

3. A HERMENÊUTICA PÓS-POSITIVISTA COMO NOVO PARADIGMA

3.1. O Papel do Intérprete na Concepção do pós-positivismo

3.3.1. O Juiz Hércules de Ronald Dworkin

O romancista em cadeia terá que enfrentar no decorrer da interpretação muitas decisões difíceis, e cada um adotará uma posição diferente. O Direito como integridade pede ao juiz que examine a questão como um autor em cadeia. Para consolidar o entendimento, Ronald Dworkin cria um juiz dotado de capacidade e paciência sobre-humanas, que trabalha com perfeição o Direito como integridade: O juiz Hércules.

Hércules na mitologia grega é filho de Zeus com uma mortal, é um semideus, o grande herói. Como penitência por ter matado sua primeira esposa foi obrigado a cumprir doze trabalhos, o qual executou com excelência. Provavelmente a nomenclatura adotada por Ronald Dworkin para denominar o juiz perfeito advinha do semideus que executa o “trabalho de interpretação” com o mesmo empenho do herói grego.

Para o Direito como integridade importa mais as perguntas, o processo hermenêutico, do que as respostas, segundo Ronald Dworkin:

Você poderia, por exemplo, rejeitar os pontos de vista de Hércules sobre até que ponto os direitos das pessoas dependem das razões que juízes anteriores apresentam para seus vereditos, tendo em vista o cumprimento desses direitos, ou poderia não compartilhar seu respeito por aquilo que chamarei de “prioridade local” nas decisões relativas à aplicação do “common law”. Se você rejeitar esses pontos de vista distintos por considerá-los pobres enquanto interpretações constitutivas da prática jurídica, não terá rejeitado o direito como integridade: pelo contrário, ter-se-á unido a sua causa.¹¹²

Hércules é um juiz criterioso e metódico, escolhe inúmeras hipóteses dos casos precedentes para alcançar a melhor interpretação, segue a interpretação do que fizeram os outros juízes que os mostre agindo da maneira que ele aprova. O Direito deve ser estruturado por um conjunto de princípios de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo. Quando o juiz reconhece a interpretação integrativa

¹¹² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2.ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 287

resolve os *hard cases* dentro de um conjunto coerente de princípios, respeitando a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina de sua comunidade.

Claro que há um limite para a interpretação, que afasta a concepção pessoal do juiz do que ele acredita ser justiça. O Juiz que reconhece o Direito como integridade entende que a verdadeira história política de sua comunidade impede suas próprias concepções políticas. Trata-se do respeito à história e aos outros “romancistas em cadeia” ao qual se refere Ronald Dworkin:

Mas o julgamento político que ele deve fazer é em si mesmo complexo e, as vezes, vai opor uma parte de sua moral política a outra: sua decisão vai refletir não apenas suas opiniões sobre a justiça e a equidade, mas suas convicções de ordem superior sobre a possibilidade de acordo entre esses ideais quando competem entre si.¹¹³

Ao longo da carreira o juiz acaba desenvolvendo uma concepção funcional individualizada que se baseará, muitas vezes de maneira automática, para decidir um caso concreto, que para ele refere-se a uma questão instintiva e não de análise.

Mesmo assim, enquanto críticos podemos impor uma estrutura a sua teoria funcional, ao isolar seu método empírico sobre adequação – sobre a importância relativa da coerência com a retórica do passado e a opinião pública, por exemplo – e suas opiniões sobre a justiça e a equidade.¹¹⁴

Não existe conflito entre justiça e equidade se os juízes agirem de acordo com sua comunidade. Porém, nada impede que um juiz apesar de respeitar a opinião da maioria, ou seja, da comunidade, torne tal exigência menos rígida, principalmente quando questionados os direitos constitucionais.

Na teoria da integridade do Direito de Ronald Dworkin percebe-se um avanço maior no campo da hermenêutica, especialmente considerando os casos de ativismo judicial, uma vez que, o juiz pode evoluir o direito quando a lide versar sobre Direito Constitucional. Entretanto, há o limite estabelecido pela continuidade do Direito, pela observância dos argumentos políticos da comunidade, não é permitida a livre convicção da decisão sem precedentes e sem critérios.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2.ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 306

¹¹⁴ *Ibidem*. p. 306

3.3.2. Os Juízes do Olimpo de François Ost

O juiz concebido por Ronald Dworkin que consegue trabalhar com a interpretação íntegra do Direito, é denominado de Hércules. François Ost apresenta mais duas categorias de juízes: Júpiter e Hermes. Existe uma crise dos modelos existentes e os juízes não conseguem decidir qual método seguir. Qual seria o modelo mais adequado para a pós-modernidade? É a pergunta que Ost tentará responder.

O autor identifica o Direito jupiteriano, que segue o modelo da pirâmide kelsiana, positivo, sempre partindo de cima para baixo. Como resposta a rigidez do juiz Júpiter, surge o segundo modelo, o juiz Hércules, que utiliza a pirâmide invertida, é o juiz semideus que trabalha com o Direito jurisprudencial, será a decisão e não a lei que cria autoridade. O juiz Júpiter nada mais é do que o modelo inspirado na teoria pura do direito que parte sempre da norma geral, criada pelo legislador, para chegar à norma individual.

Mas, o modelo de juiz que realmente interessa para Ost é o Hermes. Hermes na mitologia é o mensageiro dos deuses, sempre em movimento, está tanto no céu, quanto na terra, como no inferno, é o deus dos comerciantes auxilia nas negociações, conecta os vivos com os mortos, é o grande comunicador, mediador. Sem dúvida é o juiz pós-moderno, conforme François Ost:

Si la montaña o la pirámide convenian a la majestade de Júpiter, y el embudo al pragmatismo de Hércules, em cambio, la trayectoria que dibuja Hermes adopta la forma de una red. No tanto um polo ni dos, ni incluso la superposición de los dos, sino una multitud de puntos em interrelación. Um campo jurídico que se analisa como uma combinación infinita de poderes, tan pronto separados como confundidos, a menudo incambiables; uma multiplicación de los actores, uma diversificación de los roles, uma inversión de las réplicas.¹¹⁵

Hermes aparece no pensamento jurídico de outros autores, inclusive de Ronald Dworkin, que entende que se trata do juiz que interpreta a lei em função do legislador, ao contrário do que propõe Ost.

O juiz Júpiter e o que todos conhecem, é aquele modelo clássico aprendido nos bancos das Universidades que segue o Direito codificado. A inspiração desse

¹¹⁵ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez*. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf?portal=4> Acesso em 07/10/2012. p. 172

juiz geralmente é baseada em Licurgo, Sólon, Justiniano, Rousseau. A racionalização do modelo jupiteriano chega às Constituições modernas, o problema é que a simplificação racional da matéria jurídica, sem preocupação com a evolução da sociedade.

Na opinião de Ost o modelo codificado acarreta quatro colorários: o monismo jurídico, o monismo político, a racionalidade dedutiva e linear e a concepção do tempo ordenado para um futuro controlado. “Si embargo, si es verdad que hemos entrado resueltamente en la era de la complijidad, puede sospecharse que el paradigma de la pirámide y del código ha entrado en una profunda crisis.”¹¹⁶

“Nunca nada será perdonado al juez asistencial de hoy”.¹¹⁷ O herói Hércules é perdoado por sua falta cumprindo os doze trabalhos impostos. O juiz Hércules não é muito diferente do semideus da mitologia, ele está presente em todas as frentes, aplica inclusive as leis, bem como a jurisprudência. “En el precontencioso aconseja, orienta, previene; en el postcontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades.”¹¹⁸ O juiz Hércules é o engenheiro social.

O juiz perfeito na construção de François Ost é o Hermes. Juiz que trabalha com o Direito em rede que não se reduz a improvisação, nem a simples determinação de uma regra superior. Entretanto, não consegue encaixar esse modelo de juiz na realidade, assim como Ronald Dworkin, também reconhece que o juiz Hércules ainda não existe por completo, é apenas um ideal e Ost afirma:

Un día u outro, Hermes será constreñido a decidir. Nadie sabe como lo hará. Se puede, sin embargo, desear que él, el virtuoso de los juegos del lenguaje, se acuerde de que cada uno de ellos tiene su especificidad y de que, concretamente, no corresponde al juego del Derecho ir a remolque del juego de la ciencia. Derecho y ciencia constituyen la inaccesible realidad según sus propios paradigmas.¹¹⁹

¹¹⁶ OST, François. *Júpiter, Hércules, Hermes: Tres Modelos de Juez*. Disponível em: <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/public/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf?portal=4> Acesso em 07/10/2012. p. 175

¹¹⁷ *Ibidem*. p. 176

¹¹⁸ *Ibidem*. p.176

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 194

A crescente discussão sobre o ativismo judicial enseja uma reflexão sobre a importância que o Judiciário adquiriu na última década. A sociedade por uma falha sistêmica ficou desamparada, o Legislativo não conseguiu acompanhar as transformações ocorridas, o Direito não podia ficar estanque diante de situações que necessitavam de tutela.

A concepção positivista permite apenas uma visão pejorativa do tribunal ativista, pois há uma usurpação de função. A interpretação autêntica é somente a do legislador que produz a norma geral. Mas será que essa interpretação não está arraigada de vícios e de conluios políticos que nem sempre atendem a sociedade, e sim um pequeno grupo de pessoas?

A teoria pura do Direito de Hans Kelsen com o passar dos anos não consegue refletir a realidade, porque a lei não avança no mesmo tempo que as complexidades da vida pós-moderna. Sua teoria continua muito presente, e é importante, só que insuficiente.

Sem pormenorizar todas as escolas hermenêuticas, tentou-se compreender através do pensamento desses três autores de destaque um possível caminho para uma interpretação mais justa e adequada. Robert Alexy utiliza a ponderação como um mecanismo para solucionar conflitos de direitos fundamentais, sem que a decisão seja uma mera liberalidade do julgador. Como um juiz poderá tomar uma decisão tão importante, em que um direito fundamental será utilizado predominantemente sobre outro, sem que exista um instrumento racional para chegar neste entendimento? Esse é o ponto central do artigo: a necessidade de instrumentos racionais para chegar numa decisão, tem que existir um limite para o intérprete.

Ronald Dworkin propõe um método de interpretação extremamente coerente, sua visão sobre a integridade do Direito parece ser a mais adequada para o mal estar gerado pelo ativismo judicial, até porque a origem do ativismo é do sistema do *common law*, não dá para ignorar essa característica.

O ativismo cria um precedente com força normativa, então, nada mais acertada do que observar os antecedentes, o modelo político adotado na comunidade, os princípios norteadores, para dar continuidade ao Direito. O

intérprete é o romancista em cadeia, não rompe bruscamente com o que foi construído, mas o aperfeiçoa sem esquecer-se da equidade e da justiça.

Interessante os modelos de juízes trazidos por François Ost, que apesar de criticados por parte da doutrina, ajudam a ilustrar a realidade do hermeneuta. Sem sombra de dúvida o Judiciário ainda possui, provavelmente em sua maioria, juízes Júpiteres, fieis cumpridores da lei.

Mesmo que Ronald Dworkin não acredite que exista o perfeito juiz Hércules, não seria este o juiz ativista? Basta pegar o exemplo do *amicus curiae*, qual seria o papel desse assistente que apresenta o pensamento religioso, médico, econômico, pertinente a controvérsia constitucional, se não o de auxiliar na elaboração de uma decisão mais adequada e íntegra?

Há juízes Hércules que realizam não somente doze tarefas antes de decidir, mas seguem inúmeros passos na tentativa de produzir uma decisão justa. Quanto ao juiz Hermes e o Direito em rede, quiçá seja o próximo a despontar nas discussões jurídicas e quem sabe trazer consigo um novo modelo de interpretação, talvez a do Direito único, sem fronteiras, o Direito comum dos povos.

A hermenêutica serve para equilibrar a decisão judicial, evitar que a fundamentação seja a livre e arbitrária convicção do julgador, mas sim um instrumento capaz de auxiliar nos complexos problemas enfrentados na sociedade. Entre segurança jurídica e efetividade da justiça social, por que não ficar com as duas opções? Não é necessário abrir mão da lei que garante um parâmetro seguro e nem atirar-se completamente em uma livre e infundada criação do Direito, alegando a busca da justiça, há sim a necessidade de intérpretes conscientes de seu papel e de suas limitações.

3.2. O crescente protagonismo do Poder Judiciário: O Ativismo Judicial

3.2.1. Arthur Schlesinger Jr. e a Origem do *judicial activism* na Suprema Corte

Arthur Schlesinger Jr. foi um jornalista norte-americano que em janeiro de 1947 num artigo escrito para revista Fortune, denominado “The Supreme Court:

1947" estabeleceu a noção de *judicial activism*. O jornalista sempre cobriu os principais acontecimentos da Casa Branca, acompanhou toda a polêmica estabelecida pelo Presidente Roosevelt nos anos 30 com a criação do *new deal* e a controvérsia que o assunto gerou na Suprema Corte dos Estados Unidos.

A Suprema Corte nos anos de 1935 e 1936 julgou inconstitucionais as leis do Congresso Nacional, que numa visão desesperada, tentavam recuperar a economia do país. O presidente Roosevelt inconformado com a postura dos juízes da Suprema Corte, enviou um projeto de lei ao Congresso no qual previa que a cada juiz que completasse 70 anos de idade poderia ser acrescentado um juiz adicional, aumentando o número de juízes de nove para quinze¹²⁰. Claro que se tratava de uma manobra para inserir juízes tendenciosos a aprovar os programas econômicos do governo.

Diante desse cenário a Suprema Corte começa a manter as decisões econômicas do *new deal*, mesmo que por pequenas margens de aprovação. A mudança adotada pela corte ficou conhecida como: a mudança em tempo de salvar os nove (*the switch in time that saved nine*)¹²¹

Em 1946 assume a presidência da Suprema Corte Frederick Moore Vinson, era um momento tenso, pois a Corte encontrava-se em conflito na tentativa de fazer valer os direitos civis nos Estados Unidos, os quais eram negados pelos detentores do poder político. Schlesinger em 18 de outubro de 1946 consegue entrevistar Robert Houghwout Jackson que retornava a corte após o período em que trabalhou como procurador em Nuremberg. O artigo é publicado na revista Fortune, e nele o jornalista de apenas 29 anos de idade expõe todo o funcionamento da Corte, inclusive as teses de políticas públicas trazidas pelo *new deal*¹²².

No artigo é possível observar que havia duas correntes paralelas na Suprema Corte: a primeira de Hugo Black, William Douglas, Wiley Rutledge e Frank Murphy que adotavam uma posição mais ativista, viam a Corte como mecanismo para alcançar a justiça social, cuja suas decisões visavam um resultado efetivo. A segunda corrente de Felix Frankfurter, Robert H. Jackson e Harold Burton seguiam o

¹²⁰ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. 1.ed. Minas Gerais: Fórum, 2010. p.26

¹²¹ *Ibidem*. p.26

¹²² *Ibidem*. p. 32

posicionamento do self restraint, da autocontenção judicial e mantinham as limitações processuais deixando a cargo do Poder Legislativo elaborar as políticas públicas.

3.2.2. O conceito de ativismo judicial e o a definição de Bandley C. Canon

Frequentemente o conceito de ativismo judicial possui um sentido pejorativo, de algo nocivo para o sistema jurídico. Elival da Silva Ramos afirma que “em uma noção preliminar ativismo judicial, reporta-se a uma disfunção no exercício da função jurisdicional, em detrimento, notadamente da função legislativa” ¹²³.

Brandley C. Canon, professor do departamento de Ciência Política da Universidade do Kentucky, destacou-se na conceituação do ativismo judicial por fixar seis elementos que demonstram um comportamento ativista do Judiciário. Segundo Saul Tourinho Leal os elementos são os seguintes:

Diz ele que o chamado ativismo tem seis dimensões: 1. Majoritarismo: As regras adotadas por meio de um processo democrático são negadas pelo Poder Judiciário; 2. Estabilidade Interpretativa: recentes decisões judiciais, doutrinas e interpretações são alteradas; 3. Fidelidade Interpretativa: disposições constitucionais são interpretadas em contrariedade à intenção dos seus autores ou ao sentido da linguagem usada; 4. Distinção do Processo Democrático Substantivo: as decisões judiciais se convertem mais numa regra substantiva do que na mera preservação do poder político democrático; 5. Regra específica: a regra judicial estabelece regras próprias típicas da discricionariedade dos agentes governamentais; 6. Disponibilidade de um poder alternativo de criação de políticas públicas: a decisão judicial suplanta considerações sérias voltadas a problemas de competência das outras instâncias e governo.¹²⁴

É uma definição bastante abrangente, mas que pode levar a um engessamento da interpretação do direito, ou conforme termo empregado pelo Ministro Cesar Peluso, pode ocorrer à fossilização da interpretação constitucional.

¹²³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

¹²⁴ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. 1.ed. Minas Gerais: Fórum, 2010. pp. 33 e 34

3.2.3. Principais Críticas Apontadas para o Ativismo judicial

A importação do ativismo judicial é muito delicada na medida em que transportamos uma ideia que nasceu no sistema *common law* de forte tradição liberal e tentamos adequá-la ao *civil law* de concepção legalista.

No sistema de *civil law*, de origem romano-germânica, adotado no Brasil, o direito é instituído pelo Poder Legislativo, legitimado pelo sufrágio universal da sociedade para a criação normativa. A jurisprudência move-se de acordo com a legislação posta. No sentido oposto o sistema de *common law*, estrutura-se tradicionalmente na criação jurisprudencial. A Constituição dentro do sistema possui um aspecto formal, sem a densidade material, por exemplo, da Constituição brasileira.

O ativismo judicial é mais facilmente percebido pelo sistema de *civil law*, conforme aponta Elival da Silva Ramos:

Se o ativismo judicial, em uma noção preliminar, reporta-se a uma disfunção no exercício da função legislativa, a mencionada diferença de grau permite compreender porque nos ordenamentos filiados ao *common law* é muito mais difícil do que nos sistemas da família romano-germânica a caracterização do que seria uma atuação ativista da magistratura, a ser repelida em termos dogmáticos, em contraposição a uma atuação mais ousada, porém ainda dentro dos limites permitidos. Com efeito, existe na família originária do direito anglo-saxônico uma proximidade bem maior entre a atuação do juiz e do legislador no que tange à produção de normas jurídicas.¹²⁵

A interpretação do ativismo judicial pelo sistema de *common law* é mais ampla, o que denota uma concepção mais positiva do fenômeno, diferentemente, da concepção brasileira que verifica um abuso na separação dos poderes.

A separação dos poderes concebida por Montesquieu em “O espirito das leis” identifica as três funções elementares para a estrutura do Estado que inaugura a institucionalização dos poderes. As funções deveriam ser atribuídas a estruturas orgânicas independentes e harmônicas entre si.

O ativismo judicial colide com a clássica divisão de poderes, ultrapassando o limite imposto ao Poder Judiciário e invadido competências específicas do Poder Legislativo.

¹²⁵ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107

A observância da separação dos Poderes importa, dentre diversos outros consectários, na manutenção dos órgãos do Judiciário nos limites da função jurisdicional que lhes é confiada e para cujo exercício foram estruturados. Há, pois, a necessidade de se perquirir quais são, em linhas generalíssima, as notas materiais da jurisdição.¹²⁶

A visão tradicional e ultrapassada, do juiz “boca da lei”, assim denominado por Montesquieu entende a decisão judicial como meros atos de aplicação da norma posta pelo Legislativo. Não há como negar que existe a criação e inovação do direito pelos Tribunais, e se isso está acontecendo é porque temos um problema sistêmico, uma falha, um Legislativo que não acompanha a evolução da sociedade.

3.2.4. Hermenêutica jurídica como parâmetro para o ativismo judicial

Como mencionado a mera subsunção do direito a norma leva a fossilização da interpretação constitucional, resulta em uma interpretação mecânica da norma. Nos Estados Unidos a doutrina do passivismo judiciário, que impede a criação do direito, possui duas variantes descritas por Erwin Chemerinsky: o “textualismo” que vincula toda a interpretação constitucional apenas ao texto constitucional, sem considerar nenhum processo hermenêutico externo, e o “originalismo” que também vincula a interpretação ao texto constitucional, entretanto, buscam o significado que os constituintes queriam dar ao texto¹²⁷, a busca da vontade do legislador.

Charles Cole observa que a Suprema Corte, ao contrário do passivismo judiciário, pode pender para o “não interpretativismo, *construction*”, dividido em duas correntes: o “conceitualismo” e o “simbolismo”. No “conceitualismo”, a teoria da interpretação constitucional comprehende a evolução da sociedade em conformidade com os próprios conceitos da Constituição, já o “simbolismo” permite que a Corte utilize conceitos históricos da tradição americana, desde que já definidos pela Corte para determinar a constitucionalidade das ações políticas de governo.¹²⁸ Aponta Elival da Silva Ramos que:

Para os adeptos do literalismo e do originalismo, toda a prática judiciária que não se filie ao interpretativismo é ativista, emprestando ao termo conotação negativa, que o contrapõe à democracia, ao Estado de Direito, à

¹²⁶ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117

¹²⁷ *Ibidem*. pp. 129 e 130

¹²⁸ *Ibidem*. pp. 130 e 131

objetividade e segurança jurídica, ao pluralismo ideológico etc. em sentido oposto, os defensores da construction (não interpretativismo) não veem o ativismo de forma negativa, na medida que incorporam a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade ao conjunto das instituições que expressam o sistema político democrático, insistindo na inevitabilidade da criatividade jurisprudencial, como demonstrado pela hermenêutica contemporânea. Para os não interpretativistas, o passivismo judicial é que deve ser combatido, pois apenas uma interpretação evolutiva da Constituição teria permitido a sua sobrevivência durante duas centúrias, acomodando-se às profundas transformações sociais, econômicas experimentadas pelos Estados Unidos.¹²⁹

As escolas hermenêuticas sempre almejaram descobrir a forma mais adequada de aplicar o Direito, haja vista, que a conceituação do Direito é complexa e infinita, alguns parâmetros no decorrer da história foram adotados para melhor compreender a sua interpretação.

3.3. As Diferenças Elementares entre Interpretação e Criação do direito

A diferença de interpretação e criação do direito é estabelecida por Mauro Cappelletti na obra “Juízes Legisladores”. Para o autor interpretar é penetrar nos pensamentos e na linguagem de outras pessoas para tentar compreender o real significado, não muito diferente disso, o juiz reproduzir e aplicar com novo contexto de tempo e lugar.¹³⁰

Na realidade não há diferença entre interpretação e criação do direito, pois mesmo que o legislador adote a linguagem mais simples de elaboração da lei, sempre haverá lacunas e conceitos vagos que devem ser interpretados pelo juiz, e adequados ao tempo da decisão judicial, pois a interpretação será sempre construtivista. A definição de interpretação construtivista para Mauro Cappelletti é:

Em linhas gerais, a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa exposição, que um intérprete possa fazer de uma prática ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; que um membro da comunidade hipotética fascinado pela igualdade, por exemplo, possa de boa-fé afirmar que, na verdade, a cortesia exige que as riquezas sejam compartilhadas. Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações

¹²⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 133

¹³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* 1.ed. tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993. pp. 20 e 21

disponíveis destes últimos, ainda que, como veremos, a natureza dessa coerção deva ser examinada com cuidado. Do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto¹³¹

O problema para Mauro Cappelletti é qual o limite que a criatividade judicial deve ter, pois com ou sem consciência do intérprete sempre haverá certo grau de discricionariedade e o papel acentuadamente criativo da função judicial iguala o função judicante a função legislativa. “O bom juiz bem pode ser criativo, dinâmico e ‘ativista’ e como tal manifestar-se; no entanto, apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, se assim agisse deixaria simplesmente de ser juiz.”¹³²

José Renato Nalini reconhece a importância da interpretação nos novos rumos do Judiciário quando afirma que:

Penetrar na riqueza e profundida do universo interpretativo confere à função judicial nítido salto qualitativo. Interpretar é mais do que aplicar norma. É atingir a potencialidade de seu âmago, é saber extrair dela toda a sua abrangência, é completar – de maneira criativa – a originalidade do legislador.¹³³

Da divisão demonstrada por Arthur Schlesinger da Suprema Corte podemos extrair a diferenciação dos proceduralistas e dos substancialistas. Para os proceduralistas, textualistas, a interpretação deve ser decorrente da Constituição e ficar limitada a lei, enquanto que para os substancialistas, seguidores da interpretação livre, no decorrer do processo de análise da constituição também os valores externos também poderiam ser adotados.

Fundamentada na interpretação ampla que consagram os direitos fundamentais, princípios e os ideais de justiça, equidade, a tese substancialista adequa-se mais a visão ativista do Poder Judiciário. Ronald Dworkin adota a teoria substantiva no seu conceito de integridade do direito, bem como John Rawls que não vê a livre interpretação como algo negativo. Para Saul Tourinho Leal:

Trazendo uma ideia de abertura narrada por nós por meio dos estudos de Häberle no início desse trabalho, Rawls prevê que, mesmo com as decisões judiciais sendo vinculativas, *stare decisis*, elas hão de ser apresentadas por

¹³¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* 1.ed. tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1993. pp.63 e 64

¹³² *Ibidem.* p. 74

¹³³ NALINI, José Renato. *Rebelião da Toga*. 2.ed. São Paulo: Millennium Editora, 2008. p.317

meio de um ‘fórum público de princípios’, debatidas como regras políticas gerais.¹³⁴

A tese proceduralista não permite que a Corte aplique princípios de justiça, nem outros mecanismos hermenêuticos, tendo em vista que sua função é de observadora do funcionamento do processo político e aplicadora das normas estabelecidas.

3.4. A Teoria dos Princípios no Cenário Pós-Positivista

O sistema do *common law* com frequência atribui aos princípios jurídicos uma posição determinante de como o caso concreto deve ser julgado e interpretado. A importância dada aos princípios jurídicos percorre toda doutrina, Ronald Dworkin dentro do cenário pós-positivista é um dos defensores da estima conferida aos princípios, utiliza a teoria dos princípios para explicar os julgamentos passados e justificar as decisões futuras, seguindo o raciocínio do romancista em cadeia¹³⁵. Robert Alexy, outro importante expoente, atribui aos princípios força normativa, de mandamentos de otimização, propondo uma solução para a colisão dos princípios através da ponderação.

As normas jurídicas costumam ser decompostas em: regras e princípios. As regras são estabelecidas em uma época determinada e dentro de um regramento específico, como os códigos, por exemplo, enquanto que os princípios não são necessariamente expressos e codificados e acabam muitas vezes adicionando peso normativo ao caso concreto quando colocados em oposição a outro princípio.

Nesse sentido, alguns critérios são adotados para fazer a distinção entre princípios e regras. O primeiro deles é o caráter hipotético-conditional, porque as regras teriam uma hipótese e uma consequência que influenciam na decisão. Os princípios, portanto, seriam apenas um farol indicativo para o intérprete encontrar a regra futura a ser aplicada no caso concreto.

¹³⁴ LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez? O outro lado do Supremo Tribunal Federal*. 1. ed. Minas Gerais: Fórum, 2010. p. 119

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.271

O segundo critério utilizado é o do modo final de aplicação, muito influenciado pela teoria dos princípios de Ronald Dworkin. As regras de acordo com esse critério são aplicadas de modo absoluto, irrestrito, “tudo ou nada”, enquanto que os princípios de modo escalonado, “mais ou menos”. Para Ronald Dworkin as regras que representam o “tudo ou nada” são aquelas que devem ser preenchidas por completo com todas as consequências para serem consideradas válidas. Os princípios que importam o modo “mais ou menos” não são determinantes, plenamente válidos, mas precisam se juntar a outros fundamentos para compor a decisão.¹³⁶

Esse tudo-ou-nada fica mais evidente se examinarmos o modo de funcionamento das regras, não do direito, mas em alguns empreendimentos que elas regem – um jogo, por exemplo. No beisebol, uma regra estipula que, se o batedor errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, reconhecer que este é um enunciado preciso de uma regra do beisebol e decidir que um batedor que errou três bolas não está eliminado. Sem dúvidas, uma regra pode ter exceções (o batedor que errou três bolas não será eliminado se o pegador [catcher] deixar cair a bola no terceiro lance). Contudo, um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse seria incompleto.¹³⁷

O terceiro e último critério é o do conflito normativo que diferencia os princípios das regras conforme o conflito que apresenta. Humberto Ávila explica:

Segundo alguns autores os princípios poderiam ser distinguidos das regras pelo modo como funcionam em caso de *conflito normativo*, pois, para eles, a antinomia entre as regras consubstancia verdadeiro conflito, a ser solucionado com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, a ser decidido mediante uma ponderação que atribui uma dimensão de peso a cada um deles.¹³⁸

Humberto Ávila propõe um modelo moderado e proceduralizado no uso dos princípios, em que deverão ser observados os seguintes elementos:

- (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros;
- (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre o outro e a relação existente entre esses critérios;
- (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro;
- (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade;
- (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados.¹³⁹

¹³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.39

¹³⁷ *Ibidem*. p.39

¹³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.56

¹³⁹ *Ibidem*. p.129 e 130.

Karl Larenz utiliza em sua teoria o critério hipotético-condicional para explicar como os princípios interagem no ordenamento jurídico:

Os princípios jurídicos não têm o caráter de regras concebidas de forma muito geral, às quais se pudesse subsumir situações de facto, igualmente de índole muito geral. Carecem antes, sem exceção, de ser concretizado. No grau mais elevado, o princípio não contém ainda nenhuma especificação de previsão e consequência jurídica, mas só uma <ideia jurídica geral>, pela qual se orienta a concretização ulterior como por um fio condutor.¹⁴⁰

Nessa linha, Ronald Dworkin argumenta que o positivismo pecou por desenvolver um modelo para o sistema de regras, porque os princípios acabaram não ganhando a importância devida. No decorrer de sua obra *Levando os Direitos a Sério* utiliza o termo princípio de forma genérica, englobando tanto a noção de políticas quanto de princípios propriamente ditos, a diferenciação entre políticas e princípios acontece somente em decorrência do objetivo, pois as políticas sempre buscam um alvo específico que pode ser econômico, político ou social, enquanto que, os princípios são um padrão a ser observado.

A distinção entre regras e princípios possui natureza lógica. Um princípio não opera condições para uma aplicação obrigatória, como as regras costumam fazer, mas conduz o argumento para determinada direção.

Os princípios para Ronald Dworkin adquirem grande importância na sua teoria por conta da solução dos *hard cases*¹⁴¹, uma vez que, os princípios serão utilizados nos argumentos para sustentar a decisão judicial. Solucionado o *hard case*, ela adquire característica de regra particular. O autor ressalta que nas decisões judiciais específicas os princípios podem ter duas orientações diferentes:

- (a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas. Se seguirmos essa orientação, deveremos dizer que nos Estados Unidos “o direito” inclui, pelo menos, tanto princípios como regras.
- (b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são. Diríamos, então, que em casos como Riggs e Henningsen o juiz está obrigado a

¹⁴⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. tradução de José Lamengo. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.674.

¹⁴¹ Na tradução para o português adotou-se a expressão “questões judiciais difíceis”.

aplicar (isto é, ele vai além do “direito”), lançando mão de princípios extralegais que ele tem liberdade de aplicar, se assim o desejar.¹⁴²

A adoção de determinada orientação indicará o modo como o juiz trabalha os princípios, caso opte pela primeira alternativa acaba utilizando-os como obrigatórios, e se adotar a segunda opção irá usá-los como um guia para poder exceder os padrões.

A contribuição de Robert Alexy para os estudo da norma jurídica foi de suma importância, para ele sem a distinção entre regras e princípios não é possível existir uma teoria completa sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico, muito menos estabelecer uma adequada solução para a colisão de princípios. Segundo o autor: “Há uma pluralidade desconcertante de critérios distintivos, a delimitação em relação a outras coisas – como os valores – é obscura e a terminologia vacilante.”¹⁴³

Na *Teoria dos Direitos Fundamentais* Robert Alexy esclarece que regras e princípios estão sob o conceito de norma e que a distinção de ambos será uma distinção entre duas espécies de normas. Assinala os diversos critérios adotados pela doutrina: a generalidade, a determinabilidade, a forma de seu surgimento, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referencia a ideia de direito ou a uma lei suprema e a importância para a ordem jurídica. Baseando-se nesses critérios desenvolve três possíveis teses:

A primeira sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a da regra e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso. Isso seria perceptível, por exemplo, na possibilidade de que os critérios expostos, dentre os quais alguns permitem apenas diferenciações gradativas, sejam combinados da maneira que se desejar.¹⁴⁴

Robert Alexy continua o raciocínio observando que a distinção correta é a qualitativa e não a segundo o grau:

A segunda tese é defendida por aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é somente de grau. Os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores que vêm no grau de generalidade o critério decisivo para a distinção. A terceira tese, por sua

¹⁴² DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.47

¹⁴³ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p.87

¹⁴⁴ *Ibidem*. p.89

vez, sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*. Essa é a tese correta. Há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios.¹⁴⁵

De acordo com seu entendimento os princípios são mandamentos de otimização, uma vez que, “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”¹⁴⁶ As regras, ao contrário dos princípios, ou são satisfeitas plenamente ou não o são, elas são dotadas de determinações.

No tocante a colisão entre princípios, Robert Alexy, enfatiza que um dos princípios sempre terá preferência em relação ao outro:

Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.¹⁴⁷

Prosseguindo-se na análise os princípios e regras resguardam a característica de *prima facie*. Não é muito difícil identificar tal característica nos princípios, pois eles sempre exigem que algo seja feito na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, pois não possuem um mandamento definitivo, diferentemente das regras. No entanto, as regras também resguardam a qualidade de *prima facie* se o seu mandamento determinado falhar ante as possibilidades jurídicas e fáticas irá prevalecer aquilo que está prescrito em seu cerne. Conforme explica Robert Alexy:

Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípio – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*.¹⁴⁸

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2.ed. tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. p.90

¹⁴⁶ *Ibidem*. p.90

¹⁴⁷ *Ibidem*. p.94

¹⁴⁸ *Ibidem*. p.105

3.5. Discricionariedade Judicial: A Determinação da Lei e A Busca pelo Justo

Ao decidir qual seria a solução mais adequada para um determinado caso o juiz busca a justiça como parâmetro.

(...) a conveniência e oportunidade, que orientam a movimentação discricionária da Administração, não servem de elemento norteador à prática da discricionariedade judicial, porquanto o juiz, mesmo nos casos difíceis, deve sempre buscar a solução mais satisfatória à paz e à ordem sociais, em correlação com as diretrizes éticas da sociedade em que vive, ao contrário do administrador, voltado, diretamente, à consecução de objetivos materiais, ordenados em consonância com os planos de governo.¹⁴⁹

A doutrina alemã fala da diferença entre discricionariedade de juízo e discricionariedade de atuação, pois na discricionariedade de juízo não é dada a opção ao juiz de escolher entre diferentes possibilidades de decisão judicial, permanecendo a discricionariedade ao entendimento do significado normativo¹⁵⁰.

Importante questão é levantada por Ronald Dworkin “os juízes sempre seguem regras, mesmo em casos difíceis e controversos, ou algumas vezes eles criam novas regras e aplicam retroativamente?”¹⁵¹ A indagação leva a uma preocupação que o autor chama de “a questão da justificação”, uma vez que os juízes detêm um forte poder político, portanto, poderiam agir de maneira imprópria.

Eles não estão necessariamente persuadidos de que os juízes que criam novas regras estão agindo de maneira imprópria, mas querem saber até que ponto a justificativa para o poder dos juízes, disponíveis para os casos fáceis – aquela segundo a qual o juiz está aplicando normas já estabelecidas – estende-se também aos casos difíceis. E, portanto querem saber quanta e que tipo de justificação suplementar é exigida por esses em casos difíceis.¹⁵²

Se há necessidade de justificativa suplementar, em certa medida, tenta-se evitar a discricionariedade e estabelecer um parâmetro para a criação de novas regras pelos juízes.

Decifrar a norma, encontrar uma adequada resposta para o caso concreto é tarefa complexa. As diversas possibilidades que, atualmente, apresentam-se para os

¹⁴⁹ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: Parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010. p.127

¹⁵⁰ *Ibidem*, p.126

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.8

¹⁵² *Ibidem*, pp. 8 e 9

magistrados na busca pela perfeita adequação aumentaram significativamente o campo de interpretação e discricionariedade.

Para Lenio Streck a interpretação judicial é necessária, mas não deve ser encarada como respostas definitivas. Essa busca por soluções acabadas estanques trata-se de herança do positivismo jurídico, conforme expõe:

Frente a esse estado da arte, representado pelo predomínio do positivismo jurídico que sobrevive a partir das mais diversas posturas e teorias sustentadas, de um modo ou de outro, no predomínio do esquema sujeito objeto – problemática que se agrava com uma espécie de protagonismo do sujeito-intérprete em pleno paradigma da intersubjetividade – penso que, mais do que possibilidade, a busca de respostas corretas é uma necessidade.¹⁵³

O intérprete não está livre para interpretar, está jungido a uma série de parâmetros. O primeiro passo na interpretação é a análise do próprio objeto para que, assim, possa ser determinado o caminho a seguir.

Conforme ressalta Flávia de Almeida Viveiros de Castro:

A transcendental missão do juiz-intérprete consiste em ordenar a pluralidade dos elementos que possui a sua disposição, valorá-los, utilizar os que considerar adequados e resolver o problema que lhe é (pro)posto. É aqui que radica a sua liberdade, eis que, de acordo com sua eleição por este ou aquele método, este ou aquele critério, esta ou aquela técnica, o resultado da interpretação varia substancialmente. Esta escolha do juiz, embora discricionária, não pode ser arbitrária.¹⁵⁴

Apesar da criatividade e da margem de discricionariedade, a interpretação da norma não deve pautar-se em decisões infundadas e arbitrárias, o resultado seria muito caro ao jurisdicionado. Nesse sentido, é que surgem os métodos de interpretação.

Antigamente a maneira como o intérprete deveria orientar-se era através do clássico silogismo, matemático e asséptico, a margem de liberdade era minguante. Dentre os métodos de interpretação tradicionais, podem-se elencar quatro: o método literal, o método sistemático, o método histórico e o método teleológico.

O método literal, também denominado gramatical, analisa o conteúdo da lei, envolve o significado denotativo das palavras, averigua a linguagem técnico-jurídica.

¹⁵³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermeneutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p.390.

¹⁵⁴ CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. *Interpretação Constitucional e Prestação Jurisdicional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 48

Diferentemente, apresenta-se o método sistemático que amplia sua investigação para o contexto no qual a norma está inserida. Nas palavras de Paulo Bonavides: “É a interpretação lógico-sistemática instrumento poderosíssimo com que averiguar a mudança de significado por que passam velhas normas jurídicas”¹⁵⁵. Há, portanto, uma conexão entre sentido e significado da norma.

Logo, o método histórico caracteriza-se pelo exame do processo de criação do texto, cumpre como objetivo traçar toda a história, desde quando a lei originou-se para descobrir o fim a que intentou. Finalmente, tem-se o método teleológico, o mais aberto dentre os tradicionais, pois analisa as normas em linha de evolução com a sociedade e confere a elas um aspecto pragmático. Nessa linha, Paulo Bonavides afirma que: “Dessa interpretação costuma-se também dizer, numa objeção aparentemente triunfante, que com ela não se interpreta, mas modifica a lei.”¹⁵⁶

Os referidos métodos interpretativos encontram-se positivados na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas com o passar do tempo tornaram-se insuficientes. A emergência de casos não positivados que buscam o Poder Judiciário é cada vez mais frequente, nos tempos pós-moderno a sociedade evolui rapidamente e traz consigo os famosos *hard cases*. Nesse diapasão, surgem novas pautas interpretativas como o método principiológico, o método de interpretação conforme a Constituição, e o mais discutido no meio acadêmico: o direcionamento político da norma.

Para Rodolfo Luis Vigo a polêmica sobre a politização do Judiciário ocorre pela ausência de normatização das sociedades contemporâneas, uma vez que, o juiz ganha uma participação mais ativa com a missão hercúlea de cobrir o vazio deixado pelas lacunas normativas. Conforme esclarece:

Apesar dos limites e possibilidades reais dos juízes, o certo é que vemos um protagonismo dos mesmos que transcende o jurídico e que, por sua vez, provoca inquietudes e polêmicas. Mesmo em países como os Estados Unidos, em que a estrutura institucional atribui ao Poder Judiciário um papel que converte os juízes, com frequência em árbitros sociais, políticos, econômicos ou culturais, há uma espécie de permanente questionamento por não contarem os juízes com legitimidade democrática que os habilite àquela função de controle os outros poderes. O eloquente título do livro de Berger, *Government by judiciary*, de 1997, retoma aquela interrogação sobre o papel que os juízes cumprem a respeito da ordem social. Talvez

¹⁵⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p.459

¹⁵⁶ *Ibidem*. p.461

possamos concluir dizendo que a distância que se comprova entre aquela definição de Montesquieu, dos juízes como seres autômatos e inanimados, e o presente ativismo judicial marca também a distância entre a teoria da interpretação do modelo dogmático e as linhas predominantes da atual teoria da interpretação jurídica.¹⁵⁷

Atente-se que a completude do ordenamento jurídico, segundo Norberto Bobbio, sobrevém quando o juiz encontra no próprio sistema a norma adequada para regular o caso concreto, sem que haja lacunas ou situações que não possam ser preenchidas pelo próprio ordenamento. Já a incompletude, ao contrário, ocorre quando o sistema não contempla nem a norma proibitiva, nem a norma permissiva.

A teoria da completude foi dominante entre os positivistas, um verdadeiro dogma. Entretanto, a partir do século XX várias foram às críticas sobre a excessiva limitação que a teoria impunha ao intérprete. Através da percepção que o direito ditado pelo Legislativo apresentava lacunas que não podiam ser simplesmente preenchidas pelo próprio ordenamento jurídico, surgem as formulações do direito livre. Neste sentido, Norberto Bobbio explana:

O direito livre representava aos olhos dos juristas tradicionalistas uma nova encarnação do direito natural, que, da escola histórica em diante, considerava-se debelado e, portanto, sepultado para sempre. Admitir a livre pesquisa do direito (livre no sentido de não ligada ao direito estatal), conceder cidadania ao direito livre (ou seja, a um direito criado circunstancialmente pelo juiz) significava romper a barreira do princípio da legalidade, que fora estabelecido em defesa do indivíduo, abrir as portas ao arbítrio, ao caos, à anarquia.¹⁵⁸

Acrescente-se ainda que há no ordenamento as lacunas ideológicas. Existe um embate entre como o ordenamento deveria ser e como ele é.¹⁵⁹ Assim, dois são os métodos apontados por Norberto Bobbio¹⁶⁰: O da autointegração e o da heterointegração. O método da autointegração busca preencher as lacunas no próprio ordenamento por intermédio da fonte dominante, sendo utilizado para tanto a analogia e os princípios gerais do direito.

¹⁵⁷ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação Jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. 2.ed. Tradução de Suzana Elena Dalle Mura. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.62

¹⁵⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria Geral do Direito*. 3.ed. Tradução de Denise Agostinetti. Martins Fontes, 2010. p.282

¹⁵⁹ *Ibidem*. p.293.

¹⁶⁰ *Ibidem*. p.298 e ss.

3.5.1. A Discricionariedade Judicial em Hans Kelsen: O Direito visto como uma Moldura

Em seus escritos da *Teoria Pura do Direito* Hans Kelsen define a interpretação das normas da seguinte maneira: “A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”¹⁶¹ Também diferencia a interpretação jurídica em autêntica e não-autêntica, sendo a primeira de suma importância para a sua teoria.

Observe-se que a interpretação autêntica ocorre quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, portanto cria o direito, podendo assumir o caráter de lei, tratado internacional e sentença. Ao contrário, a interpretação não-autêntica é mera determinação cognoscitiva, não cria direito, já que é realizada pelo o indivíduo e pela ciência jurídica.

A norma do escalão superior regula a forma como é produzida a norma do escalão inferior, determinando sua execução, bem como seu conteúdo. Acontece que tal determinação concebida pela norma de escalão superior nem sempre será completa, deste modo, abre-se a discricionariedade para o intérprete. Hans Kelsen traz um exemplo para elucidar a ausência de completude:

Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súditos C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever.¹⁶²

Neste sentido, o autor demonstra que o ato de criação jurídica é em parte determinado pelo direito e em parte indeterminado. Sendo que a indeterminação poderá ser intencional se o próprio órgão que estabeleceu a norma gerou a indeterminação, ou não intencional quando decorrer da pluralidade de significação de uma sequência de palavras. Essa margem de discricionariedade conferida ao intérprete será resolvida dentro do que o autor chamou de “moldura”.

¹⁶¹ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.387.

¹⁶² *Ibidem*. p.388.

A indeterminação gera diversas possibilidades de aplicação do direito, o ato jurídico pode corresponder à vontade do legislador, a expressão real utilizada na elaboração da lei, a duas normas que se contrariam, o que abre espaço para a interpretação. O direito para solucionar e alcançar tais hipóteses formará uma moldura. O direito a ser interpretado é, portanto, a moldura dentro da qual existem as possibilidades de aplicação.

Hans Kelsen vai além da ideia do intérprete mecanicista, porque afirma que não há uma única solução correta para completar as indeterminações. Na verdade acaba por acolher a discricionariedade em sua teoria:

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.¹⁶³

Em síntese, reconhece que o preenchimento das lacunas do direito é uma função criadora, desde que feita pelo órgão aplicador competente. Assim sendo, rejeita a interpretação cognoscitiva que é o fundamento da jurisprudência dos conceitos.

Apesar do pensamento de Hans Kelsen ser considerado cingido, devido a sua estrutura positivista, não há como negar a importância dos parâmetros de interpretação trazidos pela *Teoria Pura do Direito*. Parâmetros que posteriormente foram completados pela teoria dos princípios e pelos jusfilófos pós-positivistas.

3.5.2. Direito e Discricionariedade: O Romancista em Cadeia de Ronald Dworkin

Segundo Ronald Dworkin o poder discricionário só existe dentro de um espaço vazio cercado por algumas restrições e por ser afetado pelo contexto em que está inserido é tratado como um conceito relativo. Costuma ser empregado em sentido fraco ou em um sentido forte.

¹⁶³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. pp.390 e 391.

No sentido fraco expressa a capacidade de julgar da autoridade pública, seu uso é frequente quando o contexto não é claro, quando há ausência de informação. Também se tem o poder discricionário no sentido fraco, quando uma decisão é tomada em última instância, sendo que não poderá ser cancelada.¹⁶⁴

Nessa linha, o poder discricionário no sentido forte ocorre quando os juízes estão em torno de um conjunto de princípios, não ficando adstrito pelos padrões da autoridade pública e nem pela legalidade. Há de observar que o sentido forte não representa uma mera arbitrariedade, pois conforme Ronald Dworkin:

O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário.¹⁶⁵

Como consequência das leis e regras serem vagas a interpretação torna-se essencial. No momento em que o juiz depara-se com os hard cases inevitavelmente acaba criando novo direito. Ronald Dworkin afasta a concepção de que os juízes seriam legisladores delegados, pois as decisões são pautadas em argumentos de política ou em argumentos de princípios. Na definição do autor:

Os argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor de um subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo ou de um grupo.¹⁶⁶

Portanto, uma decisão apropriada para um *hard case*, em que nenhuma regra estabelecida consegue solucionar a controvérsia, pauta-se tanto nos princípios, quanto na política. Para a solução dos casos difíceis, Ronald Dworkin cria um jurista que consegue trabalhar com a intenção legislativa e com os princípios: O juiz Hércules.

Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana representativa. Considero que ele aceita as principais regras não controversas que constituem e regem o direito em sua jurisdição. Em outras palavras, ele aceita que as leis têm o poder geral de criar e extinguir direitos jurídicos, e que os juízes têm o dever geral de seguir as decisões anteriores

¹⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.51

¹⁶⁵ *Ibidem*. p.53

¹⁶⁶ *Ibidem*. p.129

de seu tribunal ou dos tribunais superiores cujo fundamento racional (*rationale*), como dizem os juristas, aplica-se ao caso em juízo.¹⁶⁷

Ronald Dworkin afirma que a prática jurídica é um exercício de interpretação. A interpretação é a base de uma teoria diferente e mais plausível a respeito das proposições do Direito, por esse fato deve ser o mais abrangente possível. Interessante a comparação entre a interpretação jurídica e a interpretação literária que permeia os seus escritos.

No livro *Uma questão de Princípios*, publicado em 1985, tem-se os contornos iniciais do romancista em cadeia e, principalmente, o substrato do Direito como interpretação.

Utilizando a interpretação literária como um suporte para o modelo central da análise jurídica, Ronald Dworkin usa o seguinte exemplo:

Suponha que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo, com a compreensão de que está acrescentando um capítulo a esse romance, não começando outro, e, depois, manda os dois capítulos para o número seguinte, e assim por diante. Ora, cada romancista, a não ser o primeiro tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativo, o que é o romance criado até então.¹⁶⁸

Conveniente é a comparação que Ronald Dworkin faz do *Conto de Natal* de Charles Dickens¹⁶⁹ e do trabalho do romancista em cadeia. Ele inicia sua analogia pedindo para que o leitor imagine ser o romancista da parte mais inferior da cadeia e traça duas interpretações do personagem principal do conto Scrooge. Conforme a primeira interpretação Scrooge é irrecuperavelmente mau, sua maldade é inerente da natureza humana e, conforme a segunda interpretação Scrooge é essencialmente bom, mas progressivamente corrompido pelos valores falsos da sociedade capitalista. Claro que ao adotar uma das interpretações a continuidade do texto será completamente díspar, contudo, se o final ficou a cargo do romancista que

¹⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. 3. ed. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p.165

¹⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.235 e 236

¹⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 279.

adotou a primeira interpretação o resultado seria forçado, pois nesse ponto do texto já ocorreu a redenção da personagem. Diferente seria, no entanto, se o romancista fosse responsável pelas primeiras linhas da estória.

Deste modo, Ronald Dworkin questiona se a opinião sobre a melhor maneira de interpretar o *Conto de Natal* é livre ou forçada, chegando a seguinte conclusão:

A resposta é bastante simples: nenhuma dessas duas descrições - de total liberdade criativa ou coerção mecânica do texto – dá conta de sua situação, pois cada uma deve, em certo sentido, sofrer ressalvas em comparar sua tarefa com outra, relativamente mais mecânica, como a tradução direta de um texto em língua estrangeira. Mas vai sentir-se reprimido ao compará-la a uma tarefa relativamente menos dirigida, como começar a escrever um romance.¹⁷⁰

Observe-se que o exercício literário do romancista assemelha-se em muito com o do juiz intérprete que busca a solução dos casos difíceis. Cada juiz deverá ler tudo o que foi escrito por outros juízes no passado para chegar a uma opinião sobre o pensamento coletivo da época. Inegável que esse caminho percorrido pelo juiz é fácil de ser identificado no sistema do *Common Law*, cuja base jurisprudencial é mais forte.

A interpretação jurídica, conforme propõe o autor, deverá passar por um teste de duas dimensões: ajustar-se a prática e demonstrar a sua finalidade ou valor. Conforme assinala Ronald Dworkin:

Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que têm em mãos e não partir em uma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomando como um todo, o propósito ou o tema da prática até então.¹⁷¹

A primeira dimensão da adequação comprehende que o romancista em cadeia terá de encontrar uma interpretação que abarque a maior parte do texto para que haja uma similaridade na continuação. Enquanto, a segunda dimensão da finalidade carrega o espírito político da comunidade, pois há uma tentativa de encontrar um conjunto coerente de princípios sobre os deveres e direitos.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.281

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p.238

Os pós-positivistas rompem o paradigma¹⁷² ao procurar respostas além dos aguinhões legalistas. Para exemplificar sua teoria, Ronald Dworkin, pede que imaginemos uma regra de cortesia, no caso, a regra de retirar o chapéu diante dos nobres, tal regra é uma espécie de tabu, está posta e ninguém a contesta. Com o tempo, entretanto, a regra lentamente é modificada, pois a comunidade desenvolve uma complexa atitude interpretativa.

Nesse sentido, a atitude interpretativa terá dois pressupostos independentes: o valor, pois a regra de cortesia exprime um valor, serve a algum interesse, ou reforça algum princípio. E a finalidade, uma vez que o juízo que é evocado na regra não é estanque, tem de ser aplicado, compreendido, ampliado em função do fim a que se destina.

De acordo com Ronald Dworkin:

Porém, quando a atitude interpretativa se desenvolve plenamente, as pessoas começam a exigir, a título de cortesia, formas de deferência anteriormente desconhecidas, ou a desprezar ou rejeitar formas anteriormente reverendadas, sem nenhum sentido de revolta, afirmado que o verdadeiro respeito é mais bem observado por aquilo que elas fazem que por aquilo que outros fizeram. A interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior.¹⁷³

A interpretação construtiva passa por etapas, sendo a primeira uma etapa pré-interpretativa em que são identificados as regras e os padrões que fornecem o conteúdo experimental da prática. “(...) a etapa equivalente aquela em que são textualmente identificados romances, peças, etc., isto é, a etapa na qual Moby Dick é identificado e distinguido no contexto de outros romances.”¹⁷⁴ A segunda etapa trata-se da justificativa que o intérprete deve utilizar para explicar os elementos encontrados na fase pré-interpretativa. “Isso vai constituir numa argumentação sobre

¹⁷² Adota-se em toda a pesquisa o conceito de paradigma traçado por Thomas Kuhn: “Um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”. KUHN, Thomas S. *A Estrutura das Revoluções Científicas*, 11. ed. Tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2011.

¹⁷³ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.59

¹⁷⁴ *Ibidem*. p.81

a conveniência ou não de buscar uma prática com essa forma geral"¹⁷⁵ E por fim, a terceira etapa, pós-interpretativa, que para ajustar a regra de acordo com o que a realidade requer.

Pode-se concluir, portanto, que na interpretação construtivista de Ronald Dworkin a discricionariedade do intérprete não é deliberada, muito menos estabelecida pelo senso comum, já que necessita passar por um processo interpretativo.

Conforme aduz Ronald Dworkin:

Em minha sociedade imaginária, a verdadeira interpretação seria muito menos deliberada e estruturada do que sugere essa estrutura analítica. Os juízos interpretativos das pessoas seriam uma questão de “ver” de imediato as dimensões de sua prática, um propósito ou objetivo nessa prática, e a consequência pós-interpretativa desse propósito. E “ver” desse modo não seria, habitualmente, mais penetrante do que o mero fato de concordar com uma interpretação então popular em algum grupo cujo ponto de vista o intérprete adota de maneira mais ou menos automática.¹⁷⁶

A divergência que os juízes criam é interpretativa. A contradição, geralmente, recai sobre algum aspecto relativo ao exercício da jurisdição. Cada juiz fundamenta sua interpretação de acordo com suas próprias convicções. Por isso, a necessidade de parâmetros não só legalistas, pois por si só não conferem a integralidade do Direito, mas também parâmetros fundados nos princípios e nos precedentes.

O juiz ao sentenciar, colocar em prática sua teoria interpretativa, não pode ignorar os precedentes, devendo incorporá-los em sua decisão mediante a reelaboração e a análise do precedente a época em que foi traçado. Referida prática concatena-se com o conceito de romancista em cadeia de Ronald Dworkin, em que há uma continuidade na interpretação judicante.

Defende-se, no presente trabalho, um sentido mais amplo para o encadeamento da interpretação. Condizente com a contribuição dos pós-positivistas e com a sistema do *civil law*, não se nega a importância da lei, mas a completude do

¹⁷⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.81

¹⁷⁶ *Ibidem*. p. 82

ordenamentos por meio dos princípios, da história, dos precedentes, trazendo contornos reais e possíveis para a discricionariedade judicial.