecruzam, o aplicador deve resolver o

conflito levando em conta a força relativa de cada um. Já se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida.²⁴¹

Para Alexy, regras são normas que proíbem ou permitem algo de forma definitiva; são comandos definitivos aplicados por meio da subsunção. Ou a regra é cumprida ou descumprida. Já os princípios são normas que estabelecem que algo seja realizado na maior medida possível, levando em conta as possibilidades fáticas e jurídicas; são mandados de otimização que podem ser cumpridos em diferentes graus. As possibilidades jurídicas são determinadas por regras e princípios opostos. Assim, os princípios são tomados como comandos *prima facie*. Princípios demandam ponderação.²⁴²

Encarar os direitos fundamentais como regras significa aplicá-los sem recorrer ao juízo de ponderação, o que é deveras problemático. Uma norma de direito fundamental que permita, explicitamente, restrição por lei ordinária estaria dando poderes enormes ao legislador, deixando-o de vincular ao próprio direito fundamental, já que eventual restrição por ele editada não poderia ser ponderada. Mesmo que uma norma de direito fundamental não tenha a permissão expressa de restrição por comando infraconstitucional, seria curioso aplicá-la meramente pelo mecanismo da subsunção. Se assim fosse, a liberdade científica permitiria sempre experimentos com seres humanos em prol do progresso científico, e a liberdade religiosa permitiria a opressão em seu nome. Se, por acaso, alguém recorresse ao direito à vida, à liberdade ou à inviolabilidade corporal contra as referidas práticas, recairia inegavelmente na ponderação. Uma interpretação sistemática, assim, arruína o modelo de direitos fundamentais enquanto regras.²⁴³

Essa natureza principiológica dos direitos fundamentais permite não apenas a ponderação, mas a sua atualização ante a crescente evolução social.

Os direitos fundamentais são normas principiológicas que, pela sua natureza, proíbem ao aplicador excluir um princípio por inteiro para prestigiar outro, sendo necessária a sua compatibilização.²⁴⁴

Em paralelo a uma concepção principiológica das normas de direitos fundamentais, encontra-se a visão do Direito como um sistema de normas superáveis ante o crescente aparecimento de razões que justificam uma ponderação quanto à sua aplicabilidade. As

²⁴¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39-44.

²⁴² ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 146.

²⁴³ *Ibid.*, p. 148-149.

²⁴⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 111.

normas jurídicas nada mais são que os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática dos textos normativos, sendo estes uma mera possibilidade de Direito. Interpretar é um processo constitutivo que passa pela compreensão dos textos normativos e dos fatos, chegando-se à formulação da norma jurídica. As questões empíricas são consideradas no bojo da argumentação jurídica.²⁴⁵

Mesmo não se equivalendo, texto e norma guardam uma relação, pois existem certos significados mínimos, núcleos de sentido. O significado preliminar é diferente do significado definitivo de um determinado enunciado jurídico; argumentar *contra legem* é ir de encontro aos significados mínimos que possui um texto jurídico. São aquelas situações em que se busca comprovar a impossibilidade jurídica de uma decisão ser fiel aos significados preliminares do enunciado que dá suporte à norma. A superabilidade das regras jurídicas não é incompatível com a classificação estrutural proposta por Alexy, já que ele entende que as regras, embora sejam normas que geram razões definitivas, podem ter exceções criadas em cada caso. Tanto regras quanto princípios podem ser superados, mas as primeiras possuem uma superabilidade excepcional, enquanto estes possuem uma superabilidade imanente, derivada da sua própria natureza (caráter *prima facie*). A incidência de uma norma sobre um caso concreto não é garantia da sua aplicação, visto que a anormalidade de uma situação pode ir de encontro ao estabelecido, fazendo com que o intérprete recorra às normas e valores consignados na ordem jurídica.²⁴⁶

Mostra-se, mais uma vez, a importância do raciocínio tópico e das contribuições de Levi, Cardozo e Viehweg. Com a ideia acima, fica fácil perceber a plasticidade que o Direito deve possuir diante de razões novas e excepcionais que podem figurar, inusitadamente, nos casos em apreciação.

É curioso analisar os apontamentos feitos por Humberto Ávila às distinções fortes (Alexy e Dworkin) entre princípios e regras. Para o autor, há uma clara divisão entre critérios classificatórios, bastando citar os três mais relevantes para este trabalho:

- a) critério hipotético-condicional: segundo a doutrina majoritária, as regras seriam formuladas com uma estrutura hipotético-condicional, enquanto os princípios, não. Ocorre que a questão, para Ávila, é de mera formulação linguística, pois nada impediria que um princípio possuísse formulação hipotético-condicional, citando o

²⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 171-180.

²⁴⁶ *Ibid.*, p. 181-233.

exemplo do princípio democrático, que poderia ser formulado “se houver exercício de poder, deve ser garantida a participação democrática”;

- b) critério do modo final de aplicação: se regras seguem a lógica do tudo ou nada, e princípios a dimensão do peso, para Ávila tudo depende das conexões axiológicas que são construídas ou intensificadas pelo intérprete, que pode até mesmo inverter o modo de aplicação das espécies normativas. Regras podem ser superadas por razões contrárias que venham a se sobrepor. É só com a aplicação, quando a questão relativa à validade, ao sentido e à subsunção final dos fatos estiver superada, que se determina o modo de aplicação, e não aprioristicamente, pois regras e princípios permitem considerações de aspectos do caso concreto. A consequência estabelecida *prima facie* pela norma poderia deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas superiores pelo aplicador, mediante condizente fundamentação;
- c) critério do relacionamento normativo: para Ávila, a ponderação não seria exclusiva dos princípios. Mesmo as regras podem ser ponderadas nas situações em que o aplicador tenha de criar uma exceção não escrita para uma regra jurídica válida. A ponderação para superar uma regra deve estar calcada em razões suficientemente fortes para superar sua eficácia de trincheira.²⁴⁷

As regras e os princípios se diferenciariam por alguns fatores, segundo Ávila: (i) natureza do comportamento prescrito, já que regras são imediatamente descritivas, e os princípios imediatamente finalísticos, pois estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido; (ii) natureza da justificação exigida, porque as regras exigem, para sua interpretação-aplicação, uma avaliação de correspondência entre a construção conceitual dos fatos e a construção conceitual da norma e da finalidade que lhe dá suporte, enquanto os princípios demandam uma avaliação de correlação entre o estado de coisas posto como fim e os efeitos da conduta necessária; (iii) medida de contribuição para a decisão, já que princípios são normas imediatamente complementares e preliminarmente parciais, não tendo pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir para a tomada de decisão ao lado de outras razões, enquanto as regras são preliminarmente decisivas e abarcantes, intentando gerar uma solução específica para o conflito entre razões.²⁴⁸

²⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 55-87.

²⁴⁸ Ibid., p. 90-102.

Com a singela exposição acima, conclui-se que certo ativismo e a discricionariedade não podem ser afastados totalmente do raciocínio judicial, sobretudo em virtude do modelo de princípios que se tem no Brasil. Normas principiológicas estabelecem fins, deixando-se os meios para a sua consecução à escolha do aplicador, que terá o ônus de fundamentar concretamente os caminhos tomados. Tratando-se de princípios constitucionais, em virtude de sua tessitura aberta e de sua natureza finalística, há uma gama de condutas aptas e legítimas para a sua concretização, como expõe a doutrina moderna, representada por Ávila:²⁴⁹

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade 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. [...] O importante é que, se o estado de coisas deve ser buscado, e se ele só se realiza com determinados comportamentos, esses comportamentos passam a constituir necessidades práticas sem cujos efeitos a progressiva promoção do fim não se realiza. [...] Em outras palavras, a positivação de princípios implica a obrigatoriedade da adoção dos comportamentos necessários à sua realização, salvo se o ordenamento jurídico predeterminar o meio por regras de competência.

Esta peculiaridade dos princípios é de extrema valia na análise proposta. Ela, como conclui Alexy²⁵⁰, “[...] constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais”.

Há rechaços à construção teórica de Ávila, contudo não é aqui o local para explorá-los, recomendando-se a leitura da obra de Bustamante já citada. O que é relevante é que se percebe a possibilidade de superação de regras diante de casos concretos que apresentem razões robustas para tanto. Essa superabilidade requer o preenchimento de requisitos materiais (demonstração de que a superação não gerará ineficiência, inflexibilidade e desigualdade, preservando a segurança jurídica) e de requisitos procedimentais, com uma justificativa condizente (demonstração da incompatibilidade da regra e da sua finalidade subjacente), de uma fundamentação condizente (exteriorização das razões que permitem a superação) e de uma comprovação condizente (prova da inexistência do aumento de demandas, de incerteza ou de arbitrariedade).²⁵¹

²⁴⁹ Ibid., 102-103.

²⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 85.

²⁵¹ ÁVILA, *op. cit.*, p. 141-147.

Basta uma simples menção ao início deste trabalho para concatenar-se tudo aqui com o papel do Judiciário no caso, desenvolvendo uma ordem espontânea. Ora, se regras e princípios podem ser ponderados, se há uma forte dependência do caso concreto, e se a finalidade das regras e, ainda mais, dos princípios deve sempre ser levada em consideração, é curioso verificar a negação ao pragmatismo jurídico, às doutrinas de um ativismo moderado. Aplicar o Direito é mais que seguir a literalidade de um texto legal. Acerca desse papel criativo e de sua relação com a mutação constitucional, serão dedicadas algumas linhas nesta seção.

Dizer da importância dos direitos fundamentais é falar mais do mesmo, seja no direito público, seja no direito privado. No decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais do direito privado passaram a fazer parte dos textos constitucionais. Os valores constitucionais, a partir de então, devem informar o sistema como um todo. Nem sempre, contudo, foi assim. A Alemanha foi o primeiro país de tradição continental a seguir este caminho. No *leading case* Lüth, quando um proeminente cineasta iria estrear um novo filme, Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, pressionou distribuidores e donos de cinemas para que não o incluíssem na programação, dada a sua vinculação anterior com o nazismo. O produtor e o distribuidor da obra processaram-no por perdas e danos, o que foi acatado pelo juízo cível. Chegando o caso até a mais alta instância, por meio de uma reclamação constitucional, a Corte entendeu ter havido uma violação do direito à liberdade de expressão.²⁵²

Na decisão do caso Lüth²⁵³, a Corte Constitucional alemã pontuou que os direitos fundamentais destinam-se primordialmente a proteger o cidadão contra o Estado, “mas conforme promulgados na Constituição (GG), eles também incorporam uma escala objetiva de valores que se aplica, como uma questão de direito constitucional, em todo o sistema jurídico”^{254/255}.

²⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 103-105.

²⁵³ A decisão está disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

²⁵⁴ ALEMANHA. Tribunal Constitucional. Basic rights are primarily to protect the citizen against the state, but as enacted in the Constitution (GG) they also incorporate an objective scale of values which applies, as a matter of constitutional law, throughout the entire legal system. The substance of the basic rights is expressed indirectly in the rules of private law, most evidently in its mandatory provisions, and is best effectuated by the judges' use of the general clauses. Basic rights may be infringed by a judicial decision, which ignores the effect of basic rights on private law (§ 90 Act on Constitutional Court Procedure (BVerfGG)). Judicial decisions on private law are subject to review by the Constitutional Court, only in respect of such infringements of basic rights, not for errors of law in general. Rules of private law may count as 'general laws' which may restrict the basic right of

A constatação de que os direitos fundamentais possuem uma dupla perspectiva, sendo tanto direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, é uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo. São decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento. Como um dos desdobramentos de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma-se apontar para o que a doutrina alemã denomina de eficácia irradiante, no sentido de que estes fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, apontando para uma necessidade de interpretação conforme os direitos fundamentais. Associada a este efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a problemática da sua eficácia na esfera privada.²⁵⁶

Os direitos fundamentais encontram-se, desde o citado *leading case* marco no constitucionalismo mundial, encarados como um sistema de valores com uma função jurídico-objetiva, podendo-se falar em sua ubiquidade, já que se irradiam em todos os âmbitos do Direito. Contudo, corre-se o perigo de sobreconstitucionalização, passando-se a considerar que a Constituição contém, em si, o “ovo jurídico do mundo”, na metáfora de Forsthoff.²⁵⁷

Para que se preservem os demais ramos do Direito contra uma excessiva constitucionalização e se garanta a compreensão da discricionariedade, deve-se encarar a Constituição como ordenação-quadro. Assim, o texto constitucional proíbe algo, ordena algo e deixa coisas sem proibir nem ordenar, remanescendo a margem do possível. O liberado ou possível situa-se no quadro; o proibido ou impossível forma, em conjunto com o ordenado ou necessário, o quadro. Contrariamente, uma Constituição-total, vista como ordenação fundamental, em sentido quantitativo nada libera, guardando em si para tudo um mandamento ou uma proibição. Uma Constituição-total pode se compatibilizar com uma Constituição-moldura, guardando para si as decisões das questões fundamentais e deixando algo em aberto.

freedom of expression under Art. 5 II GG. Such ‘general laws’ must be interpreted in the light of the especial significance in a free democratic state of the basic right to freedom of expression. The basic right in Art. 5 GG protects not only the utterance of an opinion as such, but also the effect it has on others. The expression of an opinion favouring a boycott does not necessarily infringe proper conduct (*boni mores*) under § 826 BGB; depending on all the circumstances such an expression may be justified as a matter of constitutional law. BVerfGE 7, 198I. Senate (1 BvR 400/51) Lüth-decision. 15.01.1958. Tradução: Tony Weir. Texas law. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>>. Acesso em: 30 mar. 2017.

²⁵⁵ No original: “*Basic rights are primarily to protect the citizen against the state, but as enacted in the Constitution (GG) they also incorporate an objective scale of values which applies, as a matter of constitutional law, throughout the entire legal system*”.

²⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 141-148.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 809/2003, p. 54-73, mar./2003.

Não são situações excludentes, sendo possível um modelo procedimental-material de Constituição.²⁵⁸

É relevante a lição de Alexy acerca dos tipos de discricionariedade²⁵⁹:

- a) discricionariedade estrutural: aquilo que as normas constitucionais não obrigam nem proíbem é abrangido pela discricionariedade estrutural, que permite ao legislador (i) definir objetivos diante de um direito fundamental que autorize intervenção ou deixe em aberto razões para a intervenção; (ii) escolher meios, quando as normas de direito fundamental proíbem intervenções e exigem ações positivas; e (iii) sopesar, sendo a máxima da proporcionalidade a definir aquilo que deve ser compreendido por otimização na teoria dos princípios; quanto maior o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá de ser a satisfação do outro;
- b) discricionariedade epistêmica: aquela que surge quando é incerta a cognição do que é obrigatório, proibido ou facultado em virtude dos direitos fundamentais. Há uma discricionariedade em relação à cognição dos fatos relevantes, das suposições empíricas, ou uma discricionariedade em relação à quantificação dos direitos fundamentais em jogo. Tem-se o princípio formal da competência decisória do legislador, mesmo diante de incertezas empíricas quanto aos direitos fundamentais; por exemplo a proibição ou a permissão dos produtos derivados da *Cannabis*. Negar a discricionariedade nesse ponto significaria deixar a margem de ação ao legislador apenas para quando houvesse certeza das premissas empíricas (por exemplo, que a *Cannabis* faz mal ou bem ao ser humano), o que ofenderia o princípio democrático. A solução inversa, de deixar tudo ao alvedrio do legislador, mesmo diante de flagrantes incertezas e intervenções intensas em direitos fundamentais, também não satisfaz, diante de um texto que proteja os direitos fundamentais. A solução mais adequada seria a de que quanto mais pesada for a intervenção em um direito fundamental, maior terá de ser a certeza das premissas que fundamentam tal intervenção. Já uma discricionariedade epistêmica do tipo normativo, em que a dúvida recai sobre o que é obrigatório, permitido ou proibido pelos direitos fundamentais, só deve existir em casos de incerteza explícita, sob pena de quebra da vinculação dos direitos fundamentais.

É interessante a lição de Alexy sobre o princípio formal da competência do legislador. Em verdade, princípios formais são normas de validade, e não de condutas. Eles fornecem

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 584-622.

razões para a obediência a uma norma. A vinculação ao precedente judicial é um exemplo típico, já que ele oferece razões para que o aplicador decida pela validade ou aplicabilidade de uma determinada norma. Razões de caráter formal, diga-se. A função do princípio formal da competência decisória do legislador é garantir-lhe uma liberdade de ação, para que não fique rebaixado a um simples papel de otimizador de direitos fundamentais. A autonomia privada desempenha, no âmbito das relações privadas, em que direitos fundamentais frequentemente colidem, uma função muito semelhante, fornecendo razões para que as decisões sejam respeitadas, mesmo em casos de restrições a direitos fundamentais (claro, restrições proporcionais). Princípios formais são razões para competências.²⁶⁰

Enquanto os direitos fundamentais podem funcionar como razões para não competências e não sujeições, fornecendo razões para tanto, os princípios formais fornecem razões para competências. Como compatibilizar um princípio formal que permite a restrição ao direito fundamental e a sua força de não competência? Um dos fatores que deve guiar uma análise é a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos, havendo uma precedência *prima facie* do princípio formal.²⁶¹

Pode-se dizer que a discricionariedade judicial, corolário da natureza principiológica das normas de direitos fundamentais e essencial para a evolução do Direito, é outro exemplo de princípio formal. Assim, deve ser assegurada como razão para decidir diante do caso, e da tessitura aberta, e *prima facie* das normas constitucionais que tratam de direitos fundamentais.

Isso tudo guarda uma íntima e óbvia relação com a noção de Constituição como ordem-moldura. Um caso pode auxiliar exemplificativamente. Uma mulher decidiu, com fundamento em leis uruguaias, interromper a gestação no seu primeiro trimestre, mesmo contra a vontade do pai biológico. Irresignado, o genitor demandou, alegando ofensa a direitos fundamentais. O Judiciário, calcado na não obediência a requisitos formais exigidos pela lei, além de fundamentado, entre outros, (i) no artigo 72 da Constituição nacional, que declara não exaustivo o rol de direitos fundamentais nela expressos, (ii) no Pacto de São José da Costa Rica, que protege os direitos humanos desde a concepção, e (iii) levando em conta a Convenção sobre os Direitos da Criança, decidiu pela proibição da interrupção da gestação.

²⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 148-150.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 151-165.

Analizou-se, de forma clara, a incidência dos direitos fundamentais ao caso, na motivação da decisão.²⁶²

A discricionariedade em sentido estrito tem lugar quando há o oferecimento, na própria norma, de alternativas ao órgão concretizador. Mesmo que a norma não possua imprecisão semântica, pode muito bem estabelecer alternativas para a aplicação.²⁶³

4.3 Suporte fático amplo e a evolução do Direito: incompatibilidade com um suporte fático restrito

Pensar que o Direito evolui, tanto espontaneamente quanto por produto da atividade de interpretação-aplicação da lei, só guarda compatibilidade com uma corrente ampla do suporte fático dos direitos fundamentais. Estes, já se viu, possuem natureza de princípios, e essa construção é essencial para o desenvolvimento da ideia aqui preconizada. Como o Direito pode fazer frente às demandas de uma sociedade complexa e em constante mutação? Como lidar com causas em que inexistente o recurso à tradição, aos precedentes? Este ponto falho nas teorias que enfatizam o precedente e repelem um necessário ativismo judicial moderado pode ser superado por meio dos construtos aqui realizados.

Quando se fala em suporte fático, um esclarecimento deve ser feito inicialmente. A norma jurídica não pode ser estudada completamente sem a menção à sua hipótese fática condicionante da existência do fato jurídico, sendo essa o suporte fático. Suporte fático diz respeito a um fato, evento ou conduta que pode ocorrer no mundo e, por sua relevância, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Ele é tanto o enunciado lógico da norma em que se representa a hipótese fática que condiciona a incidência (suporte fático abstrato ou hipotético) quanto o próprio fato materializado no mundo (suporte fático concreto).²⁶⁴

Tratando de direitos fundamentais, saber se o suporte fático previsto nas respectivas normas-princípio é amplo ou restrito gera uma gama de consequências.

²⁶² URUGUAI. Juízo de 1ª Instância de Mercedes. Sentença n. 6/2017. IUE 431-86/2017. B.D., M. C/ O. N, C. M. Ação de Amparo e recurso de inconstitucionalidade. Juíza Pura Book Silva. Disponível em: <https://www.scribd.com/document/340228743/SENTENCIA-N%C2%BA-6-2017-URUGUAY-ABORTO#from_embed>. Acesso em: 5.4.2017.

²⁶³ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2014, p. 14-20.

²⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 41-42.

Em sua função de defesa, os direitos fundamentais implicam saber o que é protegido e qual a gama possível de intervenções. Se o suporte fático preenchido gera a incidência, a problemática encontra-se em saber quando há seu preenchimento em normas de tessitura aberta, como são os direitos fundamentais. Na seara penal, de tipicidade fechada, a problemática é menor, mas como identificar o que é abrangido pela liberdade de expressão, de reunião, pelo direito à privacidade ou à vida? Dizer que todos são iguais perante a lei representa identificar o âmbito de proteção da igualdade, mas o suporte fático também é composto pela intervenção estatal, já que o direito fundamental só incide, na função de defesa, quando há uma intervenção em seu âmbito. O âmbito de proteção identifica quais atos, fatos, estados ou posições jurídicas são protegidos pela norma. Se tenho direito a orar antes de dormir, por conta de minha liberdade religiosa, só se sentirá a força da ordem jurídica em uma intervenção quando houver uma proibição ao meu livre exercício. Além do âmbito de proteção e da intervenção, deve compor o suporte fático a fundamentação constitucional, ou melhor, a sua ausência, pois se existe uma intervenção sem fundamentação constitucional, incide a norma de direito fundamental. No caso de direitos sociais, marcadamente prestacionais, o âmbito de proteção é composto pelas ações estatais que fomentam a sua realização, enquanto no lugar da intervenção deve-se considerar a ausência ação estatal, ou sua ação insuficiente e sem fundamento constitucional para tanto.²⁶⁵

Há duas formas de encarar o suporte fático de um direito fundamental, uma ampla e outra restrita.

Para as teorias que sustentam um suporte fático restrito, o direito fundamental não garantiria algumas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, abstratamente, subsumidas no seu âmbito de proteção. O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, como se verá em seção futura, já adotou um suporte fático restrito, entendendo que determinadas condutas não seriam abarcadas por um dito direito fundamental. Poderia a liberdade religiosa garantir o sacrifício de animais, ou a liberdade artística salvaguardar exposições de nudez com crianças? Para essa corrente, a resposta é negativa. Não haveria sequer necessidade de ponderação ou sopesamento, visto tratar-se de um conflito meramente aparente. Normalmente, o suporte fático restrito é assegurado (i) por uma interpretação histórico-sistemática que busca a essência de cada direito fundamental através de uma análise histórica, da *mens legislatoris*, de uma interpretação genética que despreza circunstâncias

²⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 67-78.

concretas; (ii) por delimitação do âmbito da norma por conta da especificidade, pelo que restrições ou intervenções externas ao direito fundamental inexisteriam. Se a ação não é estruturalmente necessária ao exercício do direito fundamental, podendo ser substituída por outra, não teria especificidade e, portanto, não seria protegida. Assim, proibir um cientista de divulgar suas teses em um alto-falante não seria restrição à liberdade científica, já que poderia ser substituída a divulgação por meio de revistas científicas; (iii) diferenciando-se restrições ao conteúdo de um direito fundamental, o que seria vedado para as liberdades públicas, das meras regulamentações, que atingiriam não a essência do direito, mas diriam respeito ao tempo, local ou outros meios para o seu exercício.²⁶⁶

Friedrich Muller, adepto de uma teoria restritivista do suporte fático dos direitos fundamentais, entende a ponderação como algo extremamente questionável, pois acabaria contribuindo para contornar as distinções estruturais em vez de conciliá-las e atualizá-las no caso particular. Para Muller, a concretização materializada por meio da análise dos âmbitos normativos dos direitos fundamentais poderá demonstrar que o caso jurídico não estaria no âmbito normativo. Objetivamente falando, em muitas situações em que metaforicamente existiria uma suporta colisão, a resolução seria mais simples: a de que a norma de direito fundamental não seria, em verdade, aplicável e não implicaria uma colisão jurídica.²⁶⁷

Outro adepto, ainda que indiretamente, da corrente restrita do suporte fático dos direitos fundamentais é John Rawls. Como um dos seus princípios de justiça, todas as pessoas têm direito igual a um sistema adequado de liberdades fundamentais que sejam compatíveis com um sistema similar de liberdade para todos. Como liberdades fundamentais, Rawls enquadra apenas a liberdade de pensamento e de consciência, as liberdades políticas, a liberdade de associação, as liberdades especificadas pela liberdade e integridade da pessoa e os direitos de liberdade abarcados pelo império da lei. As liberdades teriam primazia quando conflitantes com interesses coletivos. Por fim, diferencia regulamentação e restrição, esclarecendo que os direitos fundamentais podem ser regulamentados para sua adequação em um esquema geral, como a liberdade de expressão, que se submete a procedimentos razoáveis de debate, sob pena de não atingir seu objetivo (nem todos podem falar ao mesmo tempo, por exemplo). A restrição atingiria, diferentemente da regulamentação, o próprio núcleo do direito fundamental.²⁶⁸

²⁶⁶ Ibid., p. 79-94.

²⁶⁷ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 279-285.

²⁶⁸ RAWLS, John. **Political liberalism**. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005, p. 289-296.

A grande tarefa para os que adotam um suporte fático restrito é investigar o que restaria abrangido pelo âmbito de proteção da norma ou pelo conceito de intervenção estatal. Para os que adotam o suporte fático amplo, a argumentação sai da definição do que é protegido e do que caracterizaria intervenção estatal e passa a se concentrar no momento da fundamentação da intervenção. O suporte fático restrito gera uma série de inconvenientes que podem ser numerados: (i) conservadorismo, com uma flagrante impossibilidade de atualização do âmbito de proteção dos direitos fundamentais a uma realidade mutável, já que se adotaria um enfoque originalista ou histórico-genético; (ii) exclusão *a priori* de condutas que, inicialmente, poderiam ser consideradas como garantidas por algum direito. Parte-se de uma pura e simples intuição, desprezando-se o caso concreto e os mecanismos de sopesamento; (iii) a distinção entre regulação e restrição, sendo a primeira uma atuação no modo de exercício do direito, e a segunda uma violação ao seu conteúdo essencial. Assim, o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal no bojo da ADI 1.969, em que o governador do Distrito Federal proibiu, por decreto, a realização de manifestações públicas na praça dos Três Poderes, na esplanada dos ministérios e vias adjacentes, seria uma regulamentação, pois atuaria no local, na forma e no proceder. Corretamente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que algumas regulamentações configuram verdadeiras restrições, demonstrando os contornos problemáticos do caso concreto. Perderia, naquele caso, qualquer força simbólica ou persuasiva a manifestação que não se desse naquelas localidades proibidas pelo ato do Executivo.²⁶⁹

A teoria do suporte fático amplo, ao contrário, entende que a definição daquilo que é protegido não é algo definitivo, dependendo ainda de um sopesamento em face das situações concretas. O âmbito de proteção não é o ponto nevrálgico, mas sim a argumentação utilizada para fundamentar constitucionalmente uma intervenção constitucional em um direito ou a inércia estatal na sua concretização. Para os restritivistas, bastaria definir o que é protegido; o que ali não se enquadrasse poderia ser coibido sem se caracterizar intervenção no direito fundamental. Para os adeptos do suporte fático amplo, o sopesamento diante de situações concretas é necessário antes de se decidir sobre a proteção definitiva ou não do direito fundamental. A teoria ampla, como se pode perceber, trabalha com a ideia de direitos *prima*

²⁶⁹ Ibid., p. 94-108.

facie (ou provisórios) e direitos definitivos, sendo aqueles princípios, mandados de otimização que impescindem das possibilidades fáticas e jurídicas à sua aplicação.²⁷⁰

Fica clara a vinculação entre a teoria dos princípios enquanto mandados de otimização e o suporte fático amplo dos direitos fundamentais, que depende das possibilidades fáticas e jurídicas para a sua definição.

O Supremo Tribunal Federal já adotou, mesmo que intuitivamente, o suporte fático amplo em diversos julgamentos, bastando citar alguns trechos da Reclamação Constitucional 18290- RJ, acerca da liberdade de expressão, de imprensa e de informação, consagrando que ela abrange toda sorte de opinião, convicção e comentário, sem restrição prévia de conteúdo:

RECLAMAÇÃO. DECISÃO RECLAMADA QUE DETERMINOU A SUPRESSÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PÚBLICADA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE QUAIS MANIFESTAÇÕES PODEM OU NÃO SER CONSIDERADAS VÁLIDAS. CONTRARIEDADE AO QUE ASSENTADO POR ESTE TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA ADPF 130. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO CUJO PEDIDO SE JULGA PROCEDENTE. [...] O presente tema envolve duas situações aparentemente paradoxais: a liberdade de informação, que é a liberdade de expressão, a liberdade de pensamento e a liberdade de informar e, em contraposição, o direito à intimidade, à vida privada e à proteção da honra, que ensejou a determinação judicial de retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico, representando uma verdadeira censura obstativa do exercício da liberdade de informação. [...] **Apesar de não se tratar de direito absoluto, a liberdade de expressão possui alcance amplo, abrangendo todo tipo de opinião, convicção, comentário ou avaliação sobre qualquer tema ou sobre qualquer indivíduo, envolvendo tema de interesse público ou não,** não cabendo ao Estado a realização do crivo de quais dessas manifestações devem ser tidas ou não como permitidas, sob pena de caracterização de censura. [...] (Sem grifos no original).²⁷¹

Igualmente, ao tratar sobre a liberdade religiosa e o proselitismo, em especial acerca de conduta diminuidora e discriminatória de outras religiões, o Supremo Tribunal Federal adotou uma concepção ampla de suporte fático. No caso, um livro fora publicado convolvando

²⁷⁰ SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**. Vitória, n° 6, p. 67-80, jun./dez. 2009.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECLAMAÇÃO. DECISÃO RECLAMADA QUE DETERMINOU A SUPRESSÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PÚBLICADA. LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE IMPRENSA E DE INFORMAÇÃO. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO, PELO PODER PÚBLICO, DE QUAIS MANIFESTAÇÕES PODEM OU NÃO SER CONSIDERADAS VÁLIDAS. CONTRARIEDADE AO QUE ASSENTADO POR ESTE TRIBUNAL NO JULGAMENTO DA ADPF 130. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO CUJO PEDIDO SE JULGA PROCEDENTE. Processo Rcl 18290 RJ – Rio de Janeiro 9997171-40.2014.1.00.0000. Publicação: DJe-038 1/3/2016. Julgamento: 24/2/2016. Relator Min. Luiz Fux.

católicos a empreender resgate religioso dos espíritas. Observem-se os trechos abaixo colacionados:

A liberdade religiosa e a de expressão constituem elementos fundantes da ordem constitucional e devem ser exercidas com observância dos demais direitos e garantias fundamentais, não alcançando, nessa ótica, condutas reveladoras de discriminação. No que toca especificamente à liberdade de expressão religiosa, cumpre reconhecer, nas hipóteses de religiões que se alçam a universais, que o discurso proselitista é da essência de seu integral exercício. De tal modo, a finalidade de alcançar o outro, mediante persuasão, configura comportamento intrínseco a religiões de tal natureza. Para a consecução de tal objetivo, não se revela ilícito, por si só, a comparação entre diversas religiões, inclusive com explicitação de certa hierarquização ou animosidade entre elas. O discurso discriminatório criminoso somente se materializa após ultrapassadas três etapas indispensáveis. Uma de caráter cognitivo, em que atestada a desigualdade entre grupos e/ou indivíduos; outra de viés valorativo, em que se assenta suposta relação de superioridade entre eles; e, por fim, uma terceira, em que o agente, a partir das fases anteriores, supõe legítima a dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais do diferente que compreende inferior. A discriminação não libera consequências jurídicas negativas, especialmente no âmbito penal, na hipótese em que as etapas iniciais de desigualação desembocam na suposta prestação de auxílio ao grupo ou indivíduo que, na percepção do agente, encontrar-se-ia em situação desfavorável. **Hipótese concreta em que o paciente, por meio de publicação em livro, incita a comunidade católica a empreender resgate religioso direcionado à salvação de adeptos do espiritismo, em atitude que, a despeito de considerar inferiores os praticantes de fé distinta, o faz sem sinalização de violência, dominação, exploração, escravização, eliminação, supressão ou redução de direitos fundamentais. Conduta que, embora intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa.** Impossibilidade, sob o ângulo da tipicidade conglobante, que conduta autorizada pelo ordenamento jurídico legitime a intervenção do Direito Penal. (Sem grifos no original).²⁷²

Por fim, apenas a título ilustrativo, pode-se perceber que o Supremo Tribunal Federal adotou uma corrente de suporte fático ampla quando determinou que o Superior Tribunal Militar concedesse acesso a registros documentais de sessões da década de 1970, mercê do direito à informação, preservando-se, após o juízo de ponderação, apenas aqueles que, mediante explícita e pormenorizada motivação, sejam indispensáveis ao resguardo do interesse público legítimo e à defesa da intimidade, e aqueles cujo sigilo se imponha para a proteção da sociedade e do Estado:

²⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE RACISMO RELIGIOSO. Processo RHC 134.682. Relator Min. Edson Fachin. Julgamento: 29-11-2016, 1ª Turma. Publicação: DJE de 29-8-2017.

[...] Asseverou que **o direito à informação, a busca pelo conhecimento da verdade sobre sua história, sobre os fatos ocorridos em período avassalador do sentimento nacional e do espírito democrático que exsurgia**, assim como sobre suas razões, integra o patrimônio jurídico de todo e qualquer cidadão e constitui dever do Estado assegurar os meios para o seu exercício. Dessa forma, o Plenário concluiu que **a autoridade reclamada deve permitir o acesso do reclamante aos documentos descritos no requerimento administrativo objeto da impetração em questão, ressalvados apenas aqueles indispensáveis ao resguardo de interesse público legítimo e à defesa da intimidade e aqueles cujo sigilo se imponha para proteção da sociedade e do Estado, o que há de ser motivado de forma explícita e pormenorizada pelo reclamado, a fim de sujeitar esse exame administrativo ao controle judicial.** (Sem grifos no original).²⁷³

A corrente restritivista impede a caracterização do Direito enquanto ordem espontânea, evolutiva. Guarda consigo um apelo ao passado, à tradição, ao originalismo. O problema que se põe diante do jurista é qual conduta se deve adotar quando a pretensão formulada pelas partes não possua tradição. Pensavam os constituintes de 1988 em células-tronco embrionárias, em clonagem, em alimentos transgênicos, em *revenge porn*, em direito ao esquecimento diante da era da informação, em liberdade de reunião ante a marcha da maconha, em mudanças de sexo, em livros digitais para fins de tributação, em *smartphones* e direito às horas extras? Decerto que não, salvo se possuíssem rara capacidade profética.

Somente com uma teoria ampla do suporte fático, o Direito pode fazer frente às evoluções sociais, permitindo a adaptação das normas fundamentais a uma sociedade em constante mudança. E, mais uma vez, a dependência do caso concreto e dos valores da comunidade pode ser levantada. Em seção futura, serão analisados alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, que podem demonstrar a utilidade de uma teoria ampla do suporte fático para situações onde inexista tradição e precedentes judiciais, em tempos de ativismo moderado.

Uma teoria do suporte fático restrito tem forte ligação com a teoria interna, ou dos limites imanentes dos direitos fundamentais, na qual o âmbito de proteção dos direitos fundamentais é delimitado. Para ela, é inadmissível a ideia de restrições ou limitações externas aos direitos fundamentais. Rejeita-se a existência de conflitos entre os direitos e,

²⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA: RECLAMAÇÃO. CONSTITUCIONAL. DESCUMPRIMENTO DE JULGADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.036. Processo Rcl 11949 / RJ. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento: 16/03/2017. Publicação: DJe 15/08/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

consequentemente, a ponderação. Bastaria ao operador identificar o conteúdo constitucionalmente estabelecido e verificar sua adequação à questão de fato, não devendo estabelecer restrições recíprocas a direitos ou bens antagônicos. Os limites do direito fundamental não são recortes externos do seu âmbito de incidência, mas resultam da análise do seu conteúdo estatuído na Constituição. O foco da análise é a determinação dos confins dos direitos. Assim, em vez de afirmar que a liberdade de expressão é limitada pelo direito à honra e à imagem, os adeptos dessa tese sustentarão que as condutas são ou não são protegidas pelos direitos. Critica-se sobremaneira a ponderação e se busca o conteúdo definitivo, não meramente *prima facie* do direito fundamental em análise. É uma teoria que parte “de dentro” do direito.²⁷⁴

Já a teoria externa estabelece a diferença entre delimitação do conteúdo e restrição dos direitos fundamentais. Num primeiro momento, o intérprete deve determinar, da forma mais ampla possível, o âmbito de proteção do direito fundamental em jogo. A leitura da norma deve ser a mais larga possível. No segundo momento, deve-se promover a harmonização do amplo conteúdo protegido *prima facie*, para se identificar o conteúdo protegido em definitivo. Se um artista pretende pintar no cruzamento de duas vias congestionadas, para a teoria interna não haveria direito à liberdade artística a ser tutelado, já que a conduta não estaria inserida no âmbito de proteção da norma de direito fundamental. Para a teoria externa, pintar seria encarado como uma ação artística, havendo um direito *prima facie* de pintar no cruzamento, mas a existência de razões opostas (o direito dos outros e a ordem pública) justifica o afastamento do direito naquela situação.²⁷⁵

Os direitos fundamentais enquanto princípios são compatíveis com a teoria externa, como se pode perceber. Há uma forte vinculação com o caso concreto e seus elementos fáticos e jurídicos.

Outro ponto que importa é saber qual o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, havendo aqueles que defendem a existência de um núcleo absoluto, cujos limites externos formariam uma barreira intransponível, independentemente da situação ou dos interesses em jogo. Esse núcleo essencial absoluto pode ser, para alguns, dinâmico e alterável com a passagem do tempo, ou estático no sentido material-temporal, sendo imutável. Já os que defendem um núcleo essencial relativo rejeitam um conteúdo essencial com contornos fixos e

²⁷⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*.

²⁷⁵ *Ibid.*

definíveis aprioristicamente. Para estes últimos, o núcleo essencial dependeria de condições fáticas e jurídicas, das colisões entre os direitos no caso concreto, guardando íntima relação com a proporcionalidade.²⁷⁶ Esta última corrente é a que mais se coaduna com um suporte fático amplo, com a teoria dos princípios e com a concepção do Direito como ordem espontânea.

Perceba-se a interligação de tudo o que foi desenvolvido até aqui. O Direito evolui, como ordem espontânea. As circunstâncias sociais são mutáveis. Para acompanhar tal mutação, há atuação legislativa e atuação jurisdicional. Na atuação jurisdicional, o raciocínio pragmático e tópico-retórico permite a abertura do sistema para os novos influxos sociais. Tal abertura só é possível em se tratando de direitos fundamentais com natureza principiológica, de uma Constituição-moldura, de uma superabilidade das normas jurídicas e de uma interpretação funcional, a ser vista a seguir em conjunto com a mutação constitucional. Só assim o Direito pode dar respostas satisfatórias a demandas sociais que não possuam tradição constituída.

4.4 Mutação e interpretação do Direito: o caso da interpretação funcional e da lógica do razoável

Quando se interpreta o Direito, sagra-se uma atividade produtiva, de complemento ao trabalho do legislador (ou do autor do texto). O novo texto (norma) surge a partir de um primeiro texto (a Constituição, a lei, um regulamento etc.). A norma é mais que o texto normativo nela transformado, sendo resultado do conúbio entre ele e a realidade. Interpretar é atividade decisional e constitutiva. Ao aplicar o Direito, o juiz cria uma norma individualizada, numa atividade que sobeja a mera subsunção. Interpretar é compreender, em especial nas situações onde inexistente isomorfia (clareza nas palavras e expressões de linguagem). Nem a situação de dúvida nem a de isomorfia podem ser consideradas *in abstracto*, sendo noções pragmáticas, que dependem dos interesses que gravitam em torno delas. O significado dos textos é apreendido no quadro da realidade, na aplicação. Em um primeiro momento, o intérprete trabalha os textos e a realidade, produzindo normas jurídicas gerais, a partir das quais decide o caso, definindo a norma de decisão. Parte-se da

²⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 185-206.

compreensão dos textos normativos, da realidade e dos fatos; depois se chega à produção das normas que serão ponderadas para a solução do problema; finda-se com a escolha de determinada solução para ele.²⁷⁷

Os textos normativos demandam interpretação porque devem ser aplicados a casos concretos, reais ou fictícios. Partindo deles, chega-se à norma jurídica, e posteriormente à norma de decisão, no quadro da realidade. O texto é uma fração da norma. O Direito, neste contexto, é alográfico, como a música e o teatro, pois sua obra só se completa com o concurso de dois personagens, o autor e o intérprete, diferentemente de uma arte autográfica (romances e pintura). Duas forças se tensionam na interpretação: uma que representa a certeza e a liberdade, e outra que é a contínua adequação do Direito ao devir social. O antigo (texto) e o novo (a norma) se recompõem na realidade de cada dia. O Direito é um organismo vivo que não envelhece nem permanece jovem, sendo contemporâneo à realidade. Texto e norma não se superpõem, bastando-se diferenciar a elaboração de textos normativos da construção das normas jurídicas. Elas preexistem potencialmente no invólucro do texto, do enunciado normativo (dever-ser). O intérprete as desnuda à luz do mundo do ser, dos elementos da realidade. Se diferentes escultores forem contratados para esculpir, do mármore, a Vênus de Milo, decerto as estátuas não serão completamente iguais, apesar da moldura dada (Vênus de Milo). Diferentes intérpretes produzem, a partir do mesmo material, diferentes resultados.²⁷⁸

Se o Direito varia, em suas normas, conforme as diferentes realidades, não se pode ignorar sua característica de ordem espontânea. Texto e norma se complementam, assim como ser e dever-ser.

Não há tensão entre Direito e realidade. A estrutura da norma jurídica demanda ambos. Interpretar não é escolher produtos semi-industrializados em uma linha de montagem. Um componente de subjetivismo é inegável. Descreve-se não a realidade, mas o modo de ver a realidade. É a pré-compreensão da realidade, influenciada pelo lugar que se ocupa ao descrevê-la, que influencia tal subjetividade. A interpretação envolve o texto escrito, a realidade e os fatos. Mais que uma ciência, essa atividade é uma prudência, podendo variar, já que depende da ponderação de múltiplas variáveis. Esse processo interpretativo caminha para a atualização do Direito, já que cada texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação concreta. É no contexto histórico presente (e não no da redação do texto) que se

²⁷⁷ GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 15-34.

²⁷⁸ Ibid., p. 35-56.

interpreta. O operador jurídico deve adaptar o Direito às necessidades presentes e futuras da vida social (atualizá-lo), já que os textos normativos não veiculam enunciados cristalizados, congelados no tempo. Deve-se aderir à ideologia dinâmica da interpretação e à visualização do Direito como instrumento de mudança social. Os significados variam no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A Constituição demanda atualização permanente, sem a qual perderá sua efetividade. Perece a força normativa do Direito quando ele já não corresponde à natureza singular do presente.²⁷⁹

Esse processo de atualização, de manutenção da força normativa da Constituição, não pode ser levado a cabo, enquanto empreendimento interpretativo, sem uma concepção de suporte fático amplo dos direitos fundamentais, da concepção destes como princípios e do Direito como uma ordem espontânea. Como se disse no início desta seção, com as palavras de Lassalle, a Constituição não pode ser uma mera folha de papel, dissociada da realidade.

A interpretação é influenciada por problemas práticos e por uma ideologia operativa na aplicação do Direito. Situações de clareza (isomorfia) ou de dúvida dependem de atos concretos, mesmo que fictícios, e não podem ser consideradas *in abstracto*. Há significados *prima facie* que se confirmam ou não no processo de interpretação-aplicação. Há um inevitável ato decisional do operador do Direito, já que quando o significado *prima facie* de um texto é duvidoso, sempre há uma escolha entre os significados diferentes. Na existência dessas dúvidas, a interpretação operativa tem lugar, cabendo ao órgão aplicador do Direito determinar precisamente o significado na tomada de decisão. A decisão acerca das opções interpretativas é guiada por diretrizes que implicam valorações. Há três contextos que normalmente são analisados no processo, lembrando-se que o sistema jurídico é um misto estático-dinâmico: (i) sistêmico, quando o significado *prima facie* é inconsistente ou incoerente com outras regras válidas do sistema jurídico; (ii) funcional, proporcionando a abordagem de fatores relevantes, valorações e opiniões diferentes no que diz respeito aos traços da sociedade e do Estado, contrapondo-se a intenção do legislador histórico com a potencial intenção do legislador atual (atualização do Direito). Contém todos os fatores relacionados com a criação, a aplicação e o funcionamento do Direito que ultrapassam os contextos sistêmico e linguístico; (iii) contexto linguístico, já que as dúvidas ou certezas só devem ser apuradas numa situação concreta.²⁸⁰

²⁷⁹ Ibid., p. 56-95.

²⁸⁰ WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Editorial Civitas, 1988, p. 18-45.

O contexto funcional acima apontado é o de maior complexidade e relevância para o estudo aqui desenvolvido. É ele que permite a atualização do Direito e sua visão como ordem espontânea. É no ato concreto que se verifica a confirmação ou não dos significados *prima facie* dos textos normativos. Há uma nítida relação com Viehweg, Levi e outros já citados neste trabalho. Essa natureza *prima facie* é mais do que compatível com os mecanismos de ponderação próprios de um suporte fático amplo para os direitos fundamentais e com a natureza principiológica destes.

Qualquer que seja a norma de decisão criada, ela deve ser justificável internamente e externamente. A justificação levada a cabo trata com juízos que não se reduzem às categorias de verdade ou falsidade, mas sim de defensabilidade/verificabilidade ou indefensabilidade. Utiliza-se uma lógica não formal, tópica. A escolha de um significado entre os vários possíveis é uma inegável questão valorativa, mas a decisão deve ser exposta como um ato controlado e racionalmente apresentado.²⁸¹

A ideologia estática, calcada em valores como certeza, estabilidade e previsibilidade, por vezes pode se confrontar com uma ideologia dinâmica, que vê a interpretação jurídica como atividade que adapta o Direito às necessidades presentes e futuras da vida social. As mudanças na vida social costumam ser mais rápidas que as legislativas, revelando a importância do contexto funcional na interpretação, que deve seguir a evolução social. O significado de uma norma é um fenômeno mutável, ainda mais no texto constitucional, que se vale de linguagem aberta (*open-ended*), cumprindo funções políticas. A interpretação é mais que uma operação de lógica formal. Apesar de toda a deficiência normativa, quem decide um caso deve tomar uma decisão e apresentá-la, justificando-a como a única decisão exata (mesmo não sendo este o caso).²⁸²

A interpretação constitucional possui um caráter inegavelmente político. Esta é a sua peculiaridade: o enraizamento político das valorações inerentes às dúvidas constitucionais e às opções interpretativas. O papel do contexto funcional é forte, neste ponto. Político significa, nesta abordagem, algo que é genética ou funcionalmente conectado com as relações entre diversos grupos interessados na utilização do poder do Estado nas suas pretensões. As valorações (políticas, morais, econômicas e outras) desempenham um papel importante na justificação das decisões interpretativas e nos processos de tomada de decisão. A interpretação

²⁸¹ Ibid., p. 45-69.

²⁸² Ibid., p. 72-92.

constitucional está mais estreitamente unida a problemas políticos que a interpretação de outras partes do Direito.²⁸³

Não há que se falar, negativamente, do ativismo judicial, neste ponto. É inevitável que ocorra, até mesmo diante do caráter político e do contexto sistêmico acima aposto. As ideias desenvolvidas se entrelaçam de uma maneira curiosa e clara, não havendo que se repelir um ativismo moderado, acima já exposto.

E essa peculiaridade da interpretação jurídica, que sobeja, como já foi visto anteriormente em vários pontos deste trabalho, a lógica formal, dá lugar a um tipo diferente de lógica, que pode ser chamado de lógica do razoável.

O legislador, por mais que crie textos normativos, não pode ditar o modo de interpretação dos juízes, que criam normas concretas. Claro que as milhões de relações travadas todos os dias e que não chegam ao Judiciário, representam uma interpretação por parte da sociedade. Na existência de apelo ao Estado-juiz, o julgador decidirá se a interpretação da comunidade deve ou não prevalecer. Normas jurídicas são atos de vontade, instrumentos criados para a ação, sendo o Direito positivo uma obra circunstancial. As leis são sempre obras inconclusas, como já se viu alhures. E a multiplicidade de métodos interpretativos é notória, fazendo do Direito uma noiva com vários pretendentes que não a desposam. Não há como impor um método, e isto já foi abordado neste trabalho. Em várias ocasiões, será melhor proceder-se a um estudo sociológico dos fatos e a uma ponderação estimativa baseada nas ideias de justiça e bem-estar social.²⁸⁴

Bentham, a despeito do utilitarismo que se lhe associa, julgava as leis por meio dos efeitos reais que elas produziam na sociedade. Ihering via importante papel no fato de que as leis se apresentam para satisfazer as necessidades da vida social, já que existem em um mundo real, sendo isso um Direito autêntico. Direito existe para um fim. Holmes encarava o Direito como experiência. Geny se propunha a investigar as realidades sociais concretas. A Jurisprudência dos Interesses propunha a adequação dos resultados às necessidades práticas da vida. Em idêntica trilha, segue a Jurisprudência Sociológica americana, que vê o Direito como um instrumento para a vida social, para a realização de fins humanos dentro da história cambiante. As regras e os princípios seriam hipóteses de trabalho que devem ser constantemente verificadas a partir dos efeitos nas relações concretas. O realismo jurídico

²⁸³ Ibid., p. 103-114.

²⁸⁴ SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 19ª ed. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 628-632.

americano também guarda similaridades com o quanto acima exposto. O ponto comum entre os autores e as correntes acima é a rejeição à lógica formal e a sua invocação por Siches para o embasamento da lógica do razoável.²⁸⁵

A lógica tradicional é adequada para problemas acerca dos fatos da natureza e ideias puras *a priori*, como os princípios matemáticos. Já para os problemas humanos, demanda-se a lógica do razoável, de uma razão impregnada de pontos de vista estimativos, critérios de valoração, pautas axiológicas, experiências. São mesmo os efeitos que produzem na vida real e as urgências ou necessidades da situação concreta que auxiliam na descoberta do alcance e da validade de um texto normativo. Os conteúdos das normas jurídicas não devem ser tratados como verdades com o uso da lógica do racional, que é meramente enunciativa do ser e do não-ser, mas não contém pontos de vista de valor nem estimações sobre a correção dos fins, a congruência entre meios e fins, nem sobre a eficácia dos meios em relação a um determinado fim. Não há sentido em tratar as normas de Direito positivo desconectadas das situações em que se originaram e das situações para as quais foram destinadas. Pensar o Direito como um simples produto humano, com validade e alcance limitado a situações históricas, é o verdadeiro “pecado original”, para Siches. O juiz deve se guiar por critérios de validade *in abstracto* e por critérios de validade material, antecipando os efeitos de uma norma para atingir os fins consagrados pelo Direito. O juiz, agindo desta forma, aproxima-se do legislador, estando ambos em busca da realização da justiça e dos valores por ela consagrados numa determinada sociedade concreta.²⁸⁶

Diante de um caso, deve-se proceder razoavelmente, analisando-se a realidade e o sentido dos fatos, das valorações que inspiram a ordem jurídica, conjugando um com o outro e com os complementos produzidos pelo juiz, em harmonia com o sistema para chegar-se a uma solução satisfatória. Compreender isto é eximir os operadores do Direito de disfarces e subterfúgios que apresentem externamente seus ditames e juízos como se fossem resultado de uma construção lógica pura e tradicional.²⁸⁷

O que nesta subseção foi desenvolvido é mais um argumento de superação do formalismo. Esclareça-se, contudo, que a superação do formalismo não representa ignorar o primado do Estado de Direito.

²⁸⁵ Ibid., p. 632-641.

²⁸⁶ Ibid., p. 642-661.

²⁸⁷ Ibid., p. 661-664.

4.4.1 Mutaç o constitucional, pragmatismo jur dico e a ordem espont nea hayekiana

Apesar de se ter, em terras brasileiras, uma Constitui o est vel, tal estabilidade n o presume imutabilidade. A rela o entre a ordem est tica e a din mica constitucional se apresenta em qualquer tipo de ordenamento positivo. Longe de ser uma pe a hist rica, a Constitui o passa por processos de mudan a n o apenas formais, mas tamb m impercept veis, derivados do ambiente pol tico e das circunst ncias sociais. A muta o altera o significado, o sentido ou o alcance de disposi es constitucionais. O que n o se defende   a muta o que violente a norma constitucional, conspurcando sua letra ou esp rito. Se a Constitui o nasce para ser aplicada,   natural que ocorram situa es imprevistas a exigir modifica es. E esse poder constituinte difuso, decorr ncia l gica dos textos constitucionais, n o pode reformar letra constitucional, repita-se.²⁸⁸

A no o de muta o constitucional   relacionada   concep o de que a Constitui o, em determinado sentido,   um organismo vivo e submetido   din mica da realidade social, para al m de f rmulas fixas. Diz respeito ao hiato entre texto normativo e realidade. Com a abertura das disposi es constitucionais, reserva-se aos  rg os encarregados de sua concretiza o uma ampla liberdade de a o. O processo de muta o guarda rela o com a atualiza o e modifica o da Constitui o diante da esfera da realidade f tica social, econ mica, cultural etc.²⁸⁹

As Constitui es n o s o eternas e mant m  timo relacionamento dial tico com o meio circundante, com as for as sociais, cren as, convic es, aspira es e anseios populares. A diferencia o dos fatos, em contraste com o texto judicioso, pode acarretar a sua renova o. A ordem jur dica possui um car ter prospectivo e din mico, que permite redimensionar a realidade normativa da Constitui o sem revis es ou emendas. Essas modifica es n o s o deforma es ou subvers es, sob pena de inconstitucionalidade. As modifica es podem advir da atua o de grupos de press o (categorias profissionais, organiza es econ micas, institui es de classe etc.).²⁹⁰

²⁸⁸ FERRAZ, Ana Candida da Cunha. **Processos informais de mudan a da Constitui o**: muta es constitucionais e muta es inconstitucionais. 2^a ed. Osasco: Edifio, 2015, p. 3-13.

²⁸⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e muta o constitucional – uma an lise na perspectiva da Constitui o federal de 1988. **Jurisdi o e hermen utica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jur dico, 2017, p. 53-58.

²⁹⁰ BULOS, Uadi Lamm go. **Muta o constitucional**. S o Paulo: Saraiva, 1997, *passim*.

É a realidade social que dá à Constituição conteúdo e sentido axiológico, já que o texto não se afasta do substrato social que lhe dá vida. Cada texto constitucional que nasce integra apenas o momento, não podendo prever todo o futuro. A larga margem de interpretação deixada pela dicção constitucional é um chamamento incontestável à atividade interpretativa, que deve se coadunar com o elemento político que impregna as normas constitucionais, elemento este que se desenvolve e se adapta às novas exigências e situações, possibilitando novo conteúdo à norma. Abre-se margem para a interpretação evolutiva, que dá novos conteúdos às normas constitucionais diante de mudanças históricas e fatores políticos e sociais que não estavam presentes originariamente. Há, mesmo, quem defenda também uma espécie peculiar de interpretação-aplicação constitucional, a construção constitucional. Tal construção constitucional nada mais é que, além de empregar os métodos clássicos de interpretação, incluir critérios de natureza política na atividade hermenêutica, adaptando o texto à realidade social e à exigência do momento. A interpretação constitucional é, muitas vezes, o veículo do processo de mutação constitucional.²⁹¹

A construção constitucional encontra-se na complexidade do processo interpretativo, sendo dele um estágio. Nela (construção) se constrói ou recompõe o direito aplicável, nas circunstâncias de premência e necessidade, suprindo manifestações ou deficiências do texto constitucional. A construção trabalha, também, com critérios extratextuais, confrontando elementos intrínsecos (texto) com extrínsecos (fatos, valores etc.), que não são estranhos à sua letra, adaptando-a ao momento histórico e às suas demandas. Permite-se que o intérprete vá além da textualidade das normas constitucionais, captando as exigências sociais e as necessidades práticas da vida. O trabalho do Judiciário é de relevo. O recurso à construção se ampara na premissa desenvolvida neste trabalho, de que o Direito é experiência e que as necessidades de uma época, as teorias políticas, confessadas ou inconscientes, a moral desempenham um papel de relevância superior à do mero silogismo na operação do Direito.²⁹²

Ela, construção constitucional, torna-se o foco de atenção quando o significado do texto constitucional é nebuloso (ambiguidade, vagueza, lacunas), ou quando as implicações do significado são contestadas. E o processo de construção constitucional, determinando os efeitos legais do texto, é essencial para a teoria constitucional. A interpretação constitucional é, essencialmente, um empreendimento voltado aos fatos.²⁹³

²⁹¹ FERRAZ, *op. cit.*, p. 20-58.

²⁹² BULOS, *op. cit.*, p. 141-169.

²⁹³ SOLUM, Lawrence B. Originalism and constitutional construction. In: **Fordham Law Review**, 82, 453, 2013, p. 453-537.

É excepcionalmente difícil, para não dizer impossível, determinar com precisão o que o constituinte pretendeu, originariamente, fazer significar com cada termo constitucional, em especial diante da notória dificuldade de acesso aos registros históricos. A busca pela *mens legislatoris* é apenas o início do processo de construção constitucional, e a magnificação da intenção do constituinte pode cegar o aplicador do Direito ao seu desenvolvimento, negando o crescimento inerente às Constituições, de que participam as novas gerações. Não se podem negligenciar as tarefas de identificar, ponderar e ajustar os valores e interesses competidores na sociedade contemporânea. O Judiciário deve pesquisar como os conceitos mudaram com valores sociais mais maduros e como se têm reconhecido os novos significados aos termos antigos. Também faz parte do papel do Judiciário a identificação e o balanceamento dos diferentes interesses sociais.²⁹⁴

A mutação constitucional encontra portas de abertura: (i) no caráter genérico das normas constitucionais, (ii) na linguagem do texto constitucional, que utiliza termos vagos e conceitos elásticos, (iii) no conteúdo político das normas constitucionais, (iv) na existência de lacunas e obscuridades, (v) nos diferentes métodos interpretativos. Assim, proporciona-se um alargamento do sentido do texto constitucional, muitas vezes modificando o sentido anterior para atender à evolução da realidade constitucional, adaptando-o para contemplar novas exigências no momento da aplicação constitucional.²⁹⁵

O controle jurisdicional de constitucionalidade dilata o campo de atuação do intérprete, abrindo o caminho para a indagação acerca da natureza, dos princípios e instrumentos da atividade interpretativa. Onde existe tal controle judicial, amplia-se sobremaneira o campo de matérias submetidas ao Judiciário. Este poder tem uma obrigatoriedade quanto à interpretação constitucional, que, quando feita em lei, em tese, tem caráter primário. Não é rara a alteração da interpretação constitucional judicial pelos próprios Tribunais quando examinam a mesma matéria em novo litígio constitucional. É que a Constituição acha-se em relação condicionadora e condicionante com as estruturas do Estado e da sociedade, e estas estruturas sociais, econômicas, políticas e jurídicas acham-se sujeitas a constantes mudanças. A interpretação dos tribunais adapta a Constituição ao momento presente, à realidade social. Assim, a mutabilidade social, que provoca o surgimento de novas situações imprevistas, aliada à mudança na intenção dos próprios intérpretes e aplicadores, que sofrem também a influência das transformações sociais, políticas, econômicas e

²⁹⁴ ANTIEAU, C. J. Constitutional construction: a guide do the principles and their application. In: **Notre Dame Law Review**, 51, 357, 1976, p. 358-395.

²⁹⁵ FERRAZ, *op. cit.*, p. 58-62.

históricas, possibilita a evolução dos valores e das ideias subjacentes ao momento de interpretação-aplicação da Constituição.²⁹⁶

No meio de grandes debates sobre aborto e outros temas polêmicos, aparentemente ninguém espera que essas questões sejam resolvidas por emendas constitucionais. É com uma revolução judicial, não por processos formais, que se esperam as saídas para as grandes mudanças marcadas pela Constituição enquanto texto vivo. Não se está dizendo que a edição de textos normativos amplos e infraconstitucionais não tenha, também, tal papel, mas é forçoso reconhecer a presença do Judiciário neste ponto. O grande desafio do direito constitucional é forjar categorias com sensibilidade histórica para compreender os desenvolvimentos sociais. A identidade política do povo se transforma, e com ela as concepções constitucionais. Além do cânon oficial, composto pelo texto constitucional acrescido de suas emendas, o operador do Direito deve ter em conta um cânone operacional, que promove leis paradigmáticas e precedentes a um papel de relevo na argumentação constitucional. Os casos paradigmáticos julgados pelo Supremo Tribunal Federal ocupam um lugar de destaque que não pode ser ignorado no desenvolvimento da dogmática constitucional. E o cânon operacional permite essa mutação constitucional.²⁹⁷

Há muitas visões dissonantes com relação a temas constitucionais, e a Constituição não deveria ser dominada por um deles. Enquanto muitos debates se centram no momento hermenêutico, parecem descurar que, antes de interpretar algo, deve-se fixar qual é o objeto de interpretação. Estabelecer que, além do texto constitucional, a atuação do Judiciário faz parte do cânon operacional da Constituição é essencial para a compreensão do problema. A vida do Direito é marcada pela experiência e pelo reconhecimento de que a história constitucional caminha em ciclos. É infrutífero pensar que o texto constitucional diz, sozinho, tudo o que o intérprete demanda. Há sempre movimentos tentando inserir suas pautas no centro do debate constitucional, o que, eventualmente, conseguem, gerando forças contrárias à nova agenda. Faz parte da dialética democrática. É a evolução dos padrões de legitimidade do mundo real que dita a mudança constitucional. A se seguir a literalidade constitucional, tende-se a obstar as aspirações das modernas sociedades democráticas.²⁹⁸

Seria a Constituição uma máquina ou um organismo que evolui? Trata-se de um falso dilema. Se os arranjos constitucionais mudaram desde a promulgação da Constituição, não

²⁹⁶ Ibid., p. 102-129.

²⁹⁷ ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living Constitution. In: Harvard Law Review, 120, 7, 2007, p. 1.738-1.752.

²⁹⁸ Ibid., p. 1.753-1.796.

significa dizer que a evolução propiciada pela jurisprudência seja ilimitada, mas sim que deve ser compatibilizada com a importância da soberania popular no desenvolvimento constitucional. A literalidade extrema do texto constitucional ignora as necessidades prementes de uma sociedade em constante mutação, enquanto o desprezo pelo texto constitucional representa menoscabo da soberania popular no momento constituinte. Eis a necessidade de se expandir o cânon constitucional para além do texto positivado, incluindo a construção jurisprudencial. Tal abertura permite a superação da disputa acima apontada. Com este cânon expandido, é possível que o Judiciário reflita sobre os princípios afirmados pela sociedade e os use como freios e contrapesos. O controle jurisdicional de constitucionalidade permite, assim, um diálogo entre gerações, entre os valores do momento da promulgação da Constituição e as demandas e valores atuais da sociedade.²⁹⁹

A Constituição possui uma estrutura nuclear aberta e franqueada ao desenvolvimento, legitimando processos de mutação. Ela apresenta uma sintonia entre seus preceitos e a evolução do tecido social, adequando-se às situações de fato. Os tribunais não apenas colmatam lacunas, mas implementam valores democráticos fundamentais por meio das normas constitucionais de conteúdo aberto. Reconhece-se que as normas constitucionais apresentam uma realidade histórica em cada momento de análise. A Constituição busca sua legitimidade nessa produção histórica e constante das gerações, cabendo aos juízes realizar a filtragem constitucional em sintonia com os valores sociais do dado momento histórico da aplicação, num processo de construção e reconstrução. Os espaços axiológicos da Constituição se mostram gradativamente abertos e incompletos. Não se defende um ativismo judicial irrestrito, contudo, tão nociva quanto ele é a aplicação constitucional engessada que utiliza crenças irrealis e superadas. O caminho abre-se para o ativismo judicial moderado.³⁰⁰

A seguir, analisam-se arestos paradigmáticos do Supremo Tribunal Federal onde se pode observar a adoção de construções similares às aqui defendidas. A Corte ora adota uma corrente ampla de suporte fático explicitamente, ora implicitamente, mas não se queda em reconhecer o papel da mutação e da interpretação evolutiva-funcional.

²⁹⁹ Ibid., p. 1.797-1.812.

³⁰⁰ LEITE, George Salomão; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. Constituições vivas e moralmente reflexivas como fatores de importância para uma interpretação constitucionalmente legítima. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional – uma análise na perspectiva da Constituição federal de 1988. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 1-16.

4.5 *Leading cases* do Supremo Tribunal Federal, suporte fático amplo e a ausência de tradição

O Supremo Tribunal Federal já assentou, em diversos julgamentos, um suporte fático amplo de direitos fundamentais, assim como fugiu dos limites semânticos fixados pelo legislador histórico, demonstrando o acerto do que aqui se fala.

Analisar-se-ão alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal em que inexistia tradição consolidada juridicamente, tendo sido necessário não apenas utilizar um conceito amplo de suporte fático, mas também reconhecer o papel dos valores da comunidade e as características do Direito enquanto ordem evolutiva.

Tudo se amolda à interpretação funcional de que tratou Wrobléwski, analisada neste trabalho.

A título exemplificativo, por ocasião do julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF 132/RJ e da ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4277/DF³⁰¹, apreciadas conjuntamente, entendeu-se por um suporte fático amplo da constituição familiar, legitimando-se a união de pessoas de mesmo sexo, inclusive para fins matrimoniais, dando-se interpretação conforme ao Código Civil, máxime em seu artigo 1.723, que prescreve originariamente ser reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família. No que interessa, observe-se a ementa da ADPF supramencionada:

Ementa: [...] INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que

³⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). Processo ADI 4277/DF. Relator min. Ayres Britto. Julgamento: 05/05/2011. Órgão julgador: Tribunal pleno. Publicação: DJe-198 13/10/2011.

somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. **Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes.** Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. [...] **A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição** para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. **A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo.** Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (sem grifos no original).

Os trechos da ementa são sintomáticos quanto à adoção de um suporte fático amplo, de uma corrente evolucionista e de um afastamento do entendimento do legislador histórico, sobejando-se o conteúdo meramente semântico da Constituição. O Tribunal foi expresso em consignar (i) o avanço da Constituição de 1988 no plano dos costumes, (ii) na impossibilidade de uso da letra da Constituição (iii) e na interpretação não reducionista.

Em seu voto, o ministro Carlos Ayres Britto utilizou-se de uma interpretação sistemática da Constituição, que proíbe discriminação em razão do sexo, no seu artigo 1º, inciso III, invocando um direito fundamental à preferência sexual, corolário da dignidade da pessoa humana. O termo família abarcaria um sentido coloquial praticamente aberto que aporta como realidade do mundo do ser. Expressamente, vota o ministro por uma forma não reducionista do conceito de família.

O ministro Luiz Fux esclarece que a homossexualidade é um fato da vida, e a própria Constituição preserva a liberdade, quando menciona o princípio da legalidade, no artigo 5º,

inciso II. Adotando também uma concepção ampla de família, defende que a Constituição consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes, independentemente da formação quantitativa ou qualitativa. O conceito constitucional de família teria se despedido de materialidade e se restringido a aspectos meramente instrumentais, não se devendo aceitar o amesquinamento de direitos fundamentais. Deve-se, para o ministro Fux, adotar uma interpretação da Constituição e das leis que compatibilize o Direito com o momento histórico vivido e com o atual estágio da sociedade. Expressamente, expõe que a mudança nas relações fáticas provoca mudanças na interpretação da Constituição, respeitando-se os sentidos da proposição jurídica.

As correntes dos ministros acima podem ser bem enquadradas no suporte fático amplo, diante dos argumentos traçados.

Igualmente, a ministra Cármen Lúcia menciona que se deve considerar o quadro social contemporâneo, em que as uniões homoafetivas são uma realidade, para se interpretar a norma jurídica. Apesar da dicção constitucional, defende a ministra que a menção expressa a homem e mulher não significa que a união entre pessoas de mesmo sexo não possa vir a ser fonte de iguais direitos. Dignidade implica liberdade, e a Constituição repudia tratamentos discriminatórios, elencando como objetivo da República a promoção do bem de todos.

O voto da ministra pode ser encarado como o típico posicionamento que adota uma mutação constitucional e a interpretação evolutiva. Na linha dos tópicos anteriores, é uma adoção da ideia de Constituição-viva.

No mesmo grupo, pode ser incluído o ministro Joaquim Barbosa, segundo o qual haveria um descompasso entre o mundo dos fatos e o universo do Direito, que deve considerar a progressiva abertura da sociedade para a realidade incontestável das uniões homoafetivas.

Completando o quadro, o ministro Ricardo Lewandowski assentou que o rol previsto no artigo 226 seria meramente exemplificativo. Diante do vácuo normativo, deve-se procurar reger a realidade social superveniente à vontade do constituinte, que se posicionou, no momento da Assembleia Nacional, contrariamente à união homoafetiva. Deve-se, para o ministro, retirar tais relações fáticas do plano da clandestinidade jurídica mediante um enquadramento no conceito abrangente de entidade familiar.

Constatando a evolução no trato da família desde o Código Civil de 1916, passando pelo estatuto da mulher casada (Lei 4.121/62), pelo divórcio implementado pela emenda

constitucional nº 9/77 e pela Lei 6.515/77, até a Constituição de 1988, enxerga o ministro Marco Aurélio uma progressiva abertura no conceito de família, com a inserção de outras formas alheias à tradicional. A homoafetividade é um fenômeno social visível, merecendo proteção do princípio da dignidade da pessoa humana.

Mais uma vez, adota-se uma interpretação funcional-evolutiva, contrariamente às intenções originalistas preconizadas pelos adversários do pragmatismo.

É fato que a possibilidade de interpretação conforme se convola numa decisão manipulativa de efeitos aditivos, e não mais constitui um fato de constrangimento ou estímulo ao *self restraint* do Supremo Tribunal Federal. Essa é uma das premissas utilizadas pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto. Haveria uma lacuna valorativa ou axiológica quanto ao sistema de proteção da união homoafetiva, o que demandaria uma proteção do Judiciário. Tratando-se de proteção dos direitos fundamentais, a falta de um modelo institucional incentivaria o quadro de discriminação. Acompanhando os demais ministros, divergiu quanto à fundamentação, calcando-se primordialmente nos direitos das minorias.

Fazendo menção ao passado colonial e ao registro de práticas sociais menos antigas que revelam um tratamento preconceituoso e discriminatório, o ministro Celso de Mello acompanha os demais integrantes do Tribunal. Realçando argumentos similares aos demais, enfatiza a proibição ao preconceito e à discriminação. Levanta o papel contramajoritário exercido pelo Judiciário, que deve salvaguardar o direito à busca pela felicidade e a consagração à dignidade da pessoa humana.

Acompanhando os demais, o ministro Cezar Peluso realçou a ausência de quadro normativo e o caráter não exaustivo das entidades familiares.

Há, assim, aqueles que adotam uma corrente explicitamente ampla do suporte fático, como os ministros Fux e Ayres Britto, e aqueles que o adotam implicitamente através do reconhecimento de uma interpretação evolutiva, funcional, de uma mutação constitucional. Longe do interpretativismo, a Corte adota uma corrente ampla.

Outro *leading case* que pode ser analisado sob o prisma da ordem espontânea e da ausência de tradição é o da ADI 3510/DF³⁰², em que o Supremo Tribunal Federal teve de se debruçar acerca da utilização de células-tronco embrionárias.

³⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa:** Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de biossegurança).

Diante da ausência de tradição no caso, o Judiciário analisou o problema à luz de uma interpretação ampla dos direitos fundamentais. Observem-se, no que interessa, os trechos da ementa:

[...] A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião *in vitro*, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". [...] Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello). III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. [...] **Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. [...]. A opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.** [...] O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou *in vitro*. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). [...] **O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidadao no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável".** Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero [...].

Possivelmente, apenas em obras de ficção científica se pensava na utilização de células-tronco embrionárias antes da Constituição de 1988. Não foi um tema que despertou, naquele momento, a atenção especial do constituinte. O caso é aqui colacionado para se demonstrar a insuficiência daquelas teorias que se calcam exclusivamente no respeito

inflexível aos precedentes. Como lidar com casos novos, relativos a avanços científicos, em que não há nenhum precedente judicial estabelecido? A vida, na riqueza de suas manifestações, não comporta taxatividade.

No caso analisado, o ministro Ayres Britto assentou que a Lei de Biossegurança, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das propriedades terapêuticas das células extraídas no embrião humano *in vitro*. Levantando o direito à saúde, previsto nos artigos 196 e 200, e à obrigatoriedade de sua garantia pelo Estado, defendeu a utilização de células-tronco embrionárias para o tratamento de doenças. Propôs uma conciliação entre o olhar pós-positivista do Direito e os imperativos da ética humanista e da justiça material. Calçou seu voto, também, na saúde e na livre expressão da atividade científica.

Tendo seguido o relator Ayres Britto, a ministra Cármen Lúcia realçou a singularidade das pesquisas com células-tronco. Levou em conta que, a despeito das diversas manifestações da comunidade científica, da acadêmica e da religiosa, preponderava na opinião pública a legítima presença daqueles que se viam como potenciais beneficiários dos resultados das pesquisas com células-tronco. O direito à vida, reconheceu, não se dota de conteúdo hermético, conferindo-se, no caso do Brasil, à sociedade a maturação do seu entendimento sobre questões relativas a nascimento.

Para ambos os ministros acima, há uma nítida adoção de suporte fático amplo, permitindo a conciliação entre valores concorrentes.

Para a ministra Ellen Gracie, não haveria ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos para pesquisas com células-tronco.

O ministro Menezes Direito entendeu que deveria ser feita uma interpretação conforme à Constituição para a Lei de Biossegurança, permitindo-se a pesquisa com células-tronco, mas sem a destruição dos embriões humanos viáveis.

Segundo o entendimento do ministro Ricardo Lewandowski, a concepção acerca do início da vida pode variar em razão da perspectiva gnosiológica adotada pelo observador. Permitindo as pesquisas, o ministro elencou uma série de condicionantes, num exercício de interpretação conforme à Constituição.

Há, como se percebe, a adoção implícita das correntes amplas nos votos dos ministros acima.

Para o ministro Eros Grau, o intérprete do Direito não se limita a compreender os textos, mas deve interpretar também a realidade, os movimentos dos fatores reais do poder e compreender o momento histórico no qual as normas da Constituição e as demais são produzidas. Devem-se levar em conta as forças sociais. Compreender é algo consubstanciado na experiência. Neste arcabouço, votou pela possibilidade de pesquisas com células-tronco, desde que obedecidos certos requisitos.

Em seu voto, o ministro Joaquim Barbosa acompanhou a relatoria quanto à permissibilidade para as pesquisas com células-tronco, ressaltando que não se devem fechar os olhos para o desenvolvimento científico e seus benefícios. O Direito deve acompanhar tal realidade.

Ambos os ministros, Eros Grau e Joaquim Barbosa, adotaram uma concepção evolucionista e uma interpretação funcional, possibilitando a abertura do ordenamento jurídico para a mutação constitucional.

O ministro Cezar Peluso acompanhou o relator. Para ele, o embrião não poderia vindicar expectativa de direito à vida, e a proteção que lhe assegura o ordenamento não confere direito subjetivo de evoluir e nascer.

Traçando uma evolução histórica acerca do início da vida, o ministro Marco Aurélio defendeu que as células-tronco não são substituíveis, para efeitos de pesquisa, por células-tronco adultas, já que estas últimas não se prestam a gerar tecidos nervosos ou formar neurônios. A ótica tradicional dos contrários às pesquisas não merece, na visão do ministro, prosperar, pois se distancia da noção humanístico-racional. A rejeição do tratamento com células-tronco dificultaria a vida daqueles que não possuem condições de buscar em outros centros a solução para as suas patologias. O ministro levou, explicitamente, em conta o pensamento da comunidade, citando pesquisas realizadas pelo Instituto Ibope que davam conta de 95% de apoio à utilização das células-tronco embrionárias.

Talvez tenha sido esse o posicionamento mais pragmático, ao levar em conta pesquisas de opinião pública, sentimento da comunidade e a resolução de problemas presentes e futuros, o voto do ministro Marco Aurélio representa um típico exemplo do pragmatismo jurídico.

Levantando a laicidade do Estado, o ministro Celso de Mello votou pela improcedência da ADI. Utilizou-se de mecanismos de ponderação para pender a favor do

interesse existencial titularizado por milhões de pessoas, cujas patologias podem ser tratadas com a liberação de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

O ministro Celso de Mello adotou, como se percebe, um raciocínio próprio da análise econômica do Direito, consequencialista, podendo ser enquadrado como pragmático jurídico no julgamento em questão.

Também votando pela constitucionalidade da Lei de Biossegurança, o Ministro Gilmar Mendes estabeleceu a necessidade de controle por um comitê central de ética e pesquisa. Muitas vezes, segundo relatou, o recurso às decisões interpretativas com efeitos modificativos da norma é a única solução viável para que o Tribunal enfrente a inconstitucionalidade no caso concreto sem recorrer a soluções simplistas que trariam consequências drásticas para a segurança jurídica e para o interesse social. O Supremo Tribunal Federal deve se livrar do dogma vetusto do legislador negativo, aliando-se à linha das decisões interpretativas com eficácia aditiva. Seria o caso de meramente se declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei de Biossegurança que tratam das pesquisas com células-tronco. Prejuízos irreparáveis poderiam daí advir.

Em outra situação, o Supremo Tribunal Federal teve de resolver conflito envolvendo direito ainda sem tradição judicial, numa mostra de que a evolução caminha não apenas nos conceitos jurídicos, mas nas categorias sociais. Tratou-se da chamada “marcha da maconha”, abordada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187³⁰³. O STF entendeu legítima a manifestação calcada no direito de reunião, preservando-se o respeito entre os interlocutores, sem a possibilidade de repressão dos organismos estatais, ainda que as ideias possam ser consideradas, pela maioria, como estranhas, insuportáveis, audaciosas.

Seguem os trechos mais relevantes da ementa:

“Marcha da Maconha”. Manifestação legítima, por cidadãos da república, de duas liberdades individuais revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim). (...) Vinculação de caráter instrumental entre a liberdade de reunião e a liberdade de manifestação do pensamento. (...) A liberdade de expressão como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma república fundada em bases democráticas. [...] **A proteção constitucional à liberdade de pensamento como salvaguarda não apenas das ideias e propostas prevaletentes no âmbito social, mas, sobretudo, como amparo eficiente às posições que divergem, ainda que radicalmente, das concepções predominantes em dado momento histórico-cultural, no**

³⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa:** e m e n t a: arguição de descumprimento de preceito fundamental - admissibilidade - observância do princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º) - Processo ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, DJE de 29-5-2014.

âmbito das formações sociais. O princípio majoritário, que desempenha importante papel no processo decisório, não pode legitimar a supressão, a frustração ou a aniquilação de direitos fundamentais, como o livre exercício do direito de reunião e a prática legítima da liberdade de expressão, sob pena de comprometimento da concepção material de democracia constitucional. A função contramajoritária da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. Inadmissibilidade da “proibição estatal do dissenso”. Necessário respeito ao discurso antagônico no contexto da sociedade civil compreendida como espaço privilegiado que deve valorizar o conceito de “livre mercado de ideias”. O sentido da existência do free marketplace of ideas como elemento fundamental e inerente ao regime democrático (AC 2.695 MC/RS, rel. min. Celso de Mello). A importância do conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções divergentes. **A livre circulação de ideias como signo identificador das sociedades abertas, cuja natureza não se revela compatível com a repressão ao dissenso e que estimula a construção de espaços de liberdade em obséquio ao sentido democrático que anima as instituições da república.** [...] (ADPF 187, rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, DJE de 29-5-2014) (Sem grifos no original).

Além de tratar com uma situação sem tradição consolidada, já que o Brasil, como já visto neste trabalho, saiu há poucas décadas de um regime militar no qual havia predomínio de literalidade na atividade interpretativa, o Supremo Tribunal adotou uma corrente ampla do suporte fático da liberdade de expressão.

Por ocasião do seu voto, o ministro Celso de Mello reconheceu que decisões judiciais podem afetar a integridade de preceitos fundamentais. A despeito da polissemia que o caso atrai, defendeu a superação do problema através de uma interpretação conforme à Constituição do artigo 287 do Código Penal, que criminalizaria a defesa da legalização das drogas ou demais substâncias entorpecentes, inclusive através de manifestações e eventos públicos. Decerto, houve a adoção de um suporte fático amplo da liberdade de reunião e de manifestação do pensamento. Haveria entre o direito de reunião e de manifestação do pensamento, de um lado, e o direito de participação dos cidadãos na vida política, de outro, um vínculo relacional. Não poderia o Direito, segundo o ministro, proibir ou limitar reuniões pacíficas, lícitas, em que não haja lesão ou perturbação da ordem pública. Posteriormente, e de forma contraditória, diz que a incitação ao ódio contra pessoa, povo ou grupo não estaria protegida pela liberdade de expressão, oscilando para uma concepção restritivista.

O ministro Luiz Fux reconheceu o razoável desacordo moral em torno do tema, o que recomendaria uma abordagem minimalista do Judiciário. O caminho mais escorreito seria o da deliberação democrática. Apesar do posicionamento inicial, evoluiu para reconhecer que a proteção constitucional à liberdade de expressão garante a livre emissão de opinião, inclusive

quanto à descriminalização de condutas, sendo essencial à autonomia privada do indivíduo. A repressão estatal acarretaria a clandestinidade da discussão. Adotando um suporte fático amplo das liberdades constitucionais, o ministro defendeu o mecanismo da ponderação como forma de resolver as colisões entre direitos.

Para a ministra Cármen Lúcia, a liberdade maior que se tem é a de expressão. A marcha não respeita ao consumo, mas apenas propõe que se permita a discussão, sendo uma demonstração de democracia.

Os ministros acima adotaram, explicitamente, uma corrente ampla do suporte fático do direito de reunião.

O ministro Ricardo Lewandowski aderiu ao voto do ministro Celso de Mello e ressaltou que a liberdade de reunião e expressão constitui um dos fundamentos do Estado democrático.

Caracterizando como de conteúdo aberto a liberdade de reunião, o ministro Ayres Britto entende-a como insuscetível de censura prévia. Essa observação é compatível com uma teoria ampla do suporte fático.

Diante da pluralidade das sociedades contemporâneas, o ministro Marco Aurélio entende que a legitimidade de uma norma deve ser extraída do processo de autolegislação, levado a efeito pelos próprios cidadãos. Repudia-se a instauração de órgãos censórios à liberdade de expressão pelo poder público.

Para o ministro Cezar Peluso, a liberdade de expressão é essencial para a criação e o funcionamento do *Market of ideas*. Não é uma liberdade absoluta, pois pode ser coibida quando se dirigir a incitar ou a desencadear ações ilegais iminentes.

Vê-se que o Supremo Tribunal Federal, no último caso analisado, adotou um suporte fático amplo explicitamente para o direito de reunião e para a liberdade de expressão do pensamento. Não houve maiores subdivisões dos ministros a esse respeito.

Os casos acima analisados reforçam a ideia aqui exposta de que a evolução do Direito demanda uma concepção ampla de suporte fático dos direitos fundamentais. E mais, o entendimento da Constituição enquanto moldura, conjugado com a natureza principiológica dos direitos fundamentais, é essencial para a dinâmica da ordem espontânea.

As formas interpretativas, em especial a funcional, a lógica do razoável, o próprio pragmatismo jurídico e os movimentos denominados ativistas judiciais são reflexos de uma

força incontrolável: o crescimento da ordem jurídica. Nisto, o papel do operador do Direito é fundamental, e a consciência dos mecanismos que atuam nessa complexa engrenagem permite uma atuação mais responsável, sem revelia às teorias que auxiliam na consolidação da ordem democrática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até quando uma geração pode determinar os destinos das gerações futuras? Podem os direitos fundamentais sofrer influxos de uma nova realidade, que permita acréscimo ao seu conteúdo inicialmente pensado? Os direitos fundamentais podem ter previamente excluídas do seu suporte fático condutas que se encontram no seu âmbito temático? Como adaptar o Direito a uma realidade cambiante?

Fala-se em descriminalização das drogas, clonagem, células-tronco embrionárias, marcha-da-maconha, discursos de ódio e uniões homoafetivas. Numa concepção originalista, ousa-se dizer que o constituinte não cogitou tais temas, ou até mesmo os repudiou. Era a tradição da época. Mereceriam essas temáticas o albergue dos direitos fundamentais e a atenção do Judiciário, mesmo diante da ausência de qualquer tradição consolidada? Ou seriam os direitos fundamentais imunes a essas influências, a exemplo de Ulisses, que se amarrou no mastro do navio para evitar sucumbir à tentação do canto das sereias? Aliás, seriam tais temas perigosos como o canto das sereias? Numa terra plural, com consenso dificultoso em temas difíceis como os citados, adotar uma corrente restritiva seria permitir que uma geração decidisse os destinos das demais.

Os pontos tratados no presente trabalho demonstram as oscilações que perseguem a doutrina brasileira quanto ao papel do Judiciário na resolução de casos em que transitam direitos fundamentais. Saindo de uma tradição silogística e de uma exegese meramente literal, o Estado-juiz precisou, em especial a partir do final da década de 80, lidar com um papel crescente em sua atuação, em termos qualitativos e quantitativos.

Vive-se uma falta de consenso em diversos temas e ela não se deve, apenas, à multiplicidade de quadros de referência, mas também à imaturidade de uma discussão que foi levantada apenas tardiamente, devido ao longo período ditatorial experimentado pelo Brasil ao longo do século passado. Período ditatorial este que retardou o amadurecimento de discussões jurídicas que já vinham sendo, naquela quadra histórica, travadas em ambientes mais democratizados.

O Direito evolui. Desta premissa não se afasta a maioria da doutrina. Evolui, muitas vezes, independentemente da atividade do Legislativo, que sofre de uma conhecida morosidade, solavancando o ritmo do Direito quando comparado com o ritmo do câmbio social. As raízes dessa evolução, a sua natureza jurídica e sua dinâmica são, comumente,

negligenciadas pela doutrina nacional. Repetir o mantra de uma interpretação evolutiva sem compreender como se dá o seu processo é permitir abusos, algo não defendido da presente pesquisa.

Em tempos de ativismo judicial reconhecido, de neoconstitucionalismo(s), o Estado-juiz desempenha um papel fundamental, especialmente diante da falha dos outros poderes em concretizar as promessas do texto constitucional. Desiludido, o cidadão parte do ambiente político para o ambiente jurídico, na busca de encontrar respostas adequadas aos crescentes problemas que se avolumam na sociedade. Problemas novos, que não foram objeto de preocupação pelo legislador histórico.

O pragmatismo, entendendo o Direito como uma forma de fazer valer o ideal comunitário de justiça, de acordo com o método sociológico atrás abordado, desempenha um relevante papel. Leis, princípios, precedentes, consequências das decisões e doutrina são levados em consideração, por serem potenciais fontes de uma resposta justa e adequada. Não são, contudo, fontes hermeticamente fechadas, que impeçam a atividade do intérprete-aplicador.

Como ordem espontânea, o Direito evolui, assim como evolui a linguagem. Esta evolução é implacável. Faz parte da ideia do Direito enquanto ordem jurídica justa. Essa ordem espontânea, apesar de evoluir autonomamente, convive com a ação humana, já que o julgador é responsável por manter a coerência da ordem com o sentimento de justiça da sociedade, ainda mais em casos que não foram objeto de prévia análise legislativa ou judicial. Casos novos, difíceis.

É na dinâmica do caso concreto, numa abordagem tópica, que se pode vislumbrar o desenvolvimento das diferentes correntes jurídicas. O raciocínio jurídico, especialmente quando trata com valores constitucionais, parte para um ambiente mais aberto, flexível e poroso, permissivo às adaptações necessárias para fazer com que o Direito caminhe, tanto quanto possível, atendendo às demandas da comunidade.

A apresentação da norma jurídica, neste ponto, criada no caso concreto, é feita como se ela fosse a única resposta correta, apesar de não necessariamente ser assim. A construção da norma no caso concreto, a sua abordagem tópica, muitas vezes, é uma abordagem anterior à lógica formal. Os tempos de formalismo foram superados e, hoje, preconizar o seu retorno é incidir em erro crasso. Em todos os países onde se verificou um progressivo avanço judicial

na interpretação do Direito, não houve recuo. Isso é um dado empírico reconhecido doutrinariamente.

A supremacia da Constituição não é nem pode ser apanágio para uma ditadura judicial, mas tampouco pode representar vinculação estrita a enunciados linguísticos e às intenções do legislador histórico. Os tempos de ativismo judicial encontram opositores aguerridos, bastando citar a escola da crítica hermenêutica do Direito.

Numa tentativa de blindar o Direito contra a discricionariedade judicial, Streck busca em Heidegger, Gadamer e Dworkin uma construção teórica que privilegia não apenas o giro linguístico, mas sobretudo o papel da tradição. Rejeitando objetivismos e subjetivismos, Streck busca obter o que chama de “resposta constitucionalmente adequada”.

O que não se pode perder de vista é que até mesmo os preconceitos legítimos estabelecidos como instrumental por Streck são margeados pela subjetividade. Ela é inescapável. As críticas ao ativismo e ao pragmatismo se utilizam de exemplos e abordagens extremadas, que não representam as posturas moderadas defendidas neste trabalho. Por mais que o julgador tente negar sua ideologia, muitas vezes ela se faz presente. E seja num perfil mediador, seja num perfil ativista moderado, como visto no trabalho, há uma marcante presença da subjetividade. O juiz faz parte da comunidade, sente seus influxos, respira seus novos ares e pode, também, mudar suas concepções.

A distinção entre juízos de fato e juízos de valor é uma distinção fraca. Dificilmente há juízos puros, porque toda a concepção de fatos de um sujeito já se encontra permeada pela sua subjetividade. E mais, a emissão de juízos de valor implica, na maioria das vezes, na sua mescla com dados empíricos. Se alguém fala que uma motocicleta é boa, pode ser porque é veloz, porque é atrativa ou porque é barata. Enfim, o juízo do julgador se baseia em elementos fáticos.

O grande ponto nevrálgico da doutrina crítica ao pragmatismo e ao ativismo é centrar-se no papel da tradição. O que deve ser feito, entretanto, em casos onde inexiste tradição constituída é um grande mistério, que não será resolvido sem apelo às tão repudiadas correntes adotadas neste trabalho.

Correntes procedimentalistas, que deixam à mercê dos processos políticos e das discussões populares as decisões acerca de temas polêmicos são construções doutrinárias respeitáveis, contudo desenvolvidas no seio da *common law*, onde não existe uma Constituição com a listagem de direitos fundamentais que a brasileira apresenta. Transferir, de

forma automática, as construções de países anglo-saxônicos, além de ignorar o conteúdo material da Constituição brasileira, representa transpor institutos com realidades econômica, social e jurídica distintas. Enquanto os países da *common law* já resguardaram as promessas básicas da modernidade, o Brasil ainda sofre com altos índices de subdesenvolvimento, concentração de renda e pobreza. O dirigismo constitucional, longe de ser superado, ainda é premente e necessário em terras brasileiras.

Ao fim, o Direito muda, seja fruto da atividade legiferante, seja fruto da judicatura. E a mudança permite e dá vez a um ativismo judicial moderado, ainda mais num país onde, repitam-se, os índices de desigualdade e pobreza atingem patamares alarmantes. Quando o povo perde a esperança no processo de mudança política, no poder do voto e na força da democracia representativa, parte em busca de uma cidadania jurídica que lhe conceda as promessas frustradas pelo campo político.

Negar esse papel ao Judiciário é negar a própria ideia de um dirigismo constitucional, dirigismo este que não se confunde com totalitarismo constitucional. A Constituição pode ter, sim, espaços onde haja uma concepção totalizante, como a dignidade da pessoa humana. Contudo, estes espaços devem conviver com espaços de moldura, em que se permita o respiro da ordem jurídica, aspirando ares das mudanças sociais.

As normas de direitos fundamentais possuem natureza principiológica. Este dado da corrente alexyana é fundamental para compreender que os direitos fundamentais não obedecem à lógica do tudo-ou-nada, mas passam por severos e constantes entrecortes, que só são resolvidos adequadamente mediante mecanismos de ponderação. Se os direitos fundamentais são ponderáveis e parece que este é um ponto inarredável, significa que podem ceder diante de conflitos apreciados em casos concretos, assegurando primazia a outros valores também constitucionais.

Nessa lógica, o Direito pode ser visto como um sistema de normas superáveis. Essa derrotabilidade, quando preenchidos os requisitos, pode adaptar normas às situações impensadas, caso elas se desviem da intenção legislativa, representando uma potencial injustiça.

Ademais, a Constituição abre margem, com sua linguagem porosa e suas normas finalísticas, para a discricionariedade judicial. Neste ponto, a corrente que sobressai é a que enxerga na Constituição uma ordem-moldura.

Compreender os direitos fundamentais com um suporte fático amplo é, igualmente, necessário para possibilitar uma evolução do Direito. As normas de direitos fundamentais não teriam exclusões prévias, ou entrechoques falsos, mas seriam abrangentes. É no caso concreto que o Judiciário consegue ponderar e vislumbrar uma solução adequada diante dos diversos valores em conflito. A corrente restritivista, ao contrário, significa um apelo à literalidade e à *mens legislatoris*, obstando a necessária plasticidade do Direito.

Por mais que seja sedutora a corrente de um suporte fático restrito, ela não atende às demandas de uma sociedade em crescente evolução. Claro que é atraente excluir, previamente, do suporte fático dos direitos fundamentais concepções que pareçam minoritárias ou repulsivas. Todavia, o consenso é raro, em temas morais como aborto, guerra contra as drogas, células-tronco. Se a falta de consenso é explícita, significa que a maioria que hoje impera pode, num futuro não tão distante, ser superada. E caso haja uma corrente restritiva de direitos fundamentais, essa superação ou evolução não receberá albergue do Direito. Adotar a corrente restritiva do suporte fático dos direitos fundamentais é permitir que Ulisses se amarre ao mastro, evitando o suposto canto das sereias, mas ali permaneça preso, mesmo diante da passagem do tempo e dos perigos.

Tudo se completa com uma interpretação funcional, que permite ao operador do Direito realizar um verdadeiro processo de atualização. Se a norma jurídica de decisão é construída no caso concreto, torna-se maleável ao ponto de permitir os influxos de novos valores e atender às necessidades prementes.

O Supremo Tribunal Federal, como órgão responsável pela última palavra em termos de hermenêutica constitucional, tem aplicado, por diversas vezes, um suporte fático amplo e permitido verdadeiros processos de mutação constitucional. E a mutação, por meio da interpretação constitucional, é um fato inequívoco, empírico, implacável do Direito. Longe de correntes originalistas, o Judiciário brasileiro tem admitido as interpretações evolutivas e caminhado, a passos largos, para a adaptação do Direito às demandas sociais. Este papel não agrada a todos, mas o que agrada, em tempos de pós-modernidade e ausência de consenso?

Todos esses argumentos são não apenas cabíveis, mas imprescindíveis na compreensão do papel do aplicador do Direito na resolução de problemas que não possuam uma tradição constituída.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; NERY JÚNIOR, Nelson. Noções fundamentais sobre pós-positivismo e Direito. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015.

ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo: diálogos entre discricionariedade e democracia. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. V. 7. São Paulo RT, 2015.

ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living Constitution. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, v. 120, n. 7, p. 1738-1812, maio 2007. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/pdfs/ackerman.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2014.

_____. ADEODATO, João Maurício. Origens forenses da retórica: bases históricas para uma perspectiva realista. In: SARLET, Ingo Wolfgang, et. al. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

ALEMANHA. Tribunal Constitucional. Basic rights are primarily to protect the citizen against the state, but as enacted in the Constitution (GG) they also incorporate an objective scale of values which applies, as a matter of constitutional law, throughout the entire legal system. The substance of the basic rights is expressed indirectly in the rules of private law, most evidently in its mandatory provisions, and is best effectuated by the judges' use of the general clauses. Basic rights may be infringed by a judicial decision, which ignores the effect of basic rights on private law (§ 90 Act on Constitutional Court Procedure (BVerfGG)). Judicial decisions on private law are subject to review by the Constitutional Court, only in respect of such infringements of basic rights, not for errors of law in general. Rules of private law may count as 'general laws' which may restrict the basic right of freedom of expression under Art. 5 II GG. Such 'general laws' must be interpreted in the light of the especial significance in a free democratic state of the basic right to freedom of expression. The basic right in Art. 5 GG protects not only the utterance of an opinion as such, but also the effect it has on others. The expression of an opinion favouring a boycott does not necessarily infringe proper conduct (boni mores) under § 826 BGB; depending on all the circumstances such an expression may be justified as a matter of constitutional law. **BVerfGE 7, 198I. Senate (1 BvR 400/51) Lüth-decision. 15.1.1958**. Tradução: Tony Weir. Texas law. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/case.php?id=1369>>. Acesso em 30.3.2017.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Teoria Discursiva do Direito**. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. Direito constitucional e direito ordinário: jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: **Revista dos Tribunais**, vol. 809/2003, p. 54-73, mar./2003.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANTIEAU, C. J. Constitutional construction: a guide do the principles and their application. **Notre Dame Law Review**, Notre Dame, Indiana, v. 51, n.3, p. 358-395, jan. 1976.

Disponível em:

<<https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2705&context=ndlr>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

AQUINO, Thiago. Tradição histórica e reflexão crítica: notas sobre o debate entre Habermas e Gadamer. In: **Veritas**, v. 57, n. 3, set./dez. 2012, p. 53-73.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Princípio da eficiência. In: SUNDEFELD, Carlos Ari; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Doutrinas essenciais de Direito administrativo**. Vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAÚJO, Helena de Lima Marinho Rodrigues. Os modos de existência do Dasein: inautenticidade e autenticidade em Ser e Tempo. **Kalagatos** - Revista de Filosofia do Mestrado Acadêmico em Filosofia da UECE, Fortaleza, CE, v. 2, n. 3. p. 39-54, 2005.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2007.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes e casos difíceis**: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Curitiba: Juruá, 2014.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BBC News. Homens têm direito a decidir sobre o aborto? BBC Brasil. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39091916>>. Acesso em: 25.3.2017.

BECHT, Arno C. Review of “an introduction do legal reasoning”, by Edward Levi. **Washington University Law Review**, Saint Louis, Missouri, v. 1950, n.3, p. 464-465, 1950. Disponível em: <https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3765&context=law_lawreview>. Acesso em: 03 jun. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Editora Unesp, 2016.

_____. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 20016

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista. Empregado portador do vírus HIV. Dispensa imotivada. Discriminação. **Processo RR 23955120115020081**. Órgão Julgador: 1ª Turma. Publicação: DEJT 05/06/2015. Julgamento: 27 de maio de 2015. Relator Min. Walmir Oliveira da Costa.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 443**. Dispensa discriminatória. Presunção. Empregado portador de doença grave. Estigma ou preconceito. Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-443>. Acesso em: 23.3. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Reclamação. Decisão reclamada que determinou a supressão de matéria jornalística publicada. **Processo Rcl 18290 RJ** – Rio de Janeiro 9997171-40.2014.1.00.0000. Publicação: DJe-038 01/03/2016. Julgamento: 24/2/2016. Relator Min. Luiz Fux.

_____.Supremo Tribunal Federal. Ementa: recurso ordinário em habeas corpus. direito penal. crime de racismo religioso. Tribunal Pleno, julgado em 17/9/2003, **Processo RHC 134.682**. Relator Min. Edson Fachin. Julgamento: 29-11-2016, 1ª Turma. Publicação: DJE de 29-8-2017.

_____.Supremo Tribunal Federal. EMENTA: reclamação. Constitucional. Descumprimento de julgado do Supremo Tribunal Federal no recurso ordinário em mandado de segurança n.

23.036. **Processo Rcl 11949 / RJ**. Relatora Min. Carmen Lúcia. Julgamento: 16/3/2017. Publicação: DJe 15/8/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa: 1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). **Processo ADI 4277/DF**. Relator min. Ayres Britto. Julgamento: 5/5/2011. Órgão julgador: Tribunal pleno. Publicação: DJe-198 13/10/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa: Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de biossegurança). **Processo ADI 3510 /DF**. Relator Min. Ayres Britto. Julgamento: 29/5/2008. Órgão julgador: Tribunal pleno. Publicação: DJe-096 27-5-2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ementa: ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental - admissibilidade - observância do princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º) - **Processo ADPF 187**, rel. min. Celso de Mello, j. 15-6-2011, P, DJe de 29-5-2014.

_____. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 20.6.2017.

_____. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 20.6.2017.

_____. **Decreto-lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 1.8.2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CALABRESI, Steven Gow. Friedrich A Hayek, the U.S. Constitution, and institutional design. **Arizona State Law Journal**, Phoenenix, Arizona, v. 48, n. 1, p. 231-240, 2016. Disponível em: < http://arizonastatelawjournal.org/wp-content/uploads/2016/04/Calabresi_Final.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Explicando o avanço do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. In: CLÈVE, Clemerson Merlin; FREIRE, Alexandre. **Direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. Rever ou romper com a Constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, vol. 15, p. 7-17, abr./jun. 1996.

CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 4ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

CATÃO, Adrualdo de Lima. Considerações sobre a aproximação entre pragmatismo e positivismo jurídico. In: CATÃO, Adrualdo de Lima; NETTO, Antonio Alves Pereira; MONTEIRO, Vítor de Andrade. **Filosofia do Direito na contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do Direito e conectividades**. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. Direitos sociais e o pragmatismo jurídico: do caso Lockner à proibição do retrocesso social. **Revista jurídica da Presidência**, Brasília, DF, v. 16, n.109, p. 467-492, 2014.

CARDOZO, Benjamin N. **A natureza do processo judicial**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

CORDEIRO, Carla Priscilla Barbosa Santos. O princípio da eficiência administrativa. CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Direito administrativo inovador**. Curitiba: Juruá, 2015.

DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies: Change in the Common Law: Legal and Economic Perspectives**, Chicaco, Il., v.9, n.2., p. 191-226, mar. 1980. Disponível em <<http://www.jstor.org/stable/724129>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

_____. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

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

_____. **Taking rights seriously**. Nova Iorque: Bloomsburry Academic, 2013.

EASTERBROOK, Frank H. Pragmatism's role in interpretation. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, Massachusetts, v. 31, n. 3, p. 901-906, 2008. Disponível : <

https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9994&context=journal_articles>. Acesso em: 05 mar. 2017.

EBEINSTEIN, Alan. **Friedrich Hayek: a biography**. Chicago: University of Chicago Press, 2003.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FAZIO, César Cipriano de. Panorama sobre o ativismo judicial e a judicialização da política no Direito brasileiro. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista. In: STRECK, Lenio Luiz; et al. **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito constitucional**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERRAZ, Ana Candida da Cunha. **Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. 2ª ed. Osasco: Edifício, 2015.

FLEMING, James E. A critique of John Hart Ely's quest for ultimate constitutional interpretativism of representative democracy. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, Michigan, v. 80, n. 4, p. 634-651, 1982. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/1288227>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal. In: SUNDEFELD, Carlos Ari; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). **Doutrinas essenciais de Direito administrativo**. Vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FREITAS, Lorena. As bases do realismo jurídico norte-americano no pragmatismo filosófico. In: FEITOSE, Enoque, et al. (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos: volume 2**. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

FRIEDMAN, Richard D. Cardozo the [Small r] realist. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, Michigan, v. 98, n. 6, p. 1738-1765, 2000. Disponível em: < <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1010&context=reviews>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos**: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas**: justiça e democracia. Lisboa: Piaget Editora, 1996.

G1. Nasce 1º bebê por nova técnica de fertilização com três pais. G1, São Paulo Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2016/09/nasce-1-bebe-por-nova-tecnica-de-fertilizacao-com-tres-pais-diz-revista.html>>. Acesso em: 25.3.2017.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GRONDIN, Jean. Introdução à Hermenêutica Filosófica. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

HAACK, Susan. O crescimento do significado e os limites do formalismo: perspectivas pragmatistas na ciência e no direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo** jurídico: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

HAYEK, Friedrich August von. **Direito, legislação e liberdade**: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política – vol. 1 – normas e ordem. São Paulo: Visão, 1985.

_____. **The road to serfdom**: the definitive edition. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**: Parte I. 15ª ed. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Vozes, 2005.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, v. 10, n. 8, p. 457-478, mar. 1897. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/1322028.pdf?refreqid=excelsior:1d265a3cfd782eed53ae8ec364be0a8f>>. Acesso em: 03 jun.2016.

_____. **The common law**. Londres: Macmillan & CO., 1882.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito constitucional: neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015.

HUTCHINSON, Allan C. A hard core case against judicial review. **Harvard Law Review Forum**, Cambridge, Massachusetts, v. 121, n. 57, p. 57-64, 2008. Disponível em: <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2036&context=scholarly_works>. Acesso em: 11 nov. 2016.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. Ativismo judicial, discricionariedade e controle: uma questão hermenêutica? In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costume**: contendo a doutrina do direito e a doutrina da virtude. São Paulo: Edipro, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KENNEDY, Duncan. Formalismo jurídico. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). **A justificação do formalismo** jurídico: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Izquierda y derecho**: ensayos de teoria jurídica crítica. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2010.

KRELL, Andreas Joachim; KRELL, Olga Jubert Gouveia. A importância do raciocínio retórico-tópico para uma melhor compreensão da dinâmica da argumentação jurídica na contemporaneidade. In: **Quaestio Iuris**, vol. 9, n. 1, Rio de Janeiro, 2016.

KRELL, Andreas Joachim. Entre desdém teórico e aprovação na prática: os métodos clássicos de interpretação jurídica. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, 2014, vol. 10, n. 1. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/entre-desdem-teorico-aprovacao-pratica-metodos-classicos-de-interpretacao>, p. 295-320.

_____. Para além do fornecimento de medicamentos para indivíduos: o exercício da cidadania jurídica como resposta à falta de efetivação dos direitos sociais: em defesa de um ativismo judicial moderado no controle de políticas públicas. In: In: FEITOSA, Enoque, et. al. (org.). **O judiciário e o discurso dos direitos humanos**: volume 2. Recife: Editora Universitária da UFPE, 2012.

_____. A hermenêutica ontológica de Martin Heidegger, o seu uso da linguagem e sua importância para a área jurídica. In: **Revista brasileira de estudos políticos**, Belo Horizonte, n. 113, p. 101-147, jul./dez., 2016.

_____. **Discrecionabilidade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 60-109.

LANGONE, Richard. The Science of sociological jurisprudence as a methodology for legal analysis. **Touro Law Review**, Long Island, NY, v. 17, n. 4, p. 769-800, mar.2016. Disponível em: <
<https://digitalcommons.tourolaw.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=1659&context=lawreview>>. Acesso em: 05 set. 2017.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Leme/SP: EDIJUR, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos fundamentais? In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZZON, Carlos Luiz. **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Jurisdição constitucional aberta**: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEE, Orlan. The law of a free Society emerges like the laws of economics: F.A. Hayek from the Road to serfdom to Law, legislation and Liberty. **New York University Journal of Law & Liberty**, Nova Iorque, v. 1, n. 0, p. 17-34, 2005. Disponível em: <
http://migration.nyulaw.me/sites/default/files/ECM_PRO_060883.pdf>. Acesso em: 10 out. 2016.

LEITE, George Salomão; OLIVEIRA, Frederico Antonio Lima de. Constituições vivas e moralmente reflexivas como fatores de importância para uma interpretação constitucionalmente legítima. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional – uma análise na perspectiva da Constituição federal de 1988. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Malheiros, 2005.

LEWELLEN, Ted C. **Introducción a la antropología política**. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 1985.

LIMA, Danilo Pereira. **Constituição e poder: limites da política do Estado de Direito**. Porto Alegre: livraria do Advogado Editora, 2015.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da Decisão Judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARGRAF, Alencar Frederico; TEIXEIRA, Marcelly Costa. Decisões judiciais: entre o ativismo do Judiciário e a judicialização da política. In: Revista dos Tribunais, vol. 977/2017, p. 213-240, mar./2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MONTEIRO, Vítor de Andrade. O critério da eficiência na efetivação do direito social à moradia adequada. In: CATÃO, Adrualdo de Lima; NETTO, Antonio Alves Pereira; MONTEIRO, Vítor de Andrade (Coord.). **Filosofia do Direito na contemporaneidade: pragmatismo jurídico, análise econômica do Direito e conectividades**. Curitiba: Juruá, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MULLER, Friedrich. **Metodologia do Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Teoria estruturante do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOVICK, Sheldon M. Holmes's constitutional jurisprudence. **Southern Illinois University Law Journal**, Buffalo, NY, v. 18, n. 2, p. 347-356, 1994. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/siulj18&div=21&id=&page=>>>. Acesso em: 11 set. 2016.

_____. Holmes's path, Holmes's goal. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, v. 110, n. 5, p. 1028-1032, 1996. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hlr110&div=52&g_sent=1&casa_token=>>. Acesso em: 11 set. 2016.

OGUS, A. I. Law and spontaneous order: Hayek's contribution to legal theory. **Journal of Law and Society**, Cardiff, Wales, v. 16, n. 4, p.393-409, 1989. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jlsocty16&div=37&id=&page=>>>. Acesso em: 10 out. 2016.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Portugal: Edições 70, 2006.

PATTERSON, Edwin W. Cardozo's philosophy of law. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, PA, v. 88, n. 1, p. 71-91, nov. 1939. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9058&context=penn_law_review>. Acesso em: 05 ago. 2016.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. O Direito ao meio ambiente e a Constituição de 1988: diagnósticos e perspectivas. In: MILARE, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Doutrinas essenciais de Direito ambiental**. Vol. 1. São Paulo: RT, 2011.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martin Fontes, 2012.

_____. The path away from the law. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachusetts, v. 110, n. 5, p. 1039-1043, 1997. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/hlr110&div=54&id=&page=>>>. Acesso em: 02 set. 2016.

_____. **Para além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Problemas de filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. Hayek, law, and cognition. **NYU Journal of Law and Liberty**. Nova Iorque, v. 1, n. 0, p. 147-166, 2005. Disponível em <http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/ECM_PRO_060888.pdf>. Acesso em: 15.10.2016.

_____. The rise and fall of judicial self-restraint. **California Law Review**, Berkeley, CA, v. 100, n. 3, p. 519-556, jun. 2012. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=californialawreview>>. Acesso em: 15 set. 2016.

_____. Democracy and distrust revisited. **Virginia Law Review**, Charlottesville, VA, v. 77, p. 641-652, 1991. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2890&context=journal_articles>. Acesso em: 10 mar. 2018.

_____. Book review (reviewing Jeremy Waldron, law and disagreement). **Columbia Law Reviews**, Nova Iorque, NY, v. 100, p. 582-592, 2000. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=5109&context=journal_articles>. Acesso em: 10 mar. 2018.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. **A normatividade dos fatos**. João Pessoa: Vieira Livros, 2003.

RAWLS, John. **Political liberalism**. Nova Iorque: Columbia University Press, 2005.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer. **Natureza Humana**. São Paulo, v. 14, n. 2, p. 14-36, 2012. Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-24302012000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 15.10.2016.

RIPERT, Georges. Evolução e progresso do Direito. In: CALAMANDREI, Piero. et. al. **A crise da justiça**. Belo Horizonte Ed. Líder, 2003.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Ativismo judicial e direito à saúde: o direito consiste nas profecias do que de fato farão os Tribunais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Direitos fundamentais, democracia entre reforma e mutação constitucional – uma análise na perspectiva da Constituição federal de 1988. **Jurisdição e hermenêutica constitucional**: em homenagem a Lenio Streck. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017.

SCALIA, Antonin. Morality, pragmatism and the legal order. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Cambridge, Massachusetts, v. 9, n. 1, p. 123-128, 1986. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hjlpp9&div=26&g_sent=1&casa_token=>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

SCHMIDT, Lawrence K. **Hermenêutica**. Trad. Fábio Ribeiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

SCHWARZ, Joan. Oliver Wendell Holmes's "The Path of the Law": conflicting views of the legal world. **American Journal of Legal History**, Oxford, MI, v. 29, n. 3, p. 235-250, jul. 1985. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/844757?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 ago. 2016.

SICHES, Luis Recasens. **Tratado general de filosofia del derecho**. 19ª ed. México: Editorial Porrúa, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação constitucional e sincretismo metodológico. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A constitucionalização do direito**: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Direitos fundamentais e suporte fático: notas a Virgílio Afonso da Silva. In: **Revista de direitos e garantias fundamentais**, vitória, n. 6, p. 67-80, jun./dez. 2009.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Neoconstitucionalismo. In: CLÈVE, Clemerson Merlin (org.). **Doutrinas essenciais de direito constitucional**. Vol. 7. São Paulo RT, 2015.

SOLUM, Lawrence B. Originalism and constitutional construction. **Fordham Law Review**, Nova Iorque, NI, v. 82, p. 453-537, 2013. Disponível em: < <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2310&context=facpub>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza. Teoria da Constituição, democracia e igualdade. In: BERCOVICI, Gilberto. Et al. **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SMITH, Robert S. The hayekian judge. **New York University Journal of Law & Liberty**, Nova Iorque, NI, v. 6, n. 3, p. 393-408, 2012. Disponível em: < http://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/nyujlawlb6§ion=16> Acesso em: 13 ago. 2016.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a Consumação da Hermenêutica. In: STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio (org.). **Hermenêutica e Epistemologia**: 50 anos de verdade e método. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRAPPAZON, Carlos Luiz; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Problemas de teoria e de prática de ativismo político e tutela de direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; GOMES, Eduardo Biacchi; STRAPAZON, Carlos Luiz. **Direitos humanos e fundamentais na América do Sul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de críticas hermenêutica do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____. Neoconstitucionalismo, Positivismo e Pós-Positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)Constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNSTEIN, Cass; HOLMES, Stephen. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** Nova Iorque: W.W. Norton & Company, 1999.

TAMANHA, Brian Z. Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo. **A justificação do formalismo** jurídico: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (coord.). **The global expansion of judicial power.** Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (coord.). **The global expansion of judicial power.** Nova Iorque: New York University Press, 1995.

TERREL, Timothy P. The art of legal reasoning and the angst of judging: of balls, strikes, and moments of truth. **Northwestern Journal of Law & Social Policy**, Chicago, IL, v. 8, p. 35-88, 2012. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1097&context=njls>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

TOLEDO, Raphaela Sant'Ana Batista. A análise econômica do Direito: contributos e limites da vertente de análise pragmática de Richard Posner ao Direito & Economia. In: CATÃO, Adrualdo de Lima; NETTO, Antonio Alves Pereira; MONTEIRO, Vítor de Andrade (Coord.). **Filosofia do Direito na contemporaneidade:** pragmatismo jurídico, análise econômica do Direito e conectividades. Curitiba: Juruá, 2014.

TORRES, Márcio Roberto. A participação popular como critério de eficiência administrativa: por uma concepção democrático-deliberativa além do eficientismo econômico. In: CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. **Direito administrativo transformador.** Curitiba: Juruá, 2017.

TUSHNET, Mark. Against judicial review. **Harvard Law School Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, Cambridge, Massachusetts, paper n. 9-20, 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1368857>. Acesso em: 19 ago. 2016.

ULLMANN, Reinholdo Aloysio. **Antropologia:** o homem e a cultura. Petrópolis: Vozes, 1991.

VALLINDER, Torbjorn. When the courts go marching in. In: The global expansion of judicial power: the judicialization of politics. In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn (coord.). **The global expansion of judicial power**. Nova Iorque: New York University Press, 1995.

VETTER, Jan. The Evolution of Holmes, Holmes and Evolution. **California Law Review**, Berkeley, CA, v. 72, n. 3, p. 343-368, mai. 1984. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2098&context=californialawreview>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação jurídica**: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford: Clarendon Press, 1999.

WELLS, Catharine Pierce. Old-fashioned postmodernism and the legal theories of Oliver Wendell Holmes. **Brooklyn Law Review**, Brooklyn, NI, v. 63, n. 1, p. 59-86, 1997. Disponível em: <<http://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1472&context=lsfp>>. Acesso em: 03 set. 2016.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

ZYWICKI, Todd J.; SANDERS, Anthony B. Posner, Hayek, and the economic analysis of Law. **Iowa Law Review**, Iowa, IA, v. 93, n. 2, p. 559-603, fev. 2008. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957177>. Acesso em: 15 out. 2016.