

Ano VII Nº 1
2015

REVISTA ACADÊMICA

ESCOLA SUPERIOR
DO MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DO CEARÁ



A HERMENÊUTICA JURIDICA E O ATIVISMO JUDICIAL.

Ionilton Pereira do Vale
Teodoro Silva Santos

RESUMO

O termo ativismo judicial é um termo ambíguo, sendo que o seu emprego foi utilizado na revista americana Fortune, voltada para um público não jurista. Atribuiu-se ao jornalista Arthur Schlesinger Jr, quando traçou o perfil dos juizes norte americanos classificando-os como ativistas e como não ativistas (auto limitados). Desde então, a expressão tem sido usada por alguns constitucionalistas dos Estados Unidos com uma perspectiva crítica, para imprecisar um comportamento judicial não consoante com a opinião jurisprudencial dominante. O ativismo judicial, portanto, está ligado ao fenômeno da judicialização da política, concorrendo uma série de fatores, para este fenômeno, tais como: um sistema político democrático; a separação dos poderes; o exercício dos direitos políticos; o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; a inefetividade das instituições majoritárias, a transferência dos poderes decisórios de outros poderes ao Poder Judiciário. Também a judicialização promove o entrincheiramento constitucional, servindo para a resolução de problemas sociais polêmicos com redução de custos políticos. O presente artigo tem como finalidade o exame dos métodos de interpretação e suas relações com o ativismo judicial.

Palavras-chave: Ativismo. Lógica Jurídica. Positivismo. Poder Judiciário. Logica Jurídica. Criação do Direito. Ordenamento Jurídico. Hermenêutica.

1 INTRODUÇÃO.

Ao contrário da ciência a jurisprudência, *juris prudentia*, deriva de uma

lógica, que não deve ser comparada com a lógica científica, *juris scientia*, pois é uma lógica de alternativa, de escolher entre diversas opções.

Conforme Fábio Konder Comparato, a lógica jurídica é a lógica da eleição, entre várias possibilidades igualmente corretas, sendo inviável uma única solução correta. Interpretar o texto normativo, envolve várias escolhas, de modo que se eleja a mais adequada entre diversas soluções possíveis. É, portanto, corolário da interpretação, a procura de inúmeras soluções corretas, para um determinado caso. Contudo esta extensão é sempre limitada, pelo próprio ordenamento jurídico.

Outro canône da interpretação, é que é vedada a interpretação do direito por partes. Consoante Eros Grau um texto de direito, desprendido do sistema jurídico, não expressa nenhum significado normativo.

Na interpretação, o intérprete encontra-se vinculado a questões de ordem idiossincráticas, tais como a ética, a religião e a moral, tendo em vista, que a decisão judicial implica em elementos emotivos e volitivos. Devendo manter contudo, um prudente espaço de suas próprias ideologias, como forma de manter a imparcialidade de suas decisões. Desta forma, levando em conta os elementos valorativos do intérprete, interpretação não é exata em todos os casos, como ocorre com a interpretação de uma peça ou de uma sinfonia musical.

A utilização da interpretação no direito tem um papel importante, que é atualização constante do direito, pois todo texto deve ser aplicado no contexto histórico do presente. O texto deve ser compreendido em cada momento e em cada situação histórica.

Na esteira da obra clássica de Anna Cândida da Cunha Ferraz, configura inegável processo de mudança Constitucional, embora não altere a letra constitucional, alterar-lhe o alcance, na medida em que paralisa a aplicação constitucional. Tal paralisação, não desejada ou prevista pelo constituinte, é de ser tida como inconstitucional. A inércia dá causa à ocorrência de outros processos de mutação constitucional. O distanciamento, no tempo, entre a elaboração constitucional e a sua efetiva aplicação, sofre, inexoravelmente, a influência das transformações sociais diuturnas e constantes, de tal sorte que, após uma prolongada dilatação na aplicação do texto, é provável que esta, quando se efetivar, dê à Constituição sentido e significado diversos daqueles acolhidos no momento da formação da norma fundamental. Como modalidade de mutação constitucional, a inércia é processo pernicioso, que acarreta consequências desastrosas à vida constitucional dos Estados. (FERRAZ;1986,p.220-232)

O processo de interpretação do direito reconduz, de certa forma, à própria

ideia e conceito do direito, sendo o ativismo judicial, um fenômeno substancialmente hermenêutico, embora eventualmente,tenha repercussão em outras áreas do direito, tais como a Ciência Política, o Direito Constitucional e a Filosofia do Direito.

2 A INTERPRETAÇÃO COMO FORMA DE CRIAÇÃO DO DIREITO.

A ideologia da interpretação oferece dois tipos de interpretação jurídica. A primeira é que as normas jurídicas são estáticas (ideologia estática de interpretação jurídica). Suas características mais importantes são: o direito é obra do legislador, o significado da norma jurídica é fruto da vontade do legislador; a metodologia sistêmica e linguística gozam de preferência no processo de interpretação.

O primeiro tipo pode ser exemplificado na decisão judicial, *Dred Scott vs Sanford*, que reafirmou o instituto da escravidão nos Estados Unidos, enquanto na ideologia dinâmica podemos citar o caso *Macculloch vs Maryland*, que introduziu a teoria dos poderes implícitos no direito norte-americano.

O segundo tipo de interpretação, leva em conta as necessidades da vida social, é uma interpretação dinâmica. Leva em conta o caráter sistêmico do direito.

Canotilho anota que existem duas posturas que o intérprete pode assumir, frente ao texto constitucional. A primeira delas é daqueles que adotam ideologias políticas substancialmente separados dos cânones constitucionais, o que permite vulnerar a interpretação verdadeira da constituição. A segunda é adotada por aqueles que estão em sintonia com os princípios constitucionais, onde o intérprete exerce um positivismo prudente, para a conservação do texto constitucional.

A interpretação não pode deixar de levar em conta a realidade social, a evolução da sociedade. Por exemplo, muitos tipos do direito penal desapareceram por força da evolução social, e outros estão a ser reinterpretados por força desta mesma evolução, tais como o adultério e o rapto consensual. Esta mesma influência, teve repercussão em todos os ramos do direito, em face das mudanças sociais.

Emilio Betti divide a interpretação em três modalidades: a interpretação cognitiva, a interpretação representativa ou reprodutiva e a interpretação normativa. "onde a interpretação tem função meramente cognitiva - como na leitura ou na conversação, na qual o interlocutor se mantenha passivo - o entender se exaure in interiore homine, apresentando algo de intransitivo". De outra parte, "na função que aqui se propõe de qualificar como reprodutiva ou representativa, a interpretação é caracterizada pela presença de um intermediário que, se interpondo entre a manifestação de pensamento de um autor e um público interessado em entendê-la, assume a tarefa de substituí-la por uma forma representativa equivalente, dotada de eficácia comunicativa idônea a fazer entender o seu sentido" (seria o caso de uma representação dramática ou musical). Destaca, ainda, a existência de "um tipo de interpretação que, como aquela de uma lei em vigor, ou de um tratado a aplicar, ou de um contrato a executar, visa a manter efetivos, na vida de uma sociedade ou nas relações entre tais coobrigados, preceitos, normas e juízos normativos, que são destinados a regular os vínculos intersubjetivos e a servir-lhes de orientação, que nada mais é que a interpretação normativa, da qual é espécie a interpretação jurídica. (BETTI;1955,p.200)

Hans-Georg Gadamer conferiu ao processo hermenêutico, independentemente do texto ou objeto interpretado, um sentido unitário, sustentando, pois, em oposição ao pensamento de Betti, que não há diferença substancial entre as várias espécies de interpretação.

A moderna interpretação concebe o processo interpretativo como uma imbricação entre o sujeito cognoscente e o texto normativo. Um dos pilares que se assenta a hermenêutica moderna é a distinção entre o texto normativo no dispositivo e o seu conteúdo (norma, preceito ou disposição), sendo aquele o objeto da interpretação e este o seu resultado. A interpretação-aplicação é desse modo percebida como uma atividade desenvolvida simultaneamente cognoscitiva e criativa, consistindo no conhecimento ativo de um objeto que o próprio sujeito contribui para produzir.

Karl Larenz falando acerca da atividade criadora do direito, declara, que o juiz, semelhante ao legislador, é de acordo com a sua própria idéia descobridor e ao mesmo tempo conformador do Direito, que ele traz sempre de novo para a realidade num processo interminável a partir da lei, com a lei e, caso necessário, também para além da lei.

De acordo com o ilustre doutrinador, o direito realmente vivo, existente, é o resultado deste processo, no qual colaboram a ciência do direito e finalmente

todos aqueles também que exprimem publicamente a sua opinião sobre questões jurídicas e contribuem assim de qualquer modo a definir a 'consciência jurídica geral'. De uma maneira ou de outra, quer o juiz apenas 'interprete' a lei, quer a restrinja ou integre em conformidade com o sentido dela, quer abra lugar pela primeira vez a um 'novo' pensamento jurídico que ainda não encontrou expressão na lei - ou só uma muito incompleta -, é sempre a lei na verdade o ponto de partida das suas ponderações, mas ela só determina raras vezes a sua decisão. O que ele acrescenta, nomeadamente, a determinação última, o 'armamento' dos elementos da previsão em vista deste caso concreto, ou ainda o cuidadoso preenchimento duma 'lacuna da lei', tudo isto não deixa intacta a lei, como ela 'vigora' realmente, mas antes vem determinar a maneira precisa como ela se torna eficaz como factor de ordem. Por este meio, a norma é como que de novo libertada da sua 'abstracção' inevitável e irrenunciável e possibilita-se enfim a sua função de regular relações 'concretas' da vida.

Existem 4 teorias que procuram afirmar que existe criação judicial nas decisões judiciais: a) as decisões judiciais como órgão legislativo, possuem uma eficácia geral; b) as decisões dos juizes são normas individuais; c) a decisão judicial supõe a criação de uma norma geral que serve como justificação da sentença e que por seu turno é produto de interpretação; d) no caso de lacunas e antinomias, o juiz pode integrar a norma jurídica.

O intérprete neste caso, não produz a norma, mas a reproduz, como faz os escultores com a pedra bruta, em que cada dá a forma, que bem entende á escultura esculpida. Como faz referência Mauro Capelletti, que discorre que a interpretação depende da capacidade intelectual e animica do interprete, pois não há texto musical, politico ou legislativo, que não deixe espaço para criação legislativa.

É razoável supor que quanto maior a pauta substantiva de uma Constituição, maior o espaço de atuação de uma jurisdição constitucional, cuja função precípua é garantir a supremacia do texto constitucional.

Destaque-se ainda, o carater alográfico do direito. Conforme Eros Grau, existem dois tipos de artes: as alográficas e as autográficas. Nas primeiras, as alográficas (música e teatro), a obra requer, para existir, a intervenção dos

personagens, do autor e do intérprete; nas artes autográficas (pintura e ficção narrativa), somente o autor participa na realização da obra.

Neste sentido, é grande o contributo do interprete para a interpretação da norma, pois esta se encontra em estado de potência no texto, sendo revelado pelo interprete, garantindo a este uma certa atividade criadora. Não que o interprete produza a norma, uma vez, que esta é produzida pelo Poder Legislativo. A norma é produzida pelo interprete a partir de elementos que se derivam do texto (mundo do dever ser), e de elementos da realidade (mundo do ser).

Eros Grau toma emprestado a metáfora de Vénus de Milo, em que vários escultores podem reproduzir a obra-prima, mas com três distintas versões conforme a escola de cada interprete. O mesmo se diga de uma reprodução de uma sinfonia, de uma peça teatral e assim por diante.

3 A INTERPRETAÇÃO E O ATIVISMO JUDICIAL: A VINCULAÇÃO DO INTÉRPRETE AO TEXTO NORMATIVO.

Como já vimos, na interpretação judicial, o intérprete, tem sua mão uma delicada operação, de aplicação do texto normativo à realidade concreta, sendo-lhe conferido, uma certa atividade criadora.

Quais seriam, os limites desta atividade criacionista dos juízes, e quando apareceria o extravasamento desta atividade, gerando o ativismo judicial?

O principal limite para o uso da interpretação conforme, sob pena de derivar o órgão de controle para o ativismo judicial, é observar a textualidade do dispositivo preservado, que, mediante a adequada e racional combinação dos diversos critérios hermenêuticos, deve conter espaço de interpretação que comporte a proposta normativa reputada harmónica com a Constituição.

O primeiro e principal desses parâmetros consistem na exigência de que toda e qualquer interpretação constitucional seja compatível com a amplitude de sentidos projetada pelo texto da norma. Se a interpretação-aplicação de natureza jurídica consiste na construção de normas reguladoras de conduta a partir de textos

prescritivos, que vinculam a atividade do intérprete-aplicador, é absolutamente inaceitável que a norma por este concretizada não revele aderência à textualidade do dispositivo aplicado. O texto normativo é, pois, ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico e o mais expressivo balizador da adequação de seus resultados.

Conforme Konrad Hesse, a textualidade, é pressuposto da função racionalizadora, estabilizadora e limitadora do poder da Constituição" e se, por um lado, "inclui a possibilidade de uma mutação constitucional por interpretação", por outro, "exclui um rompimento constitucional - o desvio do texto em cada caso particular - e uma modificação constitucional por interpretação". E arremata o seu pensamento sentenciando que "onde o intérprete passa por cima da Constituição, ele não mais interpreta, senão ele modifica ou rompe a Constituição".

Anota, ainda, Gomes Canotilho, que sob o ponto de vista da linguística e da filosofia da linguagem, o ponto de partida da interpretação das normas constitucionais é o postulado da constitucionalidade (= postulado da vinculação da lei constitucional). Os aplicadores da Constituição não podem atribuir um significado (= sentido, conteúdo arbitrário aos enunciados linguísticos das disposições constitucionais, antes devem investigar (determinar, densificar) o conteúdo semântico, tendo em conta o dito pelo legislador constitucional (= legislador constituinte e legislador da revisão) ".

Nada impede que o intérprete aplique os métodos e cânones interpretativos, postos à sua disposição (interpretação gramatical, lógica, histórica, etc.), sem contudo se afastar do texto normativo, começo e fim da interpretação, caracterizando o ativismo judicial. Desta forma, se a alternativa exegética pressuposta pela decisão de improcedência desfigura por completo o dispositivo que se pretende salvar, impõe-se a conversão do decisório em decreto de invalidação.

Tendo em vista que a Constituição vincula a atividade do intérprete, a interpretação da constituição, dever tomar como base parâmetros adequados para a interpretação da Constituição.

O primeiro destes parâmetros consiste na exigência de que toda e

qualquer interpretação constitucional, seja compatível com a amplitude de sentidos projetada na norma.

O texto normativo é ao mesmo tempo, o ponto de partida do processo hermenêutico. Conforme Konrad Hesse, inadmite-se, que haja um desvio ou modificação do texto constitucional por interpretação, de forma, que onde o intérprete passa por cima da constituição, ele não mais interpreta, mas modifica ou rompe com a Constituição.

Em sua teoria normativo-estruturante, Friedrich Muller arrola diversos elementos utilizados na tarefa de concretização da norma constitucional, apartando-os em dois grupos: de um lado, os recursos que se referem aos textos das normas e, também, "à formulação de não normas em linguagem"; de outra parte, os elementos que aproveitam "os pontos de vista com teorias materiais, que resultam da análise do âmbito da norma da prescrição implementada e da análise dos elementos do conjunto de fatos destacados como relevantes no processo de concretização por via de detalhamentos recíprocos". Os recursos do primeiro grupo são denominados por ele de "elementos metodológicos strictiore sensu", valendo-se, pois, da mesma terminologia de Savigny, porquanto "as regras tradicionais da interpretação não podem ser isoladas como 'métodos' autónomos para si". Esses elementos metódicos referidos a texto (normativo e não normativo) se complementam e se reforçam no processo de concretização, aparecendo "como facetas distintas de uma norma concretizanda no caso". Ressalte-se ainda que para este autor, em caso de dúvida, os elementos gramatical e sistemático, precedem os outros elementos de concretização.

Sob o enfoque da teoria estruturante da interpretação constitucional, dir-se-ia que só os programas normativos "compatíveis com o texto da norma constitucional podem ser admitidos como resultados constitucionalmente aceitáveis derivados de interpretação do texto da norma", ou seja, o enunciado do dispositivo constitucional a ser aplicado fixa os marcos do espaço de interpretação.

No mesmo norte, é o magistério de Gaetano Azzariti, par quem os vínculos textuais, rememorados não exatamente com o escopo de promover um retorno ao formalismo, negam, no entanto, que o intérprete seja o artífice da norma

constitucional, evitam que o processo interpretativo possa ser admitido como uma criação da norma pelo intérprete.

Esta subordinação da interpretação ao texto base, como limite da atividade criacionista dos magistrados, é extremamente benéfica, no âmbito dos Tribunais superiores, em especial no âmbito das ações originárias, em última ou única instância, visto, que os Tribunais não são subordinados a nenhum outro órgão, o que por si já é um convite ao ativismo judicial.

4 DO POSITIVISMO AO PÓS-POSITIVISMO: AS BASES DO ATIVISMO JUDICIAL NA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.

4.1 O positivismo jurídico e a interpretação do texto normativo.

O positivismo jurídico, tem como premissa alçar o direito à condição de ciência, afastando-se da metafísica. Parte da premissa que o direito deve ser estudado enquanto fato social.

São diversos, os elementos que podem conter esta corrente de pensamento.

Temos, a coação, que na modernidade pode apresentar-se sem o uso da coação física, a fonte primária do direito, que é a legislação, com predomínio sobre outras fontes, tais como o costume e a jurisprudência e a imperatividade do direito, como expressão do poder normativo do Estado. Outras características, que podem ser assinaladas, são a coerência, visto inexistir normas incompatíveis entre si, por aplicação dos critérios de solução de antinomias (o hierárquico, o cronológico e o da especialidade) e a completude. Por fim temos, a forma como se desenvolve o elemento de interpretação dos textos normativos, ou seja, se compreendendo o direito como ele é, não o submetendo a uma avaliação valorativa ou ideológica.

O direito positivo, utiliza a subsunção, que é um processo, em que o juiz utiliza o silogismo como forma de interpretação. A premissa maior contém o texto legal violado, a regra de direito; na premissa menor, o fato sub judice, os motivos, i é, as provas; e na conclusão, a decisão judicial *in concreto*.

A escola da exegese, ainda na França defende o subjetivismo jurídico, declarando que o juiz deve sempre buscar a vontade da lei ou do legislador. A

consequência deste pensamento, é que liberdade do julgador ficava extremado reduzida, limitando-se a mera aplicação dos enunciados normativos. A Constituição francesa de 1791, proibia expressamente os tribunais de se ismucuir na função legislativa.

A reação a esta postura surge com Hans Kelsen, que afirma que a criatividade é inerente a todo processo de interpretação, declarando expressamente que o juiz é um criador do direito, sendo, nesta função, relativamente livre. Discorre, o ilustre pensador, que na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalão inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.

Observe-se, entretanto, que Kelsen, embora desmistificando a aplicação puramente reprodutiva ou declaratória do direito, não o fez para valorizar o papel do intérprete-aplicador e sim para aproximá-lo do legislador, mantendo as questões relativas à Teoria da Interpretação e ao uso da argumentação jurídica afastadas da Dogmática jurídica.

4.2 Críticas ao positivismo: em busca da linguagem perdida.

O ativismo judicial, nada mais é, que a rejeição do positivismo jurídico, em suas premissas básicas e essenciais, visto, que no ativismo judicial, o juiz sai do âmbito da lei, e passa a criação legislativa, arvorando-se em legislador positivo.

A crítica ao positivismo, ao menos, historicamente, se faz, com o advento e derrocada do nazismo, quando várias correntes de pensamento fizeram a crítica do positivismo legalista.

Podemos citar, como forma de reação ao positivismo, as correntes da jurisprudência dos conceitos e dos valores. A principal discrepância entre as duas tendências teóricas, se deu no plano da aplicação judicial do direito e do uso dos

métodos de interpretação. Destarte, enquanto 'a orientação antiga, a jurisprudência dos conceitos', limita o juiz 'à subsunção lógica da matéria de facto nos conceitos jurídicos' - e, nessa conformidade, concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, promovendo assim 'o primado da lógica' no trabalho científico do Direito -, a jurisprudência dos interesses tende, ao invés, para o 'primado da pesquisa vital e da valoração vital.

Para a formulação crítica em destaque, a lei continua a ocupar posição predominante no plano das fontes do direito, porém passa a ser vista não como um produto da razão abstrata e sim de interesses concretos dos membros da comunidade. Daí o cerne da proposta teórica da Jurisprudência dos Interesses estar na exigência dirigida aos órgãos incumbidos da aplicação oficial do direito de conhecerem com rigor, historicamente, os interesses que causaram a lei e de tomar em conta, na decisão de cada caso, os interesses que assim se descobriram, utilizando a metódica adequada há de ser fundada na interpretação histórico-teleológica. (LARENS;2009,p.164)

Também o realismo Jurídico, de Karl Llewellyn e Jerome Frank, rompeu com o positivismo, passando a destacar como fonte do direito a jurisprudência. Em uma apreciação crítica, do realismo jurídico, Charles van Hughes, declarava que os Estados Unidos, vivem sob uma Constituição, mas a Constituição é o que os juízes dizem que é. Há pois uma dicotomia, entre o direito formal, que deve oficialmente prevalecer (*lae in books*) e o direito vivo em ação que se contrói na prática (*o law in action*).

Outra reação ao positivismo, foi o pragmatismo, uma corrente de pensamento que surge nos Estados Unidos no século XIX, e tem como fundadores Charles Sander Peirce e William James, criadores do Clube Metafísico.

O pragmatismo jurídico, como o próprio nome indica, resulta da concordância dos pensamentos, com os objetivos práticos do homem. A verdade, para esta corrente de pensamento é a que funciona.

O pragmatismo tem como uma de suas premissas, que a verdade, não se encontra em princípios e conceitos previamente construídos, e portanto, todos os princípios, devem ser confirmados na prática. Portanto, um pensamento aberto, deve ser sempre sempre sujeito à verificação (antifundacionalismo), e que o conhecimento parte de hipóteses a serem confirmadas na prática, sobressaindo, a força do contexto. É a partir do problema que a busca da solução se dá. O aspecto

instrumental aponta para o viés político do Direito, e possui alcance sistêmico (contextualismo).

Outra importante característica do pragmatismo mostra que o conhecimento acompanha o dinamismo da vida. Volta-se para o futuro, na medida em que se pauta nas consequências da ação, bem como a interdisciplinaridade, que é a abertura para as várias áreas do conhecimento que melhor possam informar os efeitos da ação também é um desdobramento do pragmatismo. O conhecimento especializado, de natureza científica, tem o condão de tornar previsíveis os efeitos da ação, possibilitando o seu melhor dimensionamento.

A teoria pragmática foi adotada no julgamento da ADI 2.240-7, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, sendo o voto condutor do julgado, do Ministro Eros Graus, que reconheceu correta a criação do município de Luis Eduardo Magalhães, embora ausente a lei complementar, que garantia a criação do referido município, tendo em vista a existência de fato do referido município.

Por fim, temos diversos movimentos de afastamento do direito positivo, que dado os laços que os une, ficaram conhecidos como moralismo jurídico, que na Alemanha associou-se ao controle de constitucionalidade, em identificar uma ordem de valores para servir de anteparo, para o desvirtuamento de qualquer tentativa dos poderes políticos de desvirtuamento do sistema democrático.

Habermas, é peremptório ao afirmar que o Tribunal Constitucional Federal, não constitui um sistema estruturado, através de princípios, mas uma ordem concreta de valores. No mesmo sentido, Alexy, que assevera que a ordem de valores está implícita nos direitos fundamentais. Também Ronald Dworkin, rejeita o positivismo jurídico com base tanto no construtivismo jurídico, quanto no moralismo jurídico.

5 SEGUE: A NOVA HERMENÊUTICA E O PÓS-POSITIVISMO E O NEOCONSTITUCIONALISMO.

5.1 A nova hermenêutica.

Foram três as influências dentro do Supremo Tribunal Federal, em termos de interpretação, para a formulação de uma jurisprudência, baseada no ativismo judicial, desgarrando-se do positivismo e suas características já mencionadas: a nova hermenêutica, o pós-positivismo e o neoconstitucionalismo.

A nova hermenêutica coloca o juiz no principal realizador do texto constitucional, separando-o do juiz que apenas repete as palavras do legislador.

De acordo com, Luis Roberto Barroso:

a nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vista à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido. (BARROSO; 2004, p.98)

Trata-se da aplicação das modernas regras de hermenêutica, ditadas pelo neoconstitucionalismo, que entre outras coisas prega o reconhecimento normativo da Constituição.

Conforme as lúcidas palavras de Canotilho:

as coisas colocam-se, para os juristas pós-modernos, em termos substancialmente diferentes. A ideia de constituição como "centro" de um conjunto normativo "activo" e "finalístico", regulador e directivo da sociedade, é posta em causa de várias formas. Em primeiro lugar, assinalam-se os limites da regulação dos problemas sociais, económicos e políticos através do direito. O "direito só regula a sociedade, organizando-se a si mesmo" (TEUBNER). Isto significa que o direito — desde logo, o direito constitucional — é, não um direito activo, dirigente e projectante, mas um direito reflexivo auto-limitado ao estabelecimento de processos de informação e de mecanismos redutores de interferências entre vários sistemas autónomos da sociedade (jurídico, económico, social e cultural). Por isso se diz que o direito, hoje, — o direito constitucional pós-moderno — é um direito pós-intervencionista (= processualizado, "dessubstantivado", "neo-corporativo", "ecológico", "medial") (CANOTILHO; 1993, p.53).

Neste ponto os princípios constitucionais, tem um valor revelante para a interpretação do Direito Constitucional, e, portanto para conferir a máxima eficácia aos direitos fundamentais. Com propriedade afirma Francisco Meton Marques de Lima, que os princípios estão imbricados de valores e por meio do sistema

valorativo se realizam. Logo a interpretação constitucional qualquer que seja o método ou técnica empregados, esteiar-se-á numa escala de valores. E dentre estes valores, na Constituição de qualquer estado democrático de direito, os direitos fundamentais compõe a via preferencial, fato que eleva a respectiva interpretação a igual superioridade técnica hierárquica.

6 O PÓS-POSITIVISMO.

A ascensão do jusnaturalismo está associada à necessidade de ruptura com o Estado absolutista, enquanto que sua decadência está vinculada ao movimento de codificação do direito, ocorrida lá pelos idos do século XVIII.

Por outro lado, a ascensão do juspositivismo está jungida à crença exacerbada no poder do conhecimento científico (frio e calculista), ao passo que sua decadência está ligada à derrota do nazi-fascismo, no século XX. É exatamente nesse colapso de pensamentos, nessa crise de paradigmas, que o pós-positivismo, em um ímpeto de superação científica, surgiu.

Realmente, em já clássica construção textual, acentua com propriedade Luís Roberto Barroso que, o pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. (...) O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o póspositivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas com uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O

constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.

A distinção entre regras e princípios é ponto nuclear do pós-positivismo, produto da inegável influência exercida por Ronald Dworkin e Robert Alexy na atual quadra do pensamento jurídico, cujas idéias passaram a ser amplamente divulgadas no Brasil a partir de Paulo Bonavides, Eros Grau e Luís Roberto Barroso. Tal disseminação ocasionou um verdadeiro fervilhar científico no direito constitucional pátrio, movimento esse ainda em voga e que tem redundado em uma fértil produção intelectual acerca da matéria.

A visão pós-positivista também acarreta mudanças na área da interpretação constitucional. Nesse particular, lecionam os autores, que no pós-positivismo: a) o intérprete há de ter uma postura construtiva, atribuindo sentido ao enunciado legal; b) o sistema jurídico é visto como aberto/complexo, marcando-se pela interdisciplinariedade; c) dá-se a supremacia da Constituição (foco no contexto fático-jurídico – prevalência do jus), destacando-se a normatividade dos princípios; d) trabalha-se no âmbito do poder ser; e) a interpretação se dá in concreto, ocorrendo a possibilidade de inconstitucionalidade dos efeitos da norma, esta encarada como resultado da interpretação (o preceito normativo é o ponto de partida – o fato concreto é valorizado); f) reina na hermenêutica o método ponderativo (prudência), com predomínio do valor justiça; g) há flexibilidade na separação funcional do poder; h) o papel do juiz é ativo, na função de verdadeiro produtor do direito (o juiz transforma a realidade).

O Supremo Tribunal Federal tem demonstrado apreço pelo pós-positivismo, como demonstra trechos do voto emitido pelo Ministro Carlos Britto no leading caso da fidelidade partidária, considerado pela doutrina como atismo judicial:

O pós-positivismo, mais do que afirmar o caráter normativo dos princípios, atesta que eles são supernormas, as normas mais importantes do direito positivo, notadamente da Constituição, de modo que os princípios, hoje, enquanto normas de proa, de primeira grandeza, ocupam uma posição de centralidade, a partir da Constituição, vale dizer, os princípios que, na nossa Constituição, se dotam dessas virtudes de onivalência, da autorreferência e da autoaplicabilidade, são aptos a resolver casos concretos. É possível extrair deles as normas de que os operadores do Direito precisam para solucionar controvérsias. (MELO;2007,p.318)

7 SEGUE: O NEOCONSTITUCIONALISMO.

O neoconstitucionalismo é um modelo axiológico de Constituição como norma, que atribui valor intrínseco ao conteúdo das normas constitucionais, força normativa aos preceitos constitucionais, acentuando o papel dos princípios na interpretação constitucional.

O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais, que começam a surgir depois da segunda guerra mundial, a partir dos anos setenta do século XX. Trata-se de Constituições que não se limitam a estabelecer competências ou a separar os poderes públicos, mas que contém altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio de ordenações de certas finalidades e objetivos. Exemplos representativos deste tipo de Constituição, são a espanhola de 1978, a brasileira de 1988 e a colombiana de 1991.

O neoconstitucionalismo toma como objeto de estudo as Constituições surgidas depois da Segunda Guerra Mundial, marcadas por uma grande e detalhada pauta material, de que é exemplo a Constituição brasileira de 1988.

A teoria neoconstitucionalista, sugere uma leitura moralizante da constituição, como uma ordem material de valores. Seus principais representantes são Robert Alexy, Ronald Dworkin e Carlos Santiago Nino. Para o neoconstitucionalista, a constituição é onipresente, expansionista e definida em termos axiológicos e principiológicos.

O neoconstitucionalismo toma como objeto de estudo as Constituições surgidas depois da Segunda Guerra Mundial, marcadas por uma grande e detalhada pauta material, de que é exemplo a Constituição brasileira de 1988. A pauta substantiva não chega a constituir propriamente uma inovação das Constituições mais recentes, pois já era verificada na Constituição Mexicana, de 1917, e na da República de Weimar, de 1919, como admite o próprio Carbonell, um dos principais difusores do movimento neoconstitucionalista;

Também pressupõe, em decorrência dos novos textos constitucionais, uma prática jurisdicional fundada em parâmetros interpretativos de ordens distintas, como os valores, mediante um raciocínio jurídico mais complexo. Compõem esse raciocínio específicos métodos de interpretação, como a ponderação, a proporcionalidade, a razoabilidade, a máxima efetividade, etc

Outra importante faceta do movimento encontra-se na assunção de um papel menos contemplativo pela Ciência do Direito, de tal forma que constitua em si mesma, uma meta garantia.

Destaca-se ainda, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais. Da Constituição emerge uma série de comandos normativos, que longe de importarem em simples normas ideológicas, traduzem a vontade do corpo social e assim devem ser respeitadas. Desta forma, todo o ordenamento jurídico é interpretado a partir da Constituição.

A ponderação é o método, pelo qual se resolve as colisões entre os diversos princípios constitucionais. Ensina Ana Paula Barcelos, que a estrutura da ponderação, envolve um processo em três etapas. Em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito. Na segunda fase cabe examinar as circunstâncias concretas do caso e suas repercussões sobre os elementos normativos. Na terceira fase, é a fase da decisão, se estará examinado os diferentes grupos de normas e sua repercussão sobre eles, a fim de apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa.

Preconiza um ativismo judicial calcado na argumentação jurídica, bem como, a leitura moral da constituição defendida por Dworkin, velendo-se de uma teoria política. Os casos difíceis da Constituição devem ser explicados com o auxílio das mais diversas disciplinas, tais como a teoria política, teoria constitucional, filosofia jurídica. O discurso dos juizes nestes casos é principialista, refletindo os *hard cases*, dentro de uma leitura construtivista.

O neoconstitucionalismo destaca as transformações decorrentes da constitucionalização do ordenamento jurídico, mas também não deixa de ser um método interpretativo e ideológico do direito.

Trata-se nas palavras de Riccardo Guastini, de um processo de transformação de um ordenamento ao término do qual o ordenamento em questão resulta totalmente impregnado .

O neoconstitucionalismo trabalha ainda, com as seguintes teses:a) a existência de uma constituição rígida, cujo procedimento de revisão constitucional exija um quorum qualificado para modificar ou revogar normas constitucionais. a constituição pode conter cláusulas dotadas de intangibilidade (ou cláusulas superconstitucionais) em face das deliberações do poder constituinte reformador: uma espécie de super-rigidez constitucional, para assegurar a inderrogabilidade de certos direitos e garantias fundamentais e de princípios estruturais do estado democrático de direito;b) a existência de uma garantia jurisdicional da constituição mediante a previsão de alguma ou várias modalidades de controle de constitucionalidade das leis;c) o compartilhamento pela comunidade jurídica da tese da força normativa da constituição, que defende a ideia de que toda norma constitucional é norma jurídica, imperativa e, portanto, suscetível de produzir algum efeito jurídico. d) a ideia de "sobreinterpretação" do texto constitucional: uma Constituição é "sobreinterpretada" quando, após a interpretação de seus dispositivos, não há espaços vazios, isto é, livres de regulação pelo Direito Constitucional. As normas constitucionais condicionariam a interpretação de todas as normas jurídicas. É comum afirmar que toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional: as normas constitucionais passaram a constituir um "filtro" ou uma "lente" através do qual todas as normas jurídicas devem ser interpretadas. A Constituição condiciona, tanto negativa quanto positivamente, o espaço de liberdade de conformação do legislador ordinário;e) a aplicação direta das normas constitucionais, condição intimamente relacionada à ideia de força normativa da constituição.Toda norma constitucional é norma jurídica e, portanto, dotada de imperatividade e suscetível de produzir, em diferentes graus, efeitos jurídicos imediatos;f) a interpretação das leis, conforme a Constituição, como uma técnica à luz das normas constitucionais, com o objetivo de manter a validade jurídica destas;g) a influência da Constituição sobre as relações políticas. Esta condição cuida do fenómeno da judicialização da política, segundo o qual conflitos

de natureza eminentemente política ou sobre temas morais profundamente controversos, bastante frequentes em sociedades democráticas, passam a ser resolvidos pelo Poder Judiciário com fundamento em normas constitucionais de conteúdo principiológico.

CONCLUSÃO

Dependendo dos métodos de interpretação, poderemos ter ou não a presença do ativismo judicial. Com o advento da nova hermenêutica, do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, o Supremo Tribunal Federal, passou a não mais vincular-se ao texto normativo, para ir um pouco além do texto normativo, muitas vezes, criando ele mesmo situações não previstas em Lei. É necessário cuidado ao utilizar os novos métodos de interpretação, que não vedados ao aplicados da lei, mas que podem redundar em ativismo judicial.

THE HERMENEUTICS LEGAL AND JUDICIAL ACTIVISM.

ABSTRACT

The term judicial activism is an ambiguous term, and its use was used in the American magazine Fortune, facing a non-lawyer audience. Is attributed to journalist Arthur Schlesinger Jr, when profiled judges of Americans classifying them as activists and non-activists as (self limited). Since then, the term has been used by some constitutionalists of the United States with a critical perspective to ding judicial behavior not consonant with the dominant jurisprudential opinion. The judicial activism, therefore, is linked to the phenomenon of judicialization of politics, a number of factors contributing to this phenomenon, such as a democratic political system; separation of powers; the exercise of political rights; the use of the courts by interest groups; ineffectiveness of majoritarian institutions, transferring decision-making powers of other powers to the judiciary. Judicialization also promotes the

constitutional entrenchment, serving for resolving contentious social issues with reducing political costs. This article aims to examine the methods of interpretation and its relations with the judicial activism.

Keywords: Activism. Legal Logic. Positivism. Judiciary. Legal Logica. Creation of Law. Legal System. Hermeneutics.

REFERÊNCIAS.

AAVV, **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal**. Organizadora Vanice Regina Lírio do Valle. Curitiba: Juruá Editora. 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. 2.ed. esp. Trad e intrd. Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AZZARITI, Gaetano. Interpretação e teoria dos valores: retorno à constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 6:157-168, julho/dez. 2005.

BARCELLOS, Ana Paula. **Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional**. A Nova Interpretação Constitucional. Renovar. São Paulo. 2006, p.49.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BETTI, Emilio. **Teoria generalli della interpretazione**. Milão: Giuffrê, 1955 v.1 e 2.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Fundamentos da teoria do pragmatismo jurídico**. RDE, n.6. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CANOTILHO. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. revista, Livraria Almedina: Coimbra. 1993.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Trad: Carlos Alberto de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

COMANDUCCI, Paolo. Modelos e interpretación de la Constitución. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Teoría del neoconstitucionalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. Reflexões sobre o método do ensino jurídico, In: **revista da Faculdade de Direito da univerisdade de São Paulo**. LXXIV, 1979.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. São Paulo: Max Limondi, 1986.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: tempo brasileiro, 2003, v.1.

HALIS, Denis de Castro. **Teoria do direito e "fabricação de decisões**: a contribuição de Benjamin N. Cardozo, Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional - ESDC, 6:365, jul./dez. 2005.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. ed Alemã. Trad. Luís Afonso Hech, Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos e garantías**: la ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006,

GADAMER, Hans George, **Verdad y método**, 4ª edição., trad de A. M. Hespanha y L.M. Macaísta Malheiros, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2000.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método 1**: traços fundamentais de uma Hermenêutica filosófica. 8ª. Ed. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Ed. Juniversitária São Francisco, 2007.

GRAU, Eros. **Interpretación y aplicación del derecho**. Madrid: Dykison-

Constitucional, 2007.

GRAU, Eros. **Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea**, in: Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. TEPEDINO, Gustavo (organizador). São Paulo : Atlas, 2008.

GUASTINI, Riccardo. **La constitucionalización del ordenamento jurídico**: el caso italiano: in: CARBONELL, Miguel (org.). Teoría del neoconstitucionalismo. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo**: A Invasão da Constituição. 7ª Obra da Coleção Professor Gilmar Mendes. São Paulo : Editora Método, 2008.

MULLER, Friedrich. **Metódos de trabalho do direito constitucional**. 3ª edição. Trad. Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 2ª edição Brás.. Trad. João baptista machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia do Direito**, 5ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LIMA, Francisco Metom Marques. **O resgate de Valores na Interpretação Constitucional**. ABC Editora. Fortaleza. 2001.

RAMOS, Elival da Silva, **Ativismo judicial**. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

Voto do Ministro Carlo Britto no **MS 26603**, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/10/2007, DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008 EMENT VOL-02346-02 PP-00318

VALE, Ionilton Pereira do. **O Ativismo Judicial: conceito e formas de interpretação**. JusBrasil. 2015. Disponível em: [http:// ionilton pereira.jusbrasil.com.br/artigos/198089864/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao](http://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/198089864/o-ativismo-judicial-conceito-e-formas-de-interpretacao)>.

VALE, Ionilton Pereira do. **A interpretação e aplicação do direito: considerações gerais acerca da jurisprudência e da mutação social em face dos cânones da interpretação**. JusBrasil. 2014. Disponível em: <http://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/136888289/a-interpretacao-e-aplicacao-do-direito-consideracoes-gerais-acerca-da-jurisprudencia-e-da-mutacao-social-em-face-dos-canones-da-interpretacao>

VALE, Ionilton Pereira do. **A interpretação como forma de criação do direito** . JusBrasil. 2014. Disponível em: «<http://ionilton.pereira.jusbrasil.com.br/artigos/135639749/a-interpretacao-como-forma-de-criacao-do-direito>».

VALE, Ionilton Pereira do. **A interpretação e o ativismo judicial: a vinculação do intérprete ao texto normativo. Como já vimos, na interpretação judicial, o intérprete, tem sua mão uma delicada operação, de aplicação do texto normativo à realidade concreta, sendo-lhe conferido, uma certa atividade criadora.** JusBrasil. 2014. Disponível em: <<http://ionilton.pereira.jusbrasil.com.br/artigos/135639749/a-interpretacao-como-forma-de-criacao-do-direito>> .

VALE, Ionilton Pereira do. **Kelsen, o positivismo jurídico e a interpretação do texto normativo.** JusBrasil. 2014. Disponível em : <<http://ioniltonpereira.jusbrasil.com.br/artigos/152844820/kelsen-o-positivismo-juridico-e-a-interpretacao-do-texto-normativo>>.

VALE, Ionilton Pereira. **Críticas ao positivismo: em busca da linguagem perdida.** Jus Brasil 2014. Disponível em: «<http://ionilton.pereira.jusbrasil.com.br/artigos/159886786/criticas-ao-positivismo-em-busca-da-linguagem-perdida>»

VALE, Ionilton Pereira do. **Algumas considerações acerca do pós-positivismo.** JusBrasil. 2014. Disponível em: <<http://ionilton.pereira.jusbrasil.com.br/artigos/154242466/algumas-consideracoes-acerca-do-pos-positivismo>>.