

PONDERAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Lúcio DELFINO¹

Fernando ROSSI²

1. INTRODUÇÃO

Este ensaio tem o propósito de melhor situar o estudioso e aplicador do direito no contexto histórico em que vivem, além de municiá-los de alguns elementos que se acreditam hábeis para facilitar-lhes a imprescindível tarefa de compreensão do ordenamento jurídico positivado. Pretende-se, ademais, sublinhar aquilo que se espera do Judiciário, em termos hermenêuticos, no Estado Constitucional hoje experimentado.

Para tanto, apontam-se as relações entre os modelos estatais e a forma de se produzir e compreender as leis, indicam-se a essência da ideia de democracia e o papel dela de verdadeiro eixo teórico no Estado Democrático de Direito, enfrenta-se o fecundo debate entre os *procedimentalistas* e *substancialistas* e, finalmente, traçam-se algumas notas mediante as quais a interpretação jurídica contemporânea não pode se desprender.

¹Advogado. Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Pan-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

²Advogado. Professor universitário. Diretor da Revista Brasileira de Direito Processual. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. Membro do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Membro do Instituto dos Advogados de Minas Gerais.

2. MODELOS DE ESTADO E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A maneira de exercitar a interpretação jurídica sofre contínua alternância, pois submissa aos humores das ideologias que condicionam, de tempos em tempos, o agir estatal e social.

Vale dizer, e consoante se perceberá adiante, há nítido vínculo entre as ideologias adotadas pelo Estado, em seus diversos modelos, e a ausência ou não de liberdade com a qual o Judiciário interpreta e aplica as leis.

O objetivo, aqui, é examinar justamente a relação entre esses modelos adotados pelo Estado Constitucional — Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito — e a interpretação jurídica, bem assim pontuar, ainda que com exagerada brevidade, as características exegéticas preponderantes em cada qual dos períodos.

2.1 Estado Liberal

Pondere-se, de início, sobre o Estado Liberal.

Nascido como resposta ao absolutismo até então reinante, seu mote era o valor liberdade. Pregava-se, enfim, a não interferência estatal nas relações travadas entre os particulares.³ Acreditava-se que a economia possuía leis próprias, provenientes de um sistema perfeito — uma *mão invisível* —, responsável por um equilíbrio econômico satisfatório e ideal.⁴ Nesta quadra, como é evidente, que se positivaram os *direitos fundamentais de primeira geração* (de cunho eminentemente negativo).

³Segundo Gustav Radbruch, citado por Péricles Prade em ensaio clássico, “o indivíduo exaltado pelo liberalismo não é o indivíduo empírico, considerado na condicionalidade de sua existência concreta, mas o indivíduo abstrato, erradicado da vida real, conceitualmente igual a todos os indivíduos, sem quaisquer diferenças decorrentes da posição social ou econômica” (PRADE, Péricles. *Interesses difusos: expressão ideológica e hermenêutica*. Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, n. 53, p. 131-144, 1987).

⁴Em tal ambiente, fácil concluir que o Estado abraçou uma postura neutra diante da sociedade. Cumpria-lhe as funções públicas essenciais, pois sua atuação restringir-se-ia ao mínimo necessário à garantia dos direitos conquistados pela burguesia, vale dizer, assegurar um ambiente em que a liberdade seria a mais ampla possível (BAHLA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 304). Pouco interessava, à vista disso, a diferença de posições sociais entre os contratantes, ou mesmo outras desigualdades entre eles existentes, e nem mesmo se questionava acerca das diferentes necessidades dos direitos materiais. Indispensável, entretanto, era afiançar a vontade e a liberdade daqueles que contratavam, pois qualquer intromissão maior do Estado nas relações interprivadas iria de encontro à concepção liberal e voluntarista da época (NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 44-47).

Naturalmente, essa ideologia refletiu-se na atividade jurisdicional. Maximizou-se a figura do legislador. Reduziu-se a importância do juiz.⁵ A lei era mesmo o melhor sinônimo de direito.⁶

Aliás, também em tal época que, logo após a edição do Código Civil Francês (1804), deu-se o surgimento da Escola Exegética,⁷ a qual pregava que as leis encontravam-se aptas a resolver quaisquer problemas e o papel do juiz restringia-se a exclusivamente declarar a obra do legislador. Doutrinava-se um método interpretativo designadamente dogmático,⁸ limitador exagerado

⁵A ideia de se limitar a atividade do juiz também encontra suas bases no racionalismo. Confira-se a lição acertada do saudoso Ovídio A. Baptista da Silva: (...) “a eliminação da retórica suprimiu, ipso facto, tanto a possibilidade de criação jurisprudencial do direito, quanto sua essencial dimensão hermenêutica, segundo aquela ideia ingênua de que, sendo o legislador um ser iluminado, capaz de produzir normas de sentido transparente, deveria ficar vedada a seus aplicadores a tarefa de interpretá-las. (...) se a lei contém de fato ‘uma’ vontade, restará ao julgador a exclusiva tarefa de descobri-la, como quem resolve um problema algébrico. Foi apoiado neste pressuposto que se procurou impedir, na França, no início da vigência dos Códigos Napoleônicos, que os magistrados interpretassem. O núcleo da resistência oferecida pelo sistema à ideia de que o Direito seja uma ciência da compreensão, apóia-se no mesmo paradigma racionalista, em sua luta contra os juízos de verossimilhança que, como dissera Descartes, haverão de ter-se liminarmente como falsos. Se a norma pudesse comportar duas ou mais interpretações válidas e legítimas, como obter a segurança procurada pelo nascente Estado Industrial? E como justificar nossa interminável cadeia recursal? A submissão do juiz ao legislador decorrida, então, de uma premissa lançada por Thomas Hobbes, em que o pai do positivismo moderno proclamara que a missão do juiz era dar aplicação ao que o legislador dissera ser direito, sendo-lhe indiferente a ideia de justiça” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97).

⁶Sobre o tema Jaime Piterman, em trabalho clássico, leciona: “A característica tradicional dos ordenamentos ocidentais é a objetividade do juízo e a sua delimitação positiva dentro de uma concepção legalista normativa, concepção esta que fixa a natureza da sentença como ato declaratório. A busca da garantia e da certeza do direito desde l’*esprit des lois* de Montesquien modelou uma ideia mecânica da função do juiz, ideia que vê no ato de julgar um ato que já está pressuposto no legislar”. E continua: “Com o advento do Iluminismo pretendeu-se impedir o arbitrário das decisões através de um sistema baseado na rígida predeterminação normativa. Os teóricos do Iluminismo foram percursoros do princípio da legalidade da decisão visando sujeitar o juiz à lei. O juiz está sujeito a critérios independentes do seu próprio pensar. Renasce a tese de Cícero aplicada aos magistrados: *servi legum sumus ut liberi esse possimus*. A essa tese adiciona-se o racionalismo social idealizando a certeza científica do direito dentro de ordenamentos jurídicos fechados. O papel do juízo se simplifica, delimitado pelos critérios silogísticos e dedutivos. O magistrado é o porta-voz do legislador, que se inspira na máxima de Francis Bacon: *Optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis*. Surgem as grandes doutrinas do liberalismo e da democracia, o primeiro entendido como defesa da liberdade dos cidadãos nos confrontos com o Estado e a democracia compreendida como a participação dos cidadãos no poder do Estado”. Conclui o mestre: “Os trabalhos de codificação dos juristas que procuraram resumir todo o direito positivo na lei escrita objetivaram além da superação do pluralismo das fontes jurídicas, a busca da simplificação e sistematização, aliada à certeza do direito e à irretroatividade das leis” (PITERMAN, Jaime. *A significação do princípio da independência do juízo no Código de Processo Civil de 1973*. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, n. 44, p. 135-138, 1984).

⁷Segundo João Batista Herkenhoff, essas foram as principais características da Escola Exegética: i) era constituída pelos comentadores dos Códigos de Napoleão, em especial o Código Civil de 1804; ii) fundava-se na concepção da perfeição do sistema normativo, na ideia de que a legislação era completa e de que, na generalidade da lei, encontrava-se solução para todas as situações jurídicas; iii) via na lei escrita a única fonte do direito, expressão do direito natural; iv) adotava o método de interpretação literal, orientado para encontrar na pesquisa do texto a vontade ou intenção do legislador (*mens legislatoris*); v) lançava mão do método lógico quando a linguagem fosse incompleta, de maneira que extraísse plenamente o sentido dos textos legais para apreender o significado deles; vi) negava valor aos costumes e repudiava a atividade criativa, mínima que fosse, da jurisprudência (HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 35). Manuel Atienza, de sua vez, esclarece que a Escola da Exegese teria dominado o conhecimento jurídico e continental até aproximadamente 1880 e se caracterizou por conceber o Direito como um sistema dedutivo, além de configurar o raciocínio judicial segundo a conhecida teoria do silogismo. Para o juiz só é importante que a sua decisão esteja de acordo com o Direito; não lhe cabendo considerar as possíveis consequências ou o caráter razoável ou não dela (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*: Perelman, Viehweg, Alexy, Maccormick e outros. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 76).

⁸Sendo obscuro o texto normativo, permitia-se ao juiz, no máximo, utilizar de uma interpretação lógica em sentido estrito, mediante a qual fixaria o sentido e o alcance da lei pela perquirição da vontade do legislador (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica*

das possibilidades do intérprete, já que este não poderia compreender o texto normativo senão gramaticalmente, e isso para que não substituísse a vontade do legislador pela sua própria, o que, em última instância, significaria uma inaceitável intromissão na esfera de competência do Legislativo.⁹

2.2 Estado Social

Pense-se, ainda, no Estado Social.

Surgido em substituição do modelo anterior, destinou-se a contornar o profundo abismo de desigualdades provocado pela filosofia liberal-burguesa, efeito colateral do canibalismo econômico e social causado pelas crenças, sem limites, na liberdade e no individualismo.¹⁰ Sua bandeira era o valor igualdade.

e unidade axiológica da Constituição. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 47) — aceitava-se, apenas, que o juiz reconstruísse o pensamento do legislador. Havia, inclusive, vezes radicais a defender que o juiz deveria abster-se de julgar quando diante de situações não previstas pelo legislador (HERKENHOFF, João Baptista. Como aplicar o direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36). Era, destarte, dominante, no cenário da época, a doutrina que pregava o positivismo jurídico, e isso por se supor que o Direito — leia-se conjunto de normas — era um sistema fechado, continente de todas as soluções demandáveis, tendo em vista a harmonização ou a organização de conflitos (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57). Um sistema que se realizaria como tal, simplesmente por não conter nem admitir exceções, na crença irreal de que o universal domine, suplante e supere os particularismos (GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 57). Acirrado o ânimo pela evolução das ciências naturais — leciona Alexandre Bahia —, acreditou-se que, trazendo para as ciências humanas o “método” desenvolvido pelas primeiras, poder-se-ia obter iguais resultados. Pautados pela objetividade, pelo rigor metódico e pela separação absoluta entre sujeito, objeto e método, os positivistas acabaram por negar qualquer fundamento metafísico ao Direito. Para eles, o Direito era somente o legislado e interessava à ciência jurídica apenas o texto normativo (BAHLA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 306). Sobre o positivismo e suas pretensões, lecionam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: “O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação para o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. p. 8. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_bistdirbras.pdf>).

9MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 45.*

¹⁰O Estado Liberal era açoitado por um vendaval político-doutrinário de ideias construídas por filósofos políticos do socialismo utópico (Owen, Fourier, Saint-Simon, Proudhon) e por pensadores do chamado socialismo científico (Marx e Engels), cujas críticas ao capitalismo levaram aos ideais de reforma social e, até mesmo, de extinção do próprio Estado que, para alguns, havia se tornado obsoleto (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43*). O resultado disso tudo foi uma acirrada violência. Esses movimentos — leciona André Regis — foram encarados como subversivos — e, decerto, eles estavam mesmo tentando subverter a ordem por meio da luta de classes. Conquanto a burguesia capitalista valia-se de pesada repressão, na tentativa de não perder o controle da situação, acabou por não obter o êxito esperado, e uma ameaça ao status quo se apresentava real, mormente pela possibilidade de repetir tudo aquilo que efetivamente ocorrera na Rússia em 1917. Nesse contexto, encontravam-se, de um lado, aqueles que pretendiam impedir a revolução e, de outro, os que buscavam evitar mais mortes e a incerteza do futuro. Surgiu, então, o caminho mais sensato: a negociação. De tal processo negocial, por meio do qual se tentava conciliar interesses antagônicos dos liberais clássicos e socialistas, surge a social-democracia, teoricamente destinada a harmonizar esses

Foi a época da conquista dos direitos sociais (proibição do trabalho infantil, igualdade entre homens e mulheres, seguro-desemprego, educação, saúde, previdência, etc.), os chamados *direitos fundamentais de segunda dimensão* (de cunho eminentemente *positivo*).¹¹

Como essa nova estrutura estatal propunha-se a viabilizar a criação e efetivação dessa segunda dimensão de direitos fundamentais, tornou-se visível a figura do Estado intervencionista, o qual, por certo, necessitava arrecadar muito para ser efetivo e executar os programas sociais que almejava — construção de estradas, de escolas, de hospitais, garantia de aposentadorias, etc.¹²

A quebra da ideologia liberal clássica repercutiu, de maneira preponderante, na forma de *conceber* e *interpretar* o direito. Estavam ultrapassados os raciocínios hermenêuticos que alinhavam a função do juiz à mera atividade de declarar a lei. Mostrou-se insuficiente, diante do vigor da mudança ideológica empreendida, a tese que via o juiz como um autômato, com função restrita à aplicação fria da lei ao fato (subsunção), e cujo labor impunha-lhe unicamente perquirir e anunciar a real vontade da lei e/ou do legislador.¹³ O juiz não mais poderia ter a sua atividade reduzida à mera tarefa

interesses opostos, garantindo a manutenção da ordem capitalista, entretanto com a forte presença do Estado nas relações sociais (REGIS, André. *Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro*. Revista ESMAFE, p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2006). *Nascia, assim, uma proposta de um modelo de Estado de Direito em que o teor social das instituições era a sua nota predominante* (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42).

¹¹ *Buscou-se, então, reformular as bases do Estado para proporcionar aos trabalhadores diversos benefícios, sem a necessidade de uma revolução. As preocupações, agora, eram menos direcionadas à liberdade do que à justiça, uma vez que a primeira já se tinha por adquirida e positivada nos ordenamentos constitucionais, ao passo que a segunda, como anseio e valor social superior, ainda estava distante de ser alcançada* (BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42).

¹² REGIS, André. *Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro*. Revista ESMAFE, p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2006. *O ente estatal, além daquelas atividades administrativas habituais, passou a assumir, inclusive, a prestação de serviços que, até então, era deixada a cargo da iniciativa privada, e fazia isso seja confiando tarefas públicas às pessoas privadas, seja coordenando atividades econômicas privadas por meio de planos de metas, seja, ainda, tornando-se, ele mesmo, ativo enquanto produtor e distribuidor* (HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 176). *O capitalista, contudo, continuaria a ganhar muito, mas, a partir de então, também teria que contribuir com grande parte do seu lucro para os cofres públicos, propiciando, assim, a efetivação da justiça social* (REGIS, André. *Ideologias políticas, direitos humanos e Estado: do liberalismo à terceira via; reflexões para a discussão do modelo de Estado brasileiro*. Revista ESMAFE, p. 191-216. Disponível em: <<http://www.am.trf1.gov.br>>. Acesso em: 25 ago. 2006). *Eis a nova feição estatal: um ente intervencionista e arrecadador de elevados tributos. É o chamado Estado Social de Direito, Estado Previdência ou, ainda, Estado Intervencionista*.

¹³ *Sobre a decadência do positivismo e a reaproximação do direito da ética, conferir Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos: “Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes nas primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da*

mecânica de aplicação silogística da lei. A hermenêutica jurídica reclamava métodos mais sofisticados, como as análises teleológica,¹⁴ sistêmica e histórica, que emancipassem o sentido a ser conferido à lei dessa vontade subjetiva do legislador.¹⁵ Abriam-se, pois, ao Judiciário novas possibilidades, agora hábil para se valer de interpretações mais livres, destinadas, se necessário, a complementar o trabalho do legislador, não assentadas meramente na limitada enunciação ou declaração de preceitos legais.

2.3 Estado Democrático de Direito

Mas também o modelo anterior ruiu. Agigantou-se o Estado e o clientelismo se espalhou. Ao revés do que se esperava, as pessoas acabaram inseridas numa cômoda posição, cujo resultado mais evidente foi a neutralização, quase completa, do que se entende por cidadania.¹⁶

lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido". E continuam: "A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. 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 constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética" (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. p. 9. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_bistdirbras.pdf>).

¹⁴Manuel Atienza, referindo-se a Perelman, denomina esta nova concepção de raciocínio judicial, de teleológica, funcional e sociológica, e esclarece que suas origens estariam na obra de Ihering (o "segundo" Ihering, para ser mais exato). Daí afirmar que o Direito é um meio do qual o legislador se serve para alcançar fins e promover determinados valores. O juiz não pode se contentar com simples deduções silogísticas, mas, bem diferentemente, há de remontar à "intenção" do legislador, pois o que conta, sobretudo, é o fim social perseguido por este. Por isso cumpre ao juiz sair dos esquemas da lógica formal e utilizar diversas técnicas "argumentativas" na indagação da vontade do legislador (argumentos a simili, a contrario, psicológicos, teleológicos, etc.). Segundo o mesmo autor, também a "concepção tópica do raciocínio jurídico surgiu a partir do Código Napoleônico, especialmente nos países ocidentais a partir de 1945. É que depois da experiência do regime nacional-socialista, ocorreu, nos países continentais europeus, uma tendência a aumentar os poderes dos juízes na elaboração do Direito, com o que se operou também uma aproximação entre o sistema jurídico continental e o anglo-saxão e suas correspondentes concepções do raciocínio jurídico (judicial). A experiência nazista supôs, para Perelman, a crítica definitiva ao positivismo jurídico e à sua pretensão de eliminar do Direito toda a referência à Justiça. Resumindo, a nova concepção do Direito se caracterizaria pela importância atribuída aos princípios gerais do Direito e aos lugares específicos do Direitos (os tópicos jurídicos). O raciocínio jurídico não é nem 'uma simples dedução silogística' e nem, tampouco, 'a mera busca de uma solução equitativa', mas sim a 'busca de uma síntese na qual se leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e a sua conformidade com o Direito (...). Ou, dito de outra forma, a conciliação dos valores de equidade e segurança jurídica, a procura de uma solução que seja 'não apenas de acordo com a lei como também equitativa, razoável e aceitável'" (ATTENZA, Manuel. As razões do direito: teorias da argumentação jurídica: Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 76-77).

¹⁵CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 308.

¹⁶BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado

Condenou-se o cidadão, enfim, à passividade de uma espera por escola, emprego, cultura, lazer, nem de longe um participante ativo na concretização de sua própria felicidade.¹⁷

Necessário se fazia, pois, a edificação de um novo modelo ideológico, que respondesse aos diversos problemas e anseios da realidade que surgia, destacada por relações sociais alternantes, plurais e de alta complexidade. Para enfrentar essa demanda, o Estado Social sofre um remodelamento, sobrevivendo a ele o atual Estado Democrático de Direito, o último dos paradigmas constitucionais, aberto e em constante desenvolvimento, cuja ideologia se mostra mais adequada a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.¹⁸ Representa uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e socialista de Estado.¹⁹ Nesta novel atmosfera, a Constituição é vista como um *projeto estatal*, com inegável força normativa e cuja concretização traz deveres a todos os órgãos do poder, Executivo, Legislativo e Judiciário, e também à própria sociedade.²⁰

Como não poderia ser diferente, em tempos condicionados pelos ideais do Estado Democrático de Direito a interpretação surge, uma vez mais, renovada. Ao Judiciário não mais é aceitável o uso de técnicas hermenêuticas

democrático de direito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.

¹⁷CARVALHO NETO, Menelick de. *A contribuição do direito administrativo enfocada da ótica do administrado: para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das Leis no Brasil. Um pequeno exercício de teoria da Constituição.* Fórum Administrativo, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, 2001.

¹⁸Apontem-se apenas algumas características da atual realidade paradigmática: i) despontam-se reivindicações sociais de setores antes ausentes do processo de debate interno, como as minorias raciais e grupos ligados por vínculos de gênero ou de orientação sexual; ii) surge uma demanda por novos direitos fundamentais, a exemplo das manifestações ligadas à tutela dos direitos difusos e coletivos (meio ambiente, consumidores, crianças e adolescentes, idosos) (PINTO, Cristiano Paixão Araújo. *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito.* In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (Org.). *O novo direito administrativo brasileiro.* Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 26-27); iii) entra em convulsão a dicotomia entre os direitos público e privado, pois nesse novo ambiente a comunidade passa a exercer um papel efetivo na vida jurídica e política, e o próprio Estado continua a exercer forte papel interventor; iv) valoriza-se a participação ativa da comunidade no panorama político-jurídico da sociedade, mostrando-se relevante, a respeito disso, a participação e influência das organizações da sociedade civil na defesa de interesses diversos, inclusive voltando-se contra o próprio Estado.

¹⁹GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais.* 2. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 29.

²⁰Esta parece ser também a posição do constitucionalista André Del Negro: “Embora o vigente sistema constitucional brasileiro acrescente inovações à proteção dos direitos dos cidadãos contra a administração governativa, está longe de haver uma total garantia desses direitos. Isso significa que nenhuma das funções (Executivo, Legislativo e Judiciário), no Estado de Direito Democrático, pode recusar-se a dar efeito autoaplicável aos direitos fundamentais expressos no art. 5º, §1º, da CB/88” (DEL NEGRI, André. *Teoria da Constituição e do direito constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72-73).

de raiz liberal, tampouco daqueles métodos mais abertos surgidos com o paradigma estatal social. Não basta somente compreender e aplicar a norma com o interesse de reforçar a crença na legalidade, pois a preocupação, hoje, centra-se, mais do que nunca, na conquista do sentimento de justiça.²¹ E justa certamente será a tutela jurisdicional proferida também em respeito à dimensão substancial da Constituição.

Esta, então, a grande conquista hermenêutica, advinda com o Estado Democrático de Direito: *a conscientização de que as normas constitucionais situam-se no centro do sistema jurídico e desfrutam uma supremacia não apenas formal, mas também material, axiológica*, como bem ensina o constitucionalista Luís Roberto Barroso.²²

3. A DEMOCRACIA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A democracia²³ traduz-se em verdadeiro *eixo teórico* adotado pela Constituição. Sua ajustada compreensão proporciona a acepção global dos ideais que guiam o Estado Constitucional, além de fornecer ao intérprete elementos indispensáveis à eficiente compreensão do próprio ordenamento jurídico.²⁴

²¹CARVALHO NETTO, Menelick de. *A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado democrático de direito*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

²²BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 29 dez. 2009.

²³ *Leciona Artur Machado Paupério que a “democracia baseia-se primordialmente na ideia de que cada povo é senhor de seu próprio destino”* (PAUPÉRIO, Artur Machado. *Teoria do Estado democrático*. Rio de Janeiro: Presença, 1968. p. 29).

²⁴ André Del Negri bem situa a “qualidade” democracia no contexto do denominado Estado Democrático de Direito. *Leciona o constitucionalista: (...) “o art. 1º da Constituição Brasileira aparece como uma proposta paradigmática de Estado Democrático de Direito, o que cumpre notar que, neste livro, referida expressão aparecerá de forma invertida, isto é, com a redação de Estado de Direito Democrático (projeto inacabado e em constante construção). A inversão se explica. Observe-se que, para nós, o Estado, seja ele autocrático ou não, sempre será um Estado de Direito (Kelsen). Vemos, portanto, nisso tudo, uma imensa obviedade, pois todo Estado, dito democrático ou não, só poderá ser de Direito. Daí não se torna interessante a utilização da redação do art. 1º da Constituição (Estado Democrático de Direito), porque referida terminologia apresenta conotação plenástica. Por outro lado, é bom lembrar que a democracia deve aparecer como uma espécie de qualidade, de característica, de paradigma jurídico, de eixo teórico adotado pela Constituição, pois democrático não é o Estado, mas sim o Direito que rege o Estado. Quando falamos, na contemporaneidade, em Estado, queremos saber se esse Estado é regido por um Direito social, liberal ou por um Direito democrático, pois, de maneira indubitável, há uma acentuada diferença”. E conclui: “Destaquemos, desde logo, que, se há o princípio da reserva legal (art. 5º, II, CB/88) e, por outro lado, a exigência de democracia (art. 1º, CB/88), a lei, certamente, só poderá ser produzida, aplicada e reconstruída de forma democrática. Disso resulta uma série de posicionamentos como os que dizem respeito à moderna interpretação jurídica (Hermenêutica), à legitimidade do Direito, ao estudo do Processo Legislativo como inconstitucionalizador da vontade democrática dos cidadãos,*

Essa é, aliás, a impressão que se colhe da doutrina de Guerra Filho, para quem o Estado Democrático de Direito é uma “fórmula política” e a democracia elemento caracterizador da Constituição, vale dizer, *principal vetor de orientação para a interpretação de seus enunciados legais* e, por intermédio deles, de todo o ordenamento jurídico. Ou dito de maneira ainda mais direta: *resume-se ela num programa de ação — uma opção básica por determinados valores característicos de uma ideologia — a ser partilhado por todos que integram uma comunidade.*²⁵

Numa primeira perspectiva, a ideia de democracia há de ser encarada sob o enfoque *procedimentalista*. Por representar um dos pilares do novel modelo estatal, a comunidade teoricamente assume função decisiva na produção e consecução das decisões públicas: detém, por assim dizer, o direito-dever de participar intensamente na atividade política e no processo jurídico *decisional*,²⁶ de colaborar com a consecução daqueles programas constitucionais a serem observados por todos que se interagem socialmente, inclusive e principalmente pelo Estado e seus órgãos, incitados, numa *perspectiva objetiva*, a atuarem com foco em tais programas, buscando seu alcance e concretização.

No Estado Constitucional contemporâneo — preleciona Magalhães Filho — *o povo é titular e objeto do poder legítimo*. Esse povo, amplamente considerado,

à ruína do Estado Absolutista (superior ao cidadão) e até mesmo ao afastamento do Estado Social representado pelas benesses estatais (Estado paternal/maternal) e pela posição filial do cidadão (posição não ativa/participativa no processo de vida política)” (DEL NEGRI, André. Teoria da Constituição e do direito constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 72-73).

²⁵GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: RCS, 2005. p. 17. *A democracia se apoia no consentimento popular e se propõe a viabilizar o transpasse de uma condição ineficiente à outra funcional, um regime político em constante mutação e aperfeiçoamento, destinado a fundar um espaço em que os direitos fundamentais, não importando a dimensão em que se encontrem, sejam respeitados e concretizados, assegurando crescimento econômico, social, cultural e político aos homens, instruindo-os, tornando-os mais conscientes de sua cidadania, do seu poder e do seu papel essencial às tomadas de decisões condutoras do próprio desenvolvimento da comunidade. É a democracia, em termos gerais, um programa político idealizado com o propósito de superar as deficiências do homem, um caminho que permita o avanço sobre a miséria e a transformação da sociedade num ambiente onde reinem, de forma concreta e genuína, a igualdade (substancial) e a liberdade, alavancando a efetivação de todas as dimensões de direitos fundamentais, cujo alicerce maior é o princípio da dignidade humana. E por se tratar de um conceito histórico, continua válido mesmo que ainda não se tenha logrado alcançar, em sua totalidade, os direitos fundamentais, em especial os de cunho econômico e social, sem os quais os direitos individuais não se efetivam realmente (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 132-134). A democracia existe para concretizar esses direitos fundamentais, o que só se firma, por se tratar de um governo do povo, pelo povo e para o povo, pela luta incessante, não raro por meio da via revolucionária, sempre norteadas a abrigar o indivíduo da opressão autoritarista e a estabelecer uma igualdade real entre os indivíduos (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 132-134).*

²⁶THEODORO FILHO, Wilson Roberto. *A crise da modernidade e o Estado democrático de direito*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 165, p. 231-238, 2003.

compreende aqueles para os quais as leis preveem direitos e deveres, integrados a um ordenamento jurídico em cujo ápice impera a Constituição, essa que certifica aos cidadãos uma variedade de direitos fundamentais, incluídos alguns que asseguram a *participação* de todos nos processos políticos, sociais e jurídicos. Daí se dizer que o povo não é um ente passivo, mas ativamente atuante na concretização e legitimação das expressões de poder, de maneira que se lhe confira, inclusive, a possibilidade de participar diretamente — e não apenas de forma representativa — nas decisões tomadas em prol da sociedade, isso por meio de alguns mecanismos institucionais (ação popular, ação civil pública, mandado de injunção), ou, simplesmente, por intermédio do processo social de determinação do sentido dos preceitos jurídicos. É o ideal democrático, deste modo, garantia de existência de uma sociedade pluralista e participativa, hábil para proporcionar a todos o direito de discutir e decidir sobre aquilo que merece o reconhecimento geral.²⁷

Mas não é lícito estreitar-se a ideia de democracia neste particular ângulo de visão, ou seja, é apoucada e extremamente limitante uma perspectiva dela restrita à participação popular (direta ou indiretamente) na tomada de decisões públicas. *Alinhado a sua definição, encontra-se também o compromisso de se efetivarem os princípios constitucionais e os direitos fundamentais (programas constitucionais).*²⁸ Basta pensar que as Constituições representam expressões

²⁷MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 109.

²⁸Leção de Sérgio Fernando Moro que não se pode entender democracia sob uma visão exclusivamente procedimentalista, sob pena de ser impossível a compatibilidade dela com a jurisdição constitucional. Se a democracia for definida apenas como um processo de tomada de decisões, no qual deve ser ampla a influência da vontade popular, então a jurisdição constitucional dificilmente poderá ser considerada instituição democrática (MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 115). No mesmo rumo de entendimento, leciona José Herval Sampaio Júnior: “Entender a democracia limitada à participação hoje universal do cidadão na escolha de seus representantes nos Poderes Legislativo e Executivo é ir de encontro à necessidade da efetividade dos direitos e garantias fundamentais, o que representa uma quebra de todo o movimento de constitucionalização do Direito e minimiza a própria importância do cidadão, fazendo do processo jurisdicional um faz-de-conta. Democracia só existe quando os direitos dos cidadãos são cumpridos. Imaginar, por exemplo, que o direito à liberdade do cidadão em todos os sentidos não é respeitado pelo poder público significa dizer que, nesse caso, não há que se falar em Estado Democrático. Não se pode admitir — a partir da ideia de que em uma democracia deve sempre prevalecer a vontade da maioria — que se descumpram os direitos e garantias fundamentais do cidadão” (SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. *Processo constitucional: nova concepção de jurisdição*. São Paulo: Método, 2008. p. 92-93). Não bastam, no Estado Democrático de Direito, um adequado procedimento e a própria participação em igualdade de condições das partes no processo para se legitimar a decisão judicial. Por certo que a legitimidade da jurisdição e da própria tutela jurisdicional está inelutavelmente condicionada à observância do modelo constitucional do processo. Entretanto, indispensável pensar-se numa legitimidade pelo resultado — categoria menor açambarcada pela legitimidade pelo procedimento —, algo que implica a participação dialógica entre parte e contraparte (contraditório) segundo um discurso hermenêutico pautado nas normas constitucionais. Em cooperação, litigantes e juiz atribuem conteúdo exegético aos textos normativos conforme parâmetros obtidos à luz da Constituição.

jurídico-políticas da soberania popular, de modo que a essência de seus enunciados principiológicos (sua matéria-prima) repercute e traz obrigações aos integrantes da sociedade — ainda que seja uma maioria insatisfeita —, bem como a todos os órgãos de poder invariavelmente, Executivo, Legislativo e Judiciário.²⁹ Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema, os princípios constitucionais — incluídos aí, obviamente, os direitos fundamentais³⁰ — tiveram de conquistar o status de norma jurídica.³¹ Superaram, assim, a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.³² Vive-se, nas palavras de Paulo Bonavides,

²⁹Alexandre Bahia, alicerçado nas lições de Dworkin, realça a importância dos princípios, esclarecendo que, quando uma comunidade aceita que é governada por princípios, e não apenas por regras dadas por “decisões políticas tomadas no passado”, faz com que o conjunto desses princípios possa “expandir-se e contrair-se organicamente, à medida que as pessoas se tornem mais sofisticadas em perceber e explorar aquilo que esses princípios exigem sob novas circunstâncias, sem a necessidade de um detalhamento da legislação ou da jurisprudência de cada um dos possíveis pontos de conflito” (BAHLA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *A interpretação jurídica no Estado democrático de direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas*. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional: no Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 321-322). Estando os princípios impregnados de normatividade, possuem valia indiscutível na solução dos casos concretos, não apenas funcionando como norte hermenêutico de compreensão e aplicação das regras, senão ainda integrando o conteúdo mesmo da decisão jurídica. Mas por terem caráter altamente genérico, o trabalho do intérprete se intensifica, cabendo-lhe valorá-los, completando-os e preenchendo seu conteúdo, num agir direcionado à adequada apreensão de seus significados, de maneira que construa legitimamente a norma jurídica e aplique-a na pacificação do caso concreto. E essa valoração ou densificação dos princípios jurídicos não deve seguir rumo a técnicas ultrapassadas, as quais buscam na mente (ou espírito) do legislador, ou na historicidade do preceito, o seu real significado. Na trilha dos ensinamentos de Martin Heidegger e Hans-georg Gadamer, a hermenêutica não deve ser encarada como simples método técnico-normativo, mas como um modo de compreensão dentro da tradição, algo inerente à própria experiência humana (interpretação filosófica). Ou seja, a interpretação de algo essencialmente se funda numa posição prévia, numa visão ou concepção prévia. Ela necessariamente levará em consideração as impressões anteriores, o prévio universo cultural, social, histórico do intérprete. Seus pré-conceitos irão influenciar a interpretação. Daí por que as interpretações não se esgotam numa única compreensão, não sendo, sequer, definitivas. Sobretudo, variam conforme as alternâncias históricas e culturais experimentadas pelo intérprete. Nas palavras de Manoel Araújo de Oliveira, “onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível” (OLIVEIRA, Manoel Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 228). A interpretação, então, relaciona-se à própria existência mesma do intérprete. Não deve ser encarada como um método, senão como algo ligado ao contexto vital do existente humano, vinculada ao mundo da experiência, da pré-compreensão (NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 11 dez. 2006).

³⁰Os direitos fundamentais são também princípios por natureza. E os princípios, por possuírem alto grau de generalidade, permitem uma maior participação criadora por parte do intérprete na formação da “norma de decisão”, o que, em tese, asseguraria uma atualização constante do ordenamento positivo, mantendo uma sintonia entre o direito e a sociedade. Noutros termos, os princípios apresentam-se mais suscetíveis a valorações, circunstância apta a conferir ao ordenamento jurídico significados axiológicos que se ajustem mais perfeitamente a uma dada realidade.

³¹Sobre a efetividade das normas constitucionais, confira-se a lição de Luís Roberto Barroso e Ana Paula Barcellos: “E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma ideia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente por meio da qual se lêem e interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolvem, no Brasil, a nova interpretação constitucional” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. p. 3-4. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>).

³²BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios*

época em que o destaque é a soberania dos princípios constitucionais. Se antes, quando não havia Constituições, ou as havendo, ainda assim a lei preponderava, porquanto contida nos Códigos, cuja normatividade concreta se afigurava superior à das Constituições, hoje, na sociedade contemporânea, reinam, em absoluto, os princípios constitucionais. Esses princípios, *por serem a essência da constitucionalidade*, ocupam o lugar mais alto e nobre na hierarquia dos ordenamentos jurídicos — *tudo o direito positivo jaz debaixo da legitimidade haurida constitucionalmente*. Retratam a vontade da Carta Magna com os quais se legitimam a ação e o exercício de todos os poderes.³³

Já se afirmou alhures — assertiva repisada agora pela importância que encerra: a grande conquista hermenêutica, advinda com o Estado Democrático de Direito, foi a conscientização de que as normas constitucionais situam-se no centro do sistema jurídico e desfrutam uma supremacia não apenas formal, mas também material, axiológica (Luís Roberto Barroso).³⁴ Hoje, portanto, não

no direito brasileiro. p. 10. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>.

³³BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 48-51. Nesta trilha, o constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet afirma que os direitos fundamentais — princípios constitucionais por excelência, insista-se nesta ideia —, como resultado da personalização e positividade constitucional de determinados valores básicos, integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais, o núcleo substancial da ordem normativa do Estado Constitucional Democrático. Os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 72).

³⁴BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e institucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Disponível em: <www.jusnavegandi.com.br>. Acesso em: 29 dez. 2009. Ao acreditar que o ordenamento jurídico positivo era completo, avesso a lacunas e absolutamente claro, obviamente que ao julgador restava apenas o ofício de declarar o conteúdo da lei. Por não se aceitar ingerência do Estado nas relações travadas entre particulares, o poder do juiz acabou limitado ao extremo. Essa influência direta da ideologia liberal no modo de compreensão da ciência jurídica contribuiu para se atribuir à jurisdição o mero propósito de atuar (declarar) a lei no caso concreto, ideia que, ainda hoje, em pleno Estado Democrático de Direito, encontra adeptos. Contudo, essa visão reducionista do direito à lei não é mais aceitável. A sociedade tornou-se demasiadamente complexa e plural. Espera-se mais do Estado do que a mera produção legislativa. Nessa nova sociedade os valores-guia habitam a Constituição, o que conduz a exigência de uma interpretação jurídica afilada a uma matéria-prima principal. Ao Estado não basta apenas assegurar a liberdade das pessoas; exige-se dele, também, a realização das promessas imiscuídas nos direitos fundamentais e princípios constitucionais. Por isso, é preciso que se diga, há necessidade de a interpretação jurídica ser praticada, sempre, à luz das diretrizes constitucionais. É realmente equivocado compreender o direito como ordenamento jurídico ou como conjunto de enunciados preestabelecidos e exatos. É ele algo, dia a dia, construído e reconstruído pelos órgãos do poder e cidadãos, por meio do exercício oficial, ou não, da interpretação jurídica. Direito não é a lei, mas o resultado de sua interpretação. E se o direito não deve ser compreendido apenas como lei, é certo que não basta à jurisdição simplesmente atuar essa mesma lei. A jurisdição, no Estado Democrático de Direito, não apenas aplica a lei, senão ainda propriamente cria a norma jurídica concreta, considerando a participação das partes — e eventuais terceiros interessados —, respeitado o modelo constitucional do processo, mas sempre por meio de uma interpretação jurídica presa à dimensão constitucional, praticada com o fim de avaliar e conformar a lei segundo os princípios constitucionais e direitos fundamentais. Persista-se nisso: numa sociedade pluralista e absurdamente complexa, seria impróprio relegar ao legislador responsabilidade única pela criação do direito. Não é crível pensar no Judiciário como um mero repetidor de leis, como se efetivamente fosse o legislador munido de sensibilidade e capacidade produtiva hercúleas, que lhe autorizasse não só a intuir as diversas situações conflitantes, como também lhe permitisse elaborar leis em número ainda mais aquilado e plenamente afinadas com as várias e diversificadas pretensões de direito material. Por ser assim — e forte nas lições de Klaus

basta o ajustamento formal da norma à Constituição; impõe-se, até em prol de uma democracia legítima, a necessária obediência ao seu aspecto substancial.³⁵ Não é, nesta linha de princípio, a lei, formalmente revestida pela representação popular, que traduz a medida da atuação do juiz;³⁶ além de qualquer outra, essa medida reside nos princípios constitucionais e direitos fundamentais,³⁷ não sendo a lei, isoladamente considerada,

Stern — hoje, mesmo diante das grandes codificações legislativas, mostra-se impossível considerar o juiz como mero prolator mecanicista de algo previamente pensado na lei. Ele avançou à condição de intérprete da lei, por vezes vendo-se obrigado a verdadeiramente assumir a função do legislador; isso quando a lei o abandona, por falta de clareza, por lacunosidade ou por falta de determinação, compensando eventuais déficits legislativos para assegurar a proteção jurídica e a certeza do direito às partes litigantes. Assim, a aplicação da lei não é mera interpretação reprodutiva, mas, simultaneamente, produtiva e evolutiva. É função do juiz aplicar ou implementar a lei, não apenas no sentido de repeti-la, mas complementá-la, pensá-la até as suas últimas consequências, conforme o espírito do direito, sobretudo do direito constitucional e da ordem de valores que este fornece como orientação prévia (STERN, Klaus. O juiz e a aplicação do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 505-515). Enfim, os traços da interpretação jurídica sofreram sérias transformações no curso dos tempos. E isso porque a ideologia estatal, a influenciar o caminhar da sociedade, também se alterou. Antes, a justiça guardava relação com a lei. Hoje, essa concepção ruíu, e a lei nem sempre se mostra como expressão ajustada à ideia de justiça. No Estado Democrático de Direito a noção de justiça encontra-se intimamente ligada aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais. Justiça é mesmo aquela realizada com asilo constitucional.

³⁵Trata-se de postura, advirta-se, que não desconsidera a importância do princípio da legalidade, porém, imprime a este sentido diverso, uma vez que hodiernamente não se aceita a lei como algo supremo, alheio a uma compreensão que considere também a carga valorativa inerente aos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Numa palavra, no Estado Democrático de Direito apenas a legalidade constitucionalmente válida é admitida.

³⁶Na linha proposta por Luiz Guilherme Marinoni, é de ressaltar que, outrora, quando vigorava o modelo do Estado Liberal, a lei, genérica e abstrata, dirigia-se a uma sociedade de “homens livres e iguais”, todos com idênticas necessidades. A liberdade era o valor magno e, para garanti-la, o Estado resolveu tratar a todos de forma igual perante a lei. Ainda nessa época, a lei era fruto da vontade do Parlamento, cujos integrantes representavam a burguesia — não havia, pois, confronto ideológico (MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-66). Hoje, superada essa fase, as casas legislativas cederam lugar às divergências, de maneira que diferentes ideias sobre o papel do Direito e do Estado passaram a se confrontar. Daí já se constata que as normas jurídicas nem sempre são elaboradas conforme a vontade dominante, mas, sim, segundo vontades políticas de grupos de interesses, esses que se impõem, influenciando o Parlamento mediante atos de pressão (lobbys). É essa realidade, à qual não se pode permanecer alheio, autoriza o desenvolvimento de um raciocínio capaz de alterar o próprio conceito de jurisdição (MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-66). Consoante afirmado alhures, na vigência do Estado Liberal, tinha-se o legislador como um ser onisciente, e a lei era o melhor sinônimo daquilo que se denominava direito. Ao Judiciário era atribuída uma função coadjuvante, meramente declaratória, voltada ao ato de dizer a lei (o juiz era a “boca da lei”); nessa época, o direito foi literalmente reduzido à lei, e a legitimidade desta dependia, apenas, da autoridade responsável por sua criação. Se hoje, contudo, reconhece-se que a lei é o resultado da coalizão das forças dos vários grupos de interesses, adquirindo, frequentemente, contornos nebulosos e egoísticos, torna-se evidente a necessidade de submeter a produção normativa a um controle que tome em consideração os princípios de justiça. Assim — ainda segundo o preciso pensamento de Marinoni —, foi imperioso resgatar a “substância” da lei e, principalmente, encontrar instrumentos capazes de permitir a sua limitação e conformação a esses princípios de justiça, atualmente colocados numa posição superior, já que infiltrados nas Constituições. A lei, pois, perdeu seu posto de supremacia, passando a se subordinar à Constituição. De tudo isso, é natural a conclusão de que o juiz hodierno não mais se limita apenas a revelar a letra da lei. Ela, a lei, deve ser compreendida à luz dos princípios constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais, circunstância que certamente autoriza o juiz a construir (criar) a norma jurídica concreta, vista não como o texto legal, mas decorrente do significado obtido de sua interpretação. É o novo contorno da jurisdição, traçado em conformidade com os ideais de um positivismo crítico, cujo cerne não se restringe ao fato de as normas constitucionais serem o fundamento de todo o sistema jurídico, mas, também, na ideia central de que o texto da lei deve ser submetido aos princípios materiais de justiça e direitos fundamentais, permitindo que seja encontrada uma norma jurídica que revele a adequada conformação da lei (MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 13-66).

³⁷Nesse rumo, a precisa lição de José Carlos de Oliveira Robaldo: “O sistema jurídico é uma estrutura arquitetônica que tem a ordem constitucional como base, como fundamento de validade. Cada Estado está edificado em uma perspectiva jurídico-política moldada na sua Lei

a palavra hierarquicamente mais autorizada.³⁸

4. UM DEBATE QUE SE FAZ IMPORTANTE — PROCEDIMENTALISMO VERSUS SUBSTANCIALISMO

Digladiam-se as correntes filosóficas *procedimentalismo* e *substancialismo*, contenda que gera reflexos evidentes na *jurisdição constitucional*.³⁹ É que um de seus enfoques presta-se justamente a estabelecer em que medida a atividade jurisdicional pode também laborar em prol da consecução do ideal traçado

Maior. O modelo de Estado adotado na Constituição dará a formatação valorativa que deve orientar a sua estrutura jurídico-interpretativa. Isso significa que o sistema normativo infraconstitucional, de forma harmoniosa e sistemática, deve guardar uma perfeita sintonia axiológica com o modelo de Estado respectivo. Essa preocupação deve estar presente não só por ocasião da elaboração da norma, como também no momento da sua interpretação e aplicação. Contudo, deve-se ter sempre em mente que, em se tratando de um Estado autoritário, o seu enfoque valorativo é diverso daquele correspondente a um Estado democrático. É, segundo a perspectiva de um Estado Social e Democrático de Direito, que se afirma: (...) a norma constitucional passou para o centro do sistema jurídico, desfrutando uma supremacia que já não é tão somente formal, mas também material, axiológica” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006). “Isso se concretiza no enfoque metodológico pós-positivista, em que não basta o atendimento meramente formal da norma, impõe-se, também, a obediência ao seu aspecto substancial, caracterizando, em última análise, aquilo que doutrinariamente se denomina de justiça do caso concreto. Ora, partindo-se dessa premissa e considerando que é esse o modelo de Estado implantado no nosso País com a Constituição de 1988, é possível concluir, desde já, que a construção e respectiva interpretação do ordenamento jurídico infraconstitucional brasileiro, para ter validade, deve obedecer rigidamente às linhas mestras valorativas traçadas pela Lei Maior, explícita ou implicitamente por meio das suas normas e dos seus princípios estruturantes, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, entre outros, que se traduzem, em síntese, nos direitos fundamentais. A construção do edifício jurídico e sua aplicação, com efeito, deve guardar perfeita sintonia com suas bases, sobretudo com seus propósitos axiológicos. Esse equilíbrio é imperioso. Ocorre, todavia, que a eventual ocorrência de descompasso entre a orientação constitucional e o ordenamento jurídico infraconstitucional, ou entre aquela e o seu intérprete, na prática, não pode ser desprezada e, quando tal se verifica, cabe ao Poder Judiciário, como legítimo intérprete constitucional e seu guardião, fazer o controle dessa (in)compatibilidade para declarar o direito e manter o equilíbrio, arredando o que for incompatível ou adequando ao quadro axiológico, quando possível, no que for compatível” (ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Controle de constitucionalidade: algumas reflexões. Disponível em: <www.lfg.com.br>. Acesso em: 05 mar. 2007).

³⁸É a Constituição que confere balizas aos órgãos do poder. Ao Legislativo cumpre respeitar os ditames constitucionais na elaboração das leis. E, quanto ao juiz, por certo, não basta simplesmente que declare, de modo mecânico, o teor da lei — ou mesmo desvele seu espírito ou a intenção do legislador. Seu ofício lhe impõe uma avaliação de legitimidade dessa mesma lei — se necessário atingir essa legitimidade mediante uma interpretação conforme —, tendo como parâmetro as normas constitucionais — em especial, os direitos fundamentais e princípios constitucionais —, sem, por óbvio, deslembrar o necessário respeito ao modelo constitucional do processo. Apenas dessa maneira sua decisão judicial se mostrará comprometida com os ideais apregoados pelo Estado Democrático de Direito. Vê-se, portanto, que, neste novo modelo estatal, num giro de importância, o Judiciário tem sua função reformulada e sua influência sobressai à do Executivo e à do Legislativo. Relativiza-se o princípio da legalidade e atinge-se, em sua plenitude, o princípio da constitucionalidade, um “direito por princípios” e não um “direito por regras”, como já ensinava um notável constitucionalista nacional. É expressiva, neste rumo, a lição de Salo de Carvalho, voltada ao direito penal, mas certamente aplicável ao direito amplamente considerado: o papel da jurisdição “deve ser compreendido como defesa intransigente dos direitos fundamentais, topos hermenêutico de avaliação da validade substancial das leis. O vínculo do julgador à legalidade não pode ser outro que não o da legalidade constitucionalmente válida, sendo imperante sua tarefa de superador das incompletudes, incoerências e contradições do ordenamento inferior em respeito ao estatuto maior. A denúncia crítica da invalidez (constitucional) das leis permite sua exclusão do sistema, não gerando nada além do que a otimização do próprio princípio da legalidade e não, como querem alguns afoitos doutrinadores, sua negação” (CARVALHO, Salo de. Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 108).

³⁹Ao contrário do que se pode imaginar, a expressão “jurisdição constitucional” não se resume hoje à atividade empreendida pelo Supremo Tribunal Federal. Atualmente toda e qualquer atividade jurisdicional, desimportante o órgão que a pratica, é constitucional, porque sempre comprometida com a concretização dos valores constitucionais.

pela Constituição (projeto estatal constitucional), especialmente alicerçado nos princípios constitucionais e direitos fundamentais.

Os *procedimentalistas* (Habermas, Luhmann, Ely e Garapon) defendem um modelo de jurisdição calcado numa concepção formal (ou procedimental) de democracia. Seu propósito não é o oferecimento de critérios contenciosos objetivos, mas apenas de procedimentos para a resolução de conflitos morais, sempre com os olhos voltados à busca de soluções imparciais.⁴⁰ Tanto assim que Habermas, um dos mais árdios defensores desta corrente, afirma que cumpre ao Tribunal Constitucional atuação restrita à tarefa de *compreensão procedimental* da Constituição, isto é, apenas proteger um processo de criação democrática do direito, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução, não sendo sua atribuição guardar uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais⁴¹ — a tarefa da jurisdição estaria, portanto, meramente restrita à compreensão procedimental da Constituição. Negam que a legitimidade da jurisdição constitucional situe-se na tutela do conteúdo material dos direitos fundamentais, pois creem que sua finalidade restringe-se à correção de eventuais desvios no processo de representação popular, para assegurar a efetiva participação do povo no poder e o envolvimento político das minorias.⁴² Dizem intolerável um protagonismo judicial que interfira na livre construção da discursividade e que evoque para si a tarefa de legislador político, não interessando, portanto, uma pauta de valores previamente estabelecidos, mas a existência de um conjunto de procedimentos democráticos que organize o debate e estimule a participação das pluralidades instituidoras da legitimação da política e do direito, papel que jamais há de ser exercido pelo Judiciário.⁴³ Afirmam que tal posicionamento não

⁴⁰MAIA, Antonio Cavalcanti apud CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 282.

⁴¹HABERMAS apud STREK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 43.

⁴²CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 282.

⁴³HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Constituição, Poder Judiciário e Estado democrático de direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo"*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – *Ajuris*, ano XXXIII, n. 103, p. 9-30, set. 2006.

implica submissão do Judiciário, mas sim o reconhecimento de que os discursos de justificação do direito não devem ser confundidos e não podem ser usurpados pelos discursos de aplicação, razão pela qual a atividade jurisdicional há de se manter imparcial para não perturbar os espaços de formação do direito.⁴⁴ Segundo defendem, a invasão da sociedade pelo Judiciário serviria ao enfraquecimento da democracia representativa⁴⁵ e à derrocada da imparcialidade do juiz, esta última decorrente de uma *interpretação construtiva*, ajustada ao preenchimento de espaços vazios com juízos de valores morais e principiais.⁴⁶

Os *substancialistas* (Bonavides, Streck, Miranda), por seu turno, advogam que o Judiciário é o intérprete da vontade geral ou dos valores substanciais implícitos do direito positivo.⁴⁷ Trabalham na perspectiva de que a Constituição, explicitação do contrato social, estabelece as condições do agir político-estatal.⁴⁸ É por isso que, nesta ótica, cumpre também à jurisdição a tarefa de concretizar o conteúdo democrático da Constituição.⁴⁹ Segundo pensam, não é adequado sustentar que o direito ou a democracia se contentam em estabelecer uma *regra de jogo* puramente formal, compatível com qualquer conteúdo material.⁵⁰ Mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, ao Judiciário cabe o papel de intérprete, o qual põe em evidência — inclusive contra maiorias eventuais

⁴⁴HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Constituição, Poder Judiciário e Estado democrático de direito: a necessidade do debate "procedimentalismo versus substancialismo"*. Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – *Ajuris*, ano XXXIII, n. 103, p. 9-30, set. 2006. O brilhante processualista Adalberto Narciso Hommerding, no mesmo trabalho, assim sintetiza o papel do magistrado, segundo os ideais da corrente procedimentalista: "A atuação do magistrado, nesse aspecto, deveria auxiliar os indivíduos a encontrarem, a partir de suas relações sociais, os mecanismos para solucionar os problemas que os afetam. Isso porque, na sociedade contemporânea, ocorre a multiplicação dos espaços decisórios que, paralelamente à jurisdição tradicional, descentralizam os processos democráticos, possibilitando o surgimento de um Direito mais próximo da realidade social, pois oriundo dos próprios interessados. O juiz apresenta-se, portanto, como um agente controlador e zelador das 'formalidades' e dos 'procedimentos' adotados nos diferentes locais de produção do direito. Esta é a visão, pois, do que se pode nominar 'procedimentalismo'".

⁴⁵GARAPON apud STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

⁴⁶ELY apud STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 44.

⁴⁷CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 288.

⁴⁸STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45.

⁴⁹CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 288.

⁵⁰CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 288.

— a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente na Constituição e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.⁵¹ Com a positivação dos direitos sociais-fundamentais, não aceita tal corrente uma postura passiva do Judiciário diante da sociedade, voltada meramente a permitir o acesso aos mecanismos de participação democrática no sistema; bem diferentemente, exige-se dele papel de absoluta relevância: a tarefa de intérprete e de agente concretizador dos valores constitucionais.⁵²

Acredita-se mais sensata a posição defendida pelos *substancialistas*, mas condicionada a *reservas* indispensáveis à legitimação (e ao controle) da jurisdição.⁵³ Essas reservas se materializam no ambiente processual (no processo e mediante a aplicação do direito processual, portanto), em que a própria atividade jurisdicional se desenvolve e atinge seu mister de tutela dos direitos. Estar-se-á a referir propriamente àquilo que a prestigiada doutrina italiana intitula *modelo constitucional do processo*, isto é, um intrincado fluxo de direitos e garantias fundamentais processuais (contraditório e motivação das decisões judiciais, por exemplo), a cuja observância encontra-se atrelado o juiz, e sem os quais a jurisdição, longe de harmonizar-se com a democracia, exterioriza-se em mera manifestação do arbítrio.

É adequada no Brasil, portanto, uma jurisdição: i) *substancialista*, apta a efetivar os princípios constitucionais e direitos fundamentais materiais em suas variadas dimensões (direitos à saúde, à educação, à função social da propriedade), e, portanto, capaz de superar, respeitados alguns limites legítimos, omissões e deficiências, atentatórias à Carta Magna, perpetradas pelo Executivo e Legislativo;⁵⁴ ii) aberta a todos (maiorias e minorias), controlada processualmente

⁵¹ VLANNA apud STREK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45.

⁵² STREK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 45.

⁵³ É esta, afinal, a base na qual se funda o presente trabalho. Realmente há um hiato entre a jurisdição real e a ideal. Procura-se, assim, desenvolver uma doutrina afinada com o dever-ser, e não propriamente com o que é hoje a jurisdição (e, também, a ação, o processo e a defesa). Não se quer com isso afiliar-se a entendimentos doutrinários românticos, compromissados meramente com a utopia, mas, bem diferentemente, defender algo cuja viabilização se acredita possível. Crê-se, a despeito das dificuldades, concebível uma jurisdição ajustada ao projeto estatal que o constituinte originário idealizou ao elaborar a Constituição de 1988.

⁵⁴ Luiz Guilherme Marinoni não aceita os argumentos dos procedimentalistas, os quais alicerçam a legitimidade da decisão judicial unicamente nos procedimentos que asseguram o regime democrático. Para tais teóricos, essa legitimidade não poderia se fundar no conteúdo material dos direitos fundamentais, porquanto inexistiriam valores fundamentais aceitos por todos os cidadãos de forma pacífica. Acredita-se acertada a visão de Marinoni quando afirma que “o processo é o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional, e, atrelado à participação, colabora

e cujos resultados originem-se da colaboração das partes e do juiz (bem como de outros atores processuais e representantes de setores da sociedade), sempre devidamente justificados, vale dizer, uma atividade jurisdicional intimamente sintonizada com o *devido processo legal*, até como forma de assegurar a própria legitimidade desta expressão do poder estatal.⁵⁵

5. ALGUMAS NOTAS SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Observados, os *fenômenos* físicos admitem a formulação de uma *hipótese*, como explicação antecipada e racional à sua ocorrência, solução provisória a qual, depois de submetida à *experimentação* e vindo a verificar-se, permite ao cientista, como conclusão de seu trabalho, enunciar uma *lei*, que traduza, em linguagem sintética e genérica, as relações constantes e necessárias existentes entre aqueles mesmos fenômenos (método *empírico-indutivo*).⁵⁶ Ao enunciá-la, o cientista terá explicado aquilo que se observou de forma válida e definitiva, se e enquanto fatos novos não dispuserem em contrário.⁵⁷

Diversamente, os *fenômenos culturais*, oriundos do *espírito humano*, não admitem explicações. Não é possível, de tal sorte, realizar experimentações com o intuito de comprovar hipóteses previamente elaboradas. Porque ontologicamente ligados a valores, plausível somente sua *compreensão*, a qual se atinge por um método *empírico-dialético*.⁵⁸ Mediante um *ir e vir compreensivo*, que atravessa séculos

para a legitimidade da decisão” (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 31 out. 2006). O processo apenas “colabora” para a legitimidade da decisão. Ela, a legitimidade, não decorre unicamente da observância dos parâmetros fixados pelo legislador para o desenvolvimento do procedimento. Aceita o mestre que a participação no âmbito procedimental efetivamente possui grande importância, mas advoga a tese de que a jurisdição também “deve dar ênfase ao conteúdo material dos direitos fundamentais, aplicando-os de acordo com uma concepção atraente dos valores morais que lhe servem de fundamento” (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 31 out. 2006).

⁵⁵Dai se vê, vale o parêntese, a importância da compreensão adequada do direito processual. Afinal, traduz-se em mecanismo de legitimação da jurisdição, uma das expressões do poder estatal. É por intermédio do direito processual que se controla o poder conferido ao juiz, que se asseguram decisões sintonizadas com o ideal democrático e, portanto, fruto da participação de todos os sujeitos processuais (partes e juiz) e, necessariamente, afinadas com os demais direitos constitucionais processuais.

⁵⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

⁵⁷MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

⁵⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47.

e gerações, os objetos de origem cultural são progressivamente enriquecidos e ampliados com novas interpretações e abordagens, as quais, nem pelo fato de serem diferentes, invalidam as interpretações anteriores, num processo de superação e, ao mesmo tempo, de conservação e de absorção.⁵⁹

As leis, obra do espírito humano, detêm natureza essencialmente cultural.⁶⁰ Não há, só por isso, como desnudá-las, sempre e invariavelmente, mediante a utilização de métodos que se aproximam daqueles elaborados para explicar a realidade física. Se a *neutralidade* do cientista é algo elogiável na obtenção de explicações daquilo que é natural, na *compreensão* dos textos normativos representa postura alheia aos ideais que contemporaneamente alicerçam a ideia de justiça. Pense-se, apenas, que as normas⁶¹ são produzidas segundo *valores*, de modo que para a extração de seus *significados*, necessário, por óbvio, considerá-los; mas valores transmudam-se constantemente, o que impõe ao intérprete conferir ao objeto abordagens mescladas de valorações também contemporâneas, até como critério de aceitação pública do resultado hermenêutico a ser obtido.

Não se quer, evidentemente, desprezar o fato de que a ausência de objetividade, como defende autorizada doutrina, conduz ao risco de se atingir uma ampla discricionariedade judicial, cujo resultado implique perigosos subjetivismos que se situam apenas na mente do juiz. O positivismo, aliás, tinha como uma de suas metas justamente controlar a interpretação judicial e, de tal modo, evitar disfunções que pudessem caracterizar uma *ditadura da magistratura*. Mas esse risco, embora concreto, é minimizado: i) por intermédio de um controle do discurso jurídico que considere o *diálogo processual* (contraditório) travado entre

⁵⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 48.

⁶⁰É importantíssima a advertência do saudoso professor Ovídio A. Baptista da Silva, em uma de suas mais brilhantes obras, ao evidenciar os reflexos do racionalismo na construção do direito processual civil. Esclarece o mestre: “Ao racionalismo deve-se a primeira e mais significativa consequência desta premissa, qual seja a revelação do pressuposto de que o direito deveria ser uma ciência explicativa, não uma ciência da compreensão, como as correntes de Filosofia do Direito contemporâneas o consideram. Supõe-se que a incidência e, conseqüentemente, a atividade de aplicação da lei sirva-se do mesmo raciocínio lógico com que o matemático demonstra a correção de um teorema qualquer”. E conclui: “Eliminando-se a ‘compreensão’ hermenêutica, retira-se qualquer legitimidade da retórica, enquanto ciência da argumentação forense. O racionalismo, especialmente nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica, tornou a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e verbalizar a ‘vontade da lei’” (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 96-97).

⁶¹A expressão “norma”, neste trabalho, é utilizada como sinônimo de “enunciado (ou programa) legal”, “texto” ou “preceito normativo”. A “norma”, portanto, é apenas a matéria-prima utilizada pelo intérprete para se chegar, mediante a atividade de interpretação, à “norma jurídica”.

os sujeitos processuais (juiz e partes);⁶² ii) pela própria *argumentação* desenvolvida pela autoridade jurisdicional para justificar a decisão judicial (motivação das decisões judiciais);⁶³ iii) por um procedimento que leve em conta também os demais princípios processuais constitucionais que integram o *devido processo legal*.

Importante, neste momento, é saber que a interpretação jurídica tem por finalidade desvelar significados do texto normativo. É por meio dela que se supera a natural generalidade entre o texto a ser compreendido e a situação jurídica concreta e emergente dos casos particulares. Para se atingir tal desiderato, cumpre ao intérprete, em seu labor hermenêutico, e de uma maneira geral, considerar necessariamente alguns fatores: i) as singularidades do caso concreto; ii) as eventuais — e mesmo naturais — disparidades histórico-ideológicas existentes entre o texto interpretado e a realidade na qual se encontra inserido o intérprete; iii) a ideia de *legalidade constitucionalmente válida*; iv) a (re)avaliação das tradições (e *pré-conceitos*) do próprio intérprete.

5.1 As singularidades do caso concreto

Não há sentido numa interpretação alheia à aplicação. Só é possível compreender o alcance e a significação da norma (programa legal) quando examinada na busca de soluções para problemas concretos (reais ou imaginários). *Compreender a norma pela própria norma nada desvela.*

Cumpra ao intérprete o papel de individualizar o texto normativo e operar a transformação do *geral em particular*.⁶⁴ Somente atentando-se às

⁶²O contraditório, aceito em sua perspectiva dinâmica, há de efetivamente contribuir para o controle da atividade jurisdicional e do seu resultado, pois, superada a concepção que o rotulava como princípio de caráter meramente lógico-formal, suas atuais feições inserem também as partes como responsáveis pela própria construção do provimento jurisdicional.

⁶³Os subjetivismos judiciais são igualmente evitados pelo controle da própria argumentação jurídica desenvolvida pelo juiz como alicerce e justificativa de suas decisões. A motivação dos provimentos jurisdicionais, enfim, possibilita às partes verificarem a correção dos argumentos apresentados em suporte a uma determinada conclusão ou, ao menos, averiguarem a racionalidade do raciocínio desenvolvido em cada caso, sobretudo naqueles que envolvem a aplicação de princípios, cuja generalidade é seu marco mais distintivo (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. p. 22. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>).

⁶⁴A jurisprudência acarreta, não raras vezes, um prejudicial efeito colateral: a comodidade. Hoje, impossível imaginar que a jurisdição resume em atividade mecânica, mediante a qual basta o enquadramento de uma norma geral a um fato concreto para se assegurar uma adequada prestação jurisdicional. Esse ajustamento entre a norma abstrata e o fato particularizado, antes de robótico, constituiu-se em atividade hermenêutica complexa. É pouco, sob o argumento de se estar perpetrando interpretação jurídica, conformar-se com a mera subsunção. É igualmente insuficiente a cômoda empreitada de fundar raciocínios hermenêuticos em precedentes jurisprudenciais — o que, ontologicamente, é também uma forma de subsunção. Cada caso concreto é um caso em particular e, só por isso, merece interpretação segundo as suas próprias

singularidades fáticas do caso terá condições de compreender o enunciado legal e, por conseguinte, diligenciar a transição daquilo que é meramente *potencial* para o *concreto*, extraindo-se dele significados que disciplinem adequadamente dada situação conflituosa.⁶⁵ É, enfim, apenas pelo trabalho hermenêutico de ajustamento entre normas e fatos — no qual se fundem, necessariamente, a compreensão, a interpretação e a aplicação dos modelos jurídicos —, que se viabiliza a ordenação jurídico-normativa da vida social, porque é no ato e no momento da individualização da norma que o juiz desempenha o papel de agente redutor da inevitável distância entre a generalidade dos preceitos jurídicos e a singularidade dos casos concretos.⁶⁶

Essa atividade endereçada a particularizar textos normativos assume, no atual estágio histórico, feição preponderante, sobretudo pela frequente opção legislativa de elaborar normas ainda mais gerais, as quais trazem consigo uma variedade de conceitos vagos e indeterminados. Em síntese, o legislador tornou-se consciente da sua inaptidão para regular ajustadamente a riqueza das circunstâncias da vida, de sua inabilidade para disciplinar, de maneira pontual e precisa, uma gama plural de situações e conflitos originados diuturnamente em razão do avanço contínuo da humanidade. E se assim é, alarga-se o papel do intérprete, tendo em vista que tais normas, por sua dilatada generalidade, são ainda mais receptíveis a adequações que levem em conta as singularidades fáticas de cada caso concreto.⁶⁷

particularidades. A consciência de que o papel do intérprete presta-se a reduzir o abismo entre a generalidade das normas positivadas e as singularidades dos casos a decidir, também colabora com a concretização do desejo de se obter uma adequada tutela jurisdicional dos direitos

⁶⁵Prestigiosos juristas, com acerto, já afirmaram a inadequação de assinalar função puramente declaratória à jurisdição, apoucando o papel do juiz e das partes ao longo do processo. Em realidade, “a jurisdição, longe de apenas declarar o direito, opera verdadeira reconstrução da ordem jurídica mediante o processo, tendo por matéria-prima as afirmações de seus participantes a respeito da situação litigiosa” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43).

⁶⁶MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Saraiva: São Paulo, 2007. p. 60.

⁶⁷É possível que uma norma, abstratamente considerada, tenha sua constitucionalidade assegurada pelo STF. Todavia, em sua concreta aplicação, um resultado inconstitucional poderá surgir, isso se o intérprete não estiver atento às particularidades do caso concreto. Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos exemplificam essa interessante possibilidade: “Pode acontecer que uma norma, sendo constitucional no seu relato abstrato, produza um resultado inconstitucional em uma determinada incidência. Por exemplo: o STF considerou constitucional a lei que impede a concessão de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública (RTJ 169:383, ADC-MC 4, Rel. Min. Sydney Sanches), fato que, todavia, não impediu um Tribunal de Justiça de concedê-la, porque a abstenção importaria o sacrifício do direito à vida da requerente (AI 598.398.600, TJRS, 4ª. CC, Rel. Des. Araken de Assis)” (BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. p. 7. Disponível em: <<http://www.camara.rj.gov>>

5.2 As disparidades histórico-ideológicas entre a norma e a realidade

Ao se interpretar o texto normativo é necessário que se considerem também as eventuais disparidades histórico-ideológicas eventualmente existentes entre ele e a realidade na qual o intérprete se insere. Afinal, esses *déficits* ampliam sobremaneira o natural abismo presente entre a *generalidade* das normas e as *particularidades* dos casos concretos.

O direito — reitere-se esta ideia — não é a norma (lei, texto normativo, preceito legal) propriamente dita, mas o resultado de sua interpretação (*norma jurídica*). A norma, individualmente considerada, é só potência. É o processo hermenêutico que produz o verdadeiro direito. *Interpretar é também formular*. A criação judicial do direito é mesmo só um complemento do trabalho do legislador, cujas opções normativas, ainda que fossem proféticas, jamais conseguiriam aprisionar, nas malhas da lei, toda a complexidade social.⁶⁸

Sem embargo de sempre desgastada pelo tempo, a norma se presta à solução de problemas atuais. Portanto, a interpretação deve incluir não somente a explicitação do que o texto representava no mundo em que foi desenhado, na circunstância em que foi produzido, senão ainda aquilo que significa no momento atual, pois em todo ato de compreensão se dá uma aplicação ao presente.⁶⁹ *É, deste modo, papel do intérprete atuar como instância redutora de lacunas históricas que naturalmente atingem as leis*. O legislador não prescinde, antes necessita da participação do juiz — e também das partes, que igualmente colaboraram no processo de construção da norma jurídica —, a quem só fornece critérios gerais⁷⁰ (modelo normativo, matéria-prima textual). É assim que se afiança vigor a desgastados enunciados normativos e justiça à solução a ser conferida ao caso concreto, sem ter de aguardar as sempre demoradas respostas do legislador.⁷¹

br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_bistdirbras.pdf>).

⁶⁸MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55.

⁶⁹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 63.

⁷⁰MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55.

⁷¹MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 55.

5.3 A legalidade constitucionalizada

Não se pode esquecer que o objeto da interpretação, aqui, é a norma (texto normativo ou enunciado legal). Sem dúvida, há particularidades que diferenciam a compreensão de normas e de outras obras, ainda que também fruto do espírito humano. *Talvez a mais evidente seja justamente a imprescindibilidade de se avaliar a legitimidade (formal e substancial) da norma e, deste modo, compreendê-la e dela extrair significados à luz da Constituição.*⁷²

A CF é classificada como rígida. Por ser assim, o sistema normativo é necessariamente hierárquico. A rigidez de uma Constituição — leciona Marcelo Novelino — tem como principal consequência o *princípio da supremacia constitucional*. No ordenamento jurídico brasileiro a norma superior (constitucional) regula a produção normativa, ao passo que a inferior é produzida segundo as determinações daquela. Logo, uma norma infraconstitucional só será válida se produzida da maneira determinada por outra norma, que é o seu fundamento imediato de validade. A subordinação jurídica implica, enfim, a prevalência de uma determinada norma (superior) sobre a outra (inferior), sempre que entre elas houver conflito.⁷³

Mas não só cumpre ao juiz — com a colaboração das partes, insista-se na ideia — afiançar a legitimidade da norma em comparação à Constituição (legitimidade formal); é também seu dever conformar a primeira aos valores emanados da segunda, imprimindo rótulo constitucional em todas as suas decisões. Perfeitamente lícitas, por exemplo, atividades hermenêuticas focadas na manutenção da integridade do tecido normativo, dirigidas ao ajustamento da norma ao conteúdo material da Constituição, em prol da justa solução do caso concreto. É válida e indispensável tal *conformação hermenêutica* como meio de: i)

⁷²É pertinente a lição de Luís Roberto Barroso: (...) “a verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural, à prática jurídica brasileira pós-1988. Passou a fazer parte da pré-compreensão do tema, como se houvésemos descoberto o óbvio após longa procura. A capacidade — ou não — de operar com as categorias, conceitos e princípios de direito constitucional passou a ser um traço distintivo dos profissionais das diferentes carreiras jurídicas. A Constituição, liberta da tutela indevida do regime militar, adquiriu força normativa e foi alçada, ainda que tardiamente, ao centro do sistema jurídico, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes apenas formal, entrou na vida do país e das instituições” (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Nota prévia, p. X).

⁷³NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 26.

assegurar a efetivação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais por intermédio da interpretação (= aplicação) concreta da norma interpretada, imprimindo-lhe sentidos que se coadunem com os valores constitucionalmente estabelecidos;⁷⁴ ii) imprimir ao ordenamento jurídico uniformidade e completude, suplantando lacunas que, sem dúvida, disseminam a insegurança jurídica; iii) afastar, durante o exercício da atividade jurisdicional, a aplicação de determinadas normas no caso concreto, sempre que estas se mostrarem *absolutamente* antagônicas aos ditames constitucionais.⁷⁵

Advirta-se que as posturas cognitivas de *fiscalização* da constitucionalidade da norma (controle difuso de constitucionalidade) e da sua *conformação* aos valores constitucionais traduzem-se em *deveres* para o juiz. Quer isso significar que não é lícito ao órgão jurisdicional aguardar a provocação de uma das partes para, só então, avaliar a constitucionalidade de uma determinada norma, ou ainda conformá-la aos ditames constitucionais. Caso perceba nela eventual inconstitucionalidade, ou ainda necessidade de adaptá-la aos valores constitucionalmente vigentes, cumpre-lhe agir *oficiosamente*, e, de tal modo, provocar a discussão sobre tais pontos (contraditório) entre as partes da relação jurídica processual.⁷⁶ Afinal, como

⁷⁴Segundo mostra Rodolfo Viana Pereira, “a Constituição é o locus hermenêutico do Direito; é o ‘lugar’ a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais. Isso não poderia ser de maneira diferente em função da afirmação do constitucionalismo moderno como modo de regulamentação da convivência política, bem como da consagração do princípio da supremacia constitucional”. Mais à frente, continua o jurista: “Ato contínuo, não é mais possível estabelecer diferenças entre o fazer hermenêutico em relação às leis infraconstitucionais e em relação aos preceitos constitucionais. Toda compreensão, interpretação e aplicação — que são momentos conexos — de preceitos legais são simultaneamente compreensão, interpretação e aplicação de preceitos constitucionais, ainda que indiretamente. Convém, portanto, redefinir o relacionamento entre a chamada Hermenêutica Constitucional e a Hermenêutica Clássica, sabendo-se que as discussões originais quanto às particularidades daquela vieram a lume após a afirmação do referido princípio da supremacia como uma contribuição importantíssima e original do Direito Constitucional”. E, mais: “Ora, em consonância à afirmativa de que a Constituição é o locus hermenêutico do direito, a conclusão a ser extraída é pela unicidade do fenômeno que leva, pois, à assertiva de que o processo de compreensão, interpretação e aplicação dos preceitos jurídicos (constitucionais e infraconstitucionais) é essencialmente unitário — processo esse que será descrito posteriormente como concretização. Há, em verdade, uma constitucionalização de toda interpretação jurídica; em outras palavras, uma absorção da Hermenêutica Jurídica Clássica pela Hermenêutica Constitucional” (PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 177-179).

⁷⁵Esclareça-se, em conclusão, que as normas constitucionais, no Estado Democrático de Direito, prestam-se verdadeiramente àquilo que Manuel Atienza denomina de “motor de inferência” (ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*; Perelman, Viehweg, Alexy, MacCormick e outros. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006. p. 57), afóra sua utilidade, como já referido, de supressão das lacunas legislativas. É sua função, portanto, possibilitar que o intérprete promova induções e um adequado encadeamento de raciocínios (“motor de inferência”), cumprindo a elas (normas constitucionais) sempre recorrer com o propósito de conferir à sua argumentação caráter coadunável com a própria hierarquia que caracteriza o ordenamento jurídico, além de ajustar os sentidos dos enunciados infraconstitucionais à tábua axiológica que assenta todo o sistema, tudo em prol de uma efetividade constitucional incansavelmente perseguida. Ainda, deparando-se o intérprete com lacunas no ordenamento jurídico, e lhe sendo vedado o non liquet, cumprem as normas constitucionais o importante papel de acudir-lo na tarefa de superar a falha sistêmica, permitindo-lhe prosseguir no cumprimento do desiderato jurisdicional.

⁷⁶Esta também a linha de entendimento dos juristas Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ao apontarem que “o juiz ou tribunal, de

guardião da *legalidade constitucional*, o ministério primeiro do juiz, antes mesmo de julgar os fatos e combiná-los racionalmente com o substrato jurídico, é o de avaliar a própria norma a ser aplicada, aquilatando a compatibilidade formal e substancial entre ela e a Constituição.⁷⁷ Entendendo pela possibilidade de salvar a norma que apresenta sentidos inconstitucionais, deverá assim proceder e interpretá-la conforme a Constituição; sendo tal agir inexecutável, cumpre-lhe afastar sua aplicação daquele caso concreto (controle difuso) e buscar solução que melhor se afine com os princípios constitucionais e direitos fundamentais.

5.4 A (re)avaliação das tradições (e pré-conceitos) do próprio intérprete

É ineliminável que alguma subjetividade se agregue aos sentidos oriundos da interpretação jurídica.⁷⁸

*ofício, independentemente de provocação, poderá declarar a inconstitucionalidade da lei, afastando a sua aplicação ao caso concreto, já que esses têm por poder-dever a defesa da Constituição". E continuam: "Note-se que a declaração da inconstitucionalidade no caso concreto não está dependente do requerimento das partes ou do representante do Ministério Público. Ainda que estes não suscitem o incidente de inconstitucionalidade, o magistrado poderá, de ofício, afastar a aplicação da lei ao processo, por entendê-la inconstitucional". Finalmente, concluem: "Em síntese, dispõem [o juiz ou tribunal] de legitimação para suscitar o incidente de inconstitucionalidade: a) as partes do processo; b) terceiros admitidos como intervenientes no processo; c) o representante do Ministério Público; d) o juiz ou tribunal, de ofício" (PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito constitucional descomplicado*. Niterói: Impetus, 2007. p. 728).*

⁷⁷*A tarefa é realmente árdua. Afinal, trata-se de uma atividade que impõe o exame da adequação de uma norma a outra norma hierarquicamente superior. O parâmetro para a manutenção de uma norma no ordenamento positivado é outra norma (embora superior). O intérprete, então, deverá, num só processo hermenêutico, buscar, sempre, sentidos de normas infraconstitucionais e normas constitucionais. Para identificar esses sentidos se socorrerá — isso, repita-se, vale também para o desnudamento das normas parâmetro (constitucionais) —, das singularidades do caso concreto, dos valores que regem — e também dos que regiam — a realidade em que se encontra situado, das suas tradições e pré-conceitos (visão de mundo).*

⁷⁸*A interpretação das normas não deve escorar-se em técnicas ultrapassadas (ou métodos), as quais buscam na mente (ou espírito) do legislador, ou na historicidade do preceito, o seu único e real significado. Na trilha dos ensinamentos de Martin Heidegger (*Ser e tempo*. Parte I. Petrópolis: Vozes, 1988) e Hans-Georg Gadamer (*Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997) a hermenêutica não deve ser encarada como simples método técnico-normativo, mas como um modo de compreensão dentro da tradição, algo inerente à própria experiência humana (interpretação filosófica). Ou seja, a interpretação se funda essencialmente numa posição, visão ou concepção prévia. Necessariamente há de considerar as impressões anteriores, o prévio universo cultural, social, histórico do intérprete; os pré-conceitos deste irão, decerto, influenciar no resultado da interpretação. A linha de pensamento que alicerça a hermenêutica filosófica ou existencial — leciona Magalhães Filho — foi inaugurada por Heidegger e desenvolvida por Gadamer. Trata-se de uma hermenêutica que repudia o método. Para Gadamer a compreensão resulta de um diálogo entre o intérprete e o texto. Esse texto "responderia" às indagações formuladas pelo intérprete, ao mesmo tempo que nele suscitava as perguntas, em um genuíno círculo hermenêutico. A compreensão do texto está condicionada por pré-conceitos ou pré-juízos, expressões que, ao rerés de possuírem significados pejorativos, apenas indicam a existência de conceitos e juízos pressupostos em nossas interpretações, o que não poderia deixar de ocorrer, tendo-se em vista a historicidade do homem. Gadamer reconhece o valor da tradição decorrente da herança histórica e não da autoridade, motivo pelo qual fala em fusão de horizontes. Essa seria a fusão do horizonte do intérprete com a do texto. O horizonte do texto seria a riqueza de sentido nele incorporada por sucessivas interpretações que lhe foram dadas no curso da história. Depois de reiteradas fusões de horizontes, tanto o horizonte do intérprete como o do próprio texto adquiririam ampliação maior, de maneira tal que um reencontro do intérprete com o texto daria margem a novas perguntas e, conseqüentemente, a novas respostas. Esse círculo hermenêutico, ainda na ótica de Gadamer, teria a forma de uma espiral, porquanto o sentido seria inesgotável e a compreensão sempre sujeita à ampliação e ao aprofundamento (MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 39-41).*

Não que o juiz esteja autorizado a buscar, fora dos limites do ordenamento jurídico, e segundo seu próprio alvedrio, respostas às crises de interesses que lhe são submetidas. É óbvio que em um Estado Democrático de Direito a autoridade jurisdicional, além de compromissada com as partes (contraditório), está vinculada estritamente ao ordenamento jurídico (= princípio da reserva legal), e é com alicerce nele que haverá de aplicar concretamente o direito na solução dos casos concretos. Não lhe é autorizado, por exemplo, desprezar em absoluto a lei e buscar desenlaces com amparo exclusivamente na equidade,⁷⁹ ou em preceitos religiosos ou costumeiros.

Problema diverso, contudo, é a empreitada inglória destinada a eliminar, por completo, o subjetivismo que se associa ao texto normativo (norma, lei, enunciado) quando este é submetido à atividade exegética do intérprete. É que a despeito de o intérprete se encontrar preso à legalidade no momento de solucionar o litígio, a decisão judicial (norma jurídica concreta) a esta não se reduz. Não bastassem os fatos, que conferem contornos particularizados a cada qual dos casos concretos, também integram os pronunciamentos jurisdicionais a visão de *mundo* do exegeta, vale dizer, seus valores, suas tradições e *pré-conceitos*. Juiz e partes, homens que são, têm um conjunto de crenças sobre eles próprios e sobre o ambiente que os circundam, do que são e de como devem agir, ou seja, encontram-se munidos de *esquemas sociais* que lhes permitem formar juízos e expectativas sobre seus semelhantes e as relações que estabelecem entre objetos e

⁷⁹Bem verdade que o art. 127 do CPC vigente autoriza o juiz a decidir por equidade nos casos previstos em lei. O dispositivo, apesar disso, é de duvidosa constitucionalidade. Ao instituir o art. 127 do Código de Processo Civil o legislador não vinculou a equidade à interpretação jurídica, senão como substituta da lei. Nessa ótica, a equidade seria uma válvula de escape, algo previsto pelo legislador como possível, conquanto não taxativamente positivado. Decidir por equidade — ainda segundo essa visão — é pautar-se em critérios não contidos em lei alguma, é permitir ao juiz remontar ao valor do justo e à realidade econômica, política, social ou familiar em que se insere a situação concreta sob análise, para daí retirar os critérios com base nos quais julgará (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 331-332). A técnica de decisão via equidade certamente harmoniza-se com os ideais do Estado Liberal, jamais, contudo, com aqueles nutridos pelo Estado Democrático de Direito. Não há como, acredita-se, advogar a constitucionalidade deste dispositivo, segundo um parâmetro meramente literal. Num Estado Democrático de Direito não há julgamento por equidade, isto é, não se admite ao juiz afastar, por critérios próprios, a aplicação do direito objetivo — há, sim, e sempre, julgamento pautado na equidade. A atividade jurisdicional não é dado parir decisionismos tão extremados, em desrespeito absoluto ao princípio da reserva legal. Melhor mesmo é forçar a exegese e afirmar que não há decisão jurisdicional que se arrede da equidade. A lei deve ser interpretada com equidade — equidade não é fim em si mesma, mas meio para se atingir uma adequada interpretação jurídica. Ao interpretar a lei numa dimensão constitucional, levando-se em consideração os valores escalados pelos princípios constitucionais e direitos fundamentais, o juiz estará certamente pautando-se em critérios de equidade e, deste modo, conferirá a sua decisão um núcleo de justiça e legitimidade, já que tonificada pelos ideais almejados pelo paradigma do Estado Democrático de Direito.

coisas.⁸⁰ A *percepção de mundo* deles, enfim, liga-se necessariamente a esse esquema social que os qualificam e diferenciam; sua humanidade os impedem de registrar o ambiente em que vivem como *máquina fotográfica*, por isso o enxergam com distorções decorrentes de suas idiossincrasias pessoais.⁸¹

Bem ilustra tal realidade as considerações abaixo:

i) toda a diversidade de significados, às vezes resultante da interpretação de um único preceito normativo, brota de raciocínios e argumentações que levam em consideração outras normas (interpretação sistemática), especialmente aquelas de calibre constitucional (conformação constitucional), às quais o intérprete encontra-se sempre maniatado. Ocorre que a Constituição, incrementada que é por princípios, possui, em grande extensão, tessitura aberta, e por isso força o intérprete — no momento de correlacionar a norma interpretada ao princípio constitucional — a buscar, em sua própria *visão de mundo*, sentidos que acredita plausíveis para a solução adequada do caso concreto. Tal postura, por certo, impõe aos pronunciamentos jurisdicionais algum subjetivismo;⁸²

ii) não é incomum que as próprias normas interpretadas apresentem alargada amplitude de sentidos. Hoje, até natural a positivação de cláusulas gerais,

⁸⁰As exceções não se esgotam numa única compreensão, não sendo, sequer, definitivas. Mormente, variam conforme as alternâncias filosóficas e ideológicas experimentadas pelo intérprete. Nas palavras de Manoel Azevedo de Oliveira, “onde quer que compreendamos algo, nós o fazemos a partir do horizonte de uma tradição de sentido, que nos marca e precisamente torna essa compreensão possível” (OLIVEIRA, Manoel Azevedo de. *Reviravolta linguístico-pragmática*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 228). A interpretação se relaciona, enfim, com a própria existência do intérprete. Não deve ser encarada como método, senão como algo ligado ao contexto vital do existente humano, vinculada ao mundo da experiência, da pré-compreensão (NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. *A pré-compreensão e a compreensão na experiência hermenêutica*. Disponível em: <www.jus.com.br>. Acesso em: 11 dez. 2006).

⁸¹RODRIGES, Aroldo. *Psicologia social para principiantes*. Petrópolis: Vozes, 2003. p. 24.

⁸²Dito de outro modo: na contemporaneidade, já se disse em oportunidade anterior, toda hermenêutica é necessariamente constitucional, vale dizer, há de iluminar-se pela Constituição, lugar-comum diante do qual se define a amplitude dos sentidos possíveis dos preceitos infraconstitucionais. Exige-se, hoje, do intérprete, um balançar de olhos entre a norma infraconstitucional interpretada e as normas constitucionais (locus hermenêutico do direito); um perpassar pela generalidade característica dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, para, só então, produzirem-se os significados que caracterizarão o enunciado infraconstitucional, o qual se busca compreender e aplicar num específico caso concreto. Quer-se afirmar, portanto, que a interpretação jurídica, não raramente, e sobretudo pela tessitura aberta que caracteriza as normas constitucionais, impõe alguma subjetividade nos significados conferidos aos preceitos infraconstitucionais, uma abertura da qual se vale o intérprete para inserir nos significados que confere texto interpretado suas próprias tradições e pré-conceitos. Aliás, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires e Paulo Gustavo Gonet esclarecem, a respeito disso, que a interpretação transforma disposições legais em direito interpretado. Segundo os constitucionalistas, há mesmo uma assumida descontinuidade entre a expressão linguística da disposição legal e a sua compreensão para fins de aplicação, uma transmutação que se opera no e pelo raciocínio dos intérpretes, indivíduos situados e datados, historicamente condicionados, cujas ideias e valores, para não dizer preconceitos e ideologias, se não determinam, pelo menos condicionam, em larga medida, a sua visão do correto ou justo (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 49).

também no âmbito da legislação infraconstitucional. Quanto mais genérico o preceito, maiores as possibilidades que tem o intérprete de cair em subjetivismos. Que são, por exemplo, dignidade, boa-fé, lealdade, devido processo legal, contraditório, ampla defesa, motivação? Tratam-se, sem dúvida, de expressões vagas, difundidas aos montes nas legislações pátrias, e que dão ao intérprete certa liberdade para lhes conferir os devidos significados no momento em que são chamados a compreendê-las e aplicá-las ao caso concreto;

iii) a presença de subjetivismos (e até arbítrios) na decisão judicial é uma constante pelo mero fato de ter o juiz que escolher, entre as possíveis respostas existentes — oriundas das diversas interpretações apresentadas ao longo do procedimento jurisdicional pelas partes e por ele próprio —, aquela que lhe pareça mais adequada para a solução do caso concreto. A resposta jurisdicional, pelo simples motivo de originar-se de uma escolha perpetrada pelo órgão julgador (ainda que se trate de uma escolha limitada às interpretações e argumentos discutidos ao largo do processo pelas partes e pelo juiz), apresenta, portanto, alguma nuance arbitrária e subjetivista.

E, se é mesmo inevitável que algum subjetivismo se agregue às decisões judiciais,⁸³ não há como evitar a afirmação de que a responsabilidade do juiz se eleva sobremaneira na contemporaneidade. Afinal, não é ele um *pilar de pedra* no processo. Seu papel é ativo e, assim, suplanta a eleição do melhor argumento apresentado pelos contendores, aquele que, em seu ângulo de visão, é o ideal para a solução do conflito de interesses. Vai bem além, porque é seu dever *dialogar* com as partes, *esclarecê-las*, *auxiliá-las* e até *preveni-las*.⁸⁴ Cumpre-lhe, numa tal

⁸³Há, todavia, mecanismo para conter abusos e filtrar decisionismos absurdos e em demasia praticados pela autoridade jurisdicional. É no ambiente processual (o processo), por meio do formalismo que lhe é característico, que se limita, em boa medida, o subjetivismo que pode se ajuntar aos sentidos conferidos às normas interpretadas, ali mesmo onde reinam os princípios fundamentais que dão contorno ao devido processo legal, espaço no qual os pronunciamentos jurisdicionais são construídos de maneira racional e motivada, frutos da ativa cooperação entre partes e juiz. Ou seja, evitam-se e controlam-se subjetivismos — há subjetivismos que não podem ser evitados, apenas controlados e apoucados, como visto anteriormente —, que naturalmente decorrem da tessitura aberta das normas e da própria criatividade do intérprete, por intermédio de uma legitimação pelo procedimento, vale dizer, mediante a necessária filtragem pelo devido processo legal, cujo propósito é assegurar às partes a certeza de que não serão surpreendidas e que os pronunciamentos jurisdicionais serão também construídos pela participação delas.

⁸⁴Esclarece Daniel Mitidiero os significados de cada um desses deveres do juiz: i) dever de diálogo: seu escopo é de salvaguarda do jurisdicionado da surpresa, tutelando a sua confiança legítima nos atos estatais; impõe ao juiz que toda a questão que conste definitivamente resolvida em sua decisão seja previamente debatida com as partes; ii) dever de esclarecimento: determina que o Estado tem o dever de esclarecer-se a respeito da posição das partes quanto às alegações de fato constantes de seus arrazoados, a fim de que não sejam compreendidas de maneira inadequada pelo órgão jurisdicional; iii) dever de auxílio: impõe ao Estado o dever de auxiliar as partes no desempenho de seus ônus processuais; iv) dever

perspectiva, inclusive suscitar questão jurídica (matéria de direito) não percebida previamente pelos litigantes, e, a partir daí, fomentar o contraditório, abrindo oportunidade para o colóquio entre eles, sempre atento à ideia de que, em uma democracia, a transparência é valor caro aos cidadãos, inadmissíveis, portanto, armadilhas processuais hábeis para surpreendê-los.

Diante da importância da função do juiz, e da plenitude dos deveres que assume no Estado Democrático de Direito, é que não lhe basta, hoje, a mera intimidade com o ordenamento positivado. Insuficiente, ainda, que nutra familiaridade com a doutrina e jurisprudência, mananciais dos quais brotam as exegeses explicitadas pelos juristas e tribunais. Mais do que isso, espera-se dele um estreito compromisso cultural com a sociedade, voltado ao enriquecimento e à reavaliação de suas tradições, dos seus *pré-conceitos* (ou *pré-juízos*).⁸⁵ Como agente público que é, compromissado com a tutela jurisdicional numa perspectiva constitucional, exige-se do julgador sintonia com os diversos palcos de diálogos sociais, isso para que seus horizontes se harmonizem com a realidade em que vive e atua, ampliando sua consciência acerca das diversas interpretações realizadas, não só por órgãos estatais, senão ainda pelos cidadãos, pela opinião pública, pelos grupos de interesses e peritos, etc., os quais — na linha defendida por Peter Häberle — são também intérpretes ativos do texto normativo.⁸⁶ Esse compromisso cultural,⁸⁷

de prevenção: determina que o Estado advirta as partes de que o direito material afirmado em juízo pode soçobrar em face do uso inadequado do processo. Para uma visão mais aprofundada sobre esses deveres do juiz no Estado Constitucional, conferir a obra: MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. (Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 14).

⁸⁵A ideia de reavaliação das tradições a ser implementada pelo intérprete é algo que Husserl nominava de “redução fenomenológica” (ou *epoché*), em sua oposição àquela perspectiva científica tradicional. Segundo o filósofo, a redução fenomenológica implica suspender todos os juízos preestabelecidos, das ciências e doutrinas, e também da vida cotidiana. Todas as crenças do intérprete, enfim, são postas entre parênteses. É importante que o juiz assim aja, até como forma de se ver liberto de algumas de suas crenças pessoais que não se coadunam com a atividade jurisdicional (por exemplo, crenças religiosas), as quais, além de o amarrarem, não raramente o compelem a julgamentos distanciados dos parâmetros legais e constitucionais.

⁸⁶HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 15.

⁸⁷A respeito desse compromisso cultural que envolve e compromete o juiz, Sálvio de Figueiredo Teixeira, em clássico trabalho, evidenciam que a função do juiz reclama permanente aprimoramento e só adquire real importância quando ele recebe sólida formação jurídica e humanística, quando, então, realmente preparado, será o mais severo guardião do direito e da comunidade, em tarefa árdua mas de uma dignidade que não se pode comparar com nenhuma outra. E conclui, afirmando que assentada a evolução do direito pela jurisprudência, impõe-se reconhecer a necessidade de uma magistratura adequadamente preparada e atualizada, haja vista que, se ninguém se torna sacerdote do direito sem grandes esforços, também certo é que a magistratura somente se torna útil à sociedade quando seus juizes se tornam dignos da função em que se investiram, não só pela conduta, mas também pela própria vocação e cultura (CASTRO, Almirar de apud TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A jurisprudência como fonte do direito e o aprimoramento da magistratura*. Revista Brasileira de Direito Processual, Rio de Janeiro, n. 28, p. 106-120, 1981).

sintonizado com o princípio democrático, permitir-lhe-á, num agir argumentativo e motivado, e sempre atrelado à indispensável influência dos envolvidos no processo (contraditório), exercer adequadamente o seu papel de produzir, juntamente com as partes, a norma *jurídica pacificadora* aplicável ao caso concreto.⁸⁸

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em abreviada síntese, possível concluir de tudo o que foi exposto até então:

i) a maneira pela qual se exercita a interpretação jurídica sofre alternância conforme os humores das ideologias que condicionam o agir Estatal e social;

ii) de uma interpretação jurídica hermética e quase totalmente textual (Estado Liberal) evoluiu-se para técnicas mais abertas, não voltadas tão somente ao reforço da crença na legalidade, senão ainda destinadas à conquista do sentimento de justiça (Estado Democrático de Direito). Toda e qualquer interpretação jurídica, hoje, pauta-se na supremacia (formal, material, axiológica) da Constituição;

iii) a democracia constitui-se em verdadeiro *eixo teórico* adotado pela Constituição. É duplo seu significado. De um lado é encarada como programa normativo direcionado a exigência de procedimentos que assegurem a participação popular (direta ou indiretamente) na tomada de decisões públicas. De outro, quer significar o compromisso de efetivação pelo Estado (e também pela sociedade) dos princípios constitucionais e direitos fundamentais;

⁸⁸Luiz Guilherme Marioni, socorrendo-se das lições de Alexy, apresenta uma real dimensão do problema da interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito. Esclarece, de início, que os direitos fundamentais deveriam expressar, em tese, o consenso popular. Mas o consenso é formado por concepções particulares, muitas das quais conflitivas e antagônicas. Noutras palavras, se é certo que os direitos fundamentais correspondem ao consenso popular, também é que o preenchimento do conteúdo desses direitos fundamentais, normas principais por natureza, é tarefa difícil, haja vista a diversidade de valores que integram a personalidade de cada indivíduo. Admitindo-se que ao juiz compete controlar a lei a partir dos direitos fundamentais, aceitando-se um dever da jurisdição em garantir a legitimidade da decisão mediante a sua conformação com os princípios constitucionais e direitos fundamentais, estar-se-á, por certo, reconhecendo que, ocorrendo conflito entre a lei a ser aplicada ao caso concreto e um direito fundamental, deverá o juiz afastar a decisão do legislador e decidir de maneira adequada à dimensão constitucional. E nesse momento o papel da argumentação é fator de legitimação essencial da decisão judicial, cabendo ao juiz demonstrar, publicamente, que seu julgamento está amparado em argumentos que são reconhecidos como bons argumentos, ou, ao menos, como argumentos plausíveis. Deve o órgão julgador lançar mão de uma argumentação racional, capaz de convencer a sociedade no caso em que aparece a desconfiança de que a decisão do parlamento toma de assalto a substância identificada em um direito fundamental (MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. Disponível em: <www.abdpc.org.br>. Acesso em: 10 nov. 2006).

iv) o exame do debate travado entre *procedimentalistas* e *substancialistas* se apresenta indispensável à compreensão das balizas da atividade jurisdicional no Estado Constitucional. Examinadas ambas as perspectivas teóricas, no Brasil acredita-se mais ajustada uma jurisdição substancialista, apta a efetivar os princípios constitucionais e direitos fundamentais materiais em suas variadas dimensões, e, portanto, capaz de superar, respeitados alguns limites legítimos, omissões e deficiências atentatórias à Carta Magna, perpetradas pelo Executivo e Legislativo. Uma atividade jurisdicional aberta a todos (maioria e minorias), controlada processualmente e cujos resultados originem-se da colaboração das partes e do juiz (bem como de outros atores processuais e representantes de setores da sociedade), e sempre devidamente justificados — enfim uma atividade jurisdicional intimamente harmonizada com o *devido processo legal*;

v) a interpretação jurídica tem por escopo desvelar significados do texto normativo. Para atingir tal desiderato, cumpre ao intérprete, em seu labor hermenêutico, e de uma maneira geral, considerar necessariamente alguns fatores: a) as singularidades do caso concreto; b) as eventuais — e mesmo naturais — disparidades histórico-ideológicas existentes entre o texto interpretado e a realidade na qual se encontra inserido o intérprete; c) a ideia de legalidade *constitucionalmente válida*; d) a (re)avaliação das tradições (e pré-conceitos) do próprio intérprete;

vi) cabe ao intérprete o papel de individualizar o texto normativo e operar a transformação do geral em particular. Vale dizer, somente atentando-se às singularidades fáticas do caso terá condições de compreender o enunciado legal e, por conseguinte, diligenciar a transição daquilo que é meramente potencial para o concreto. E na medida em que o legislador tornou-se consciente da sua inaptidão para regular ajustadamente a riqueza das circunstâncias da vida, o papel do intérprete — em especial o do juiz —, no Estado Democrático de Direito, alargou-se sobremaneira, naturalmente porque as normas, hoje instituídas, possuem dilatada generalidade e, deste modo, são mais receptíveis a adequações que levem em conta as particularidades que caracterizam cada um dos casos concretos;

vii) o direito não é a norma (lei, texto normativo) propriamente dita, mas o resultado de sua interpretação (norma jurídica). Não obstante desgastada

pelo tempo, os preceitos legais prestam-se à solução de problemas atuais. Daí a razão pela qual a interpretação deve incluir não somente a explicitação do que o texto representava no mundo em que foi desenhado, senão ainda aquilo que significa no momento atual. É papel do intérprete atuar como instância redutora de lacunas históricas que naturalmente atingem as leis;

viii) como guardião da legalidade constitucional, o ministério primeiro do juiz, antes mesmo de julgar os fatos e combiná-los racionalmente com o substrato jurídico, é o de avaliar, ainda que oficiosamente — mas sempre com o auxílio das partes, para não surpreendê-las e lhes permitir participar da construção do provimento jurisdicional —, o próprio texto normativo a ser aplicado, aquilatando a compatibilidade formal e substancial entre ele e a Constituição. Entendendo pela possibilidade de salvar a norma que apresenta sentidos inconstitucionais, deverá assim proceder e interpretá-la conforme a Constituição; sendo tal agir inexecutável, cumpre-lhe afastar sua aplicação daquele caso (controle difuso) e buscar solução que melhor se harmonize com os princípios constitucionais e direitos fundamentais;

ix) é ineliminável que alguma subjetividade se agregue aos sentidos oriundos da interpretação jurídica, ainda que obviamente controlada por procedimentos judiciais instituídos em consonância com os direitos fundamentais processuais constitucionais (especialmente o contraditório, a ampla defesa, a isonomia e a motivação das decisões). Não há, por isso, como se evitar a constatação de que a responsabilidade do juiz se eleva sobremaneira na contemporaneidade, não lhe bastando a mera intimidade com o ordenamento positivado, ou que nutra familiaridade com a doutrina e jurisprudência. Mais do que isso, espera-se dele um estrito compromisso cultural com a sociedade, voltado ao enriquecimento e à reavaliação de suas tradições, dos seus pré-conceitos (ou pré-juízos). Exige-se do julgador, ademais, sintonia com os diversos palcos de diálogos sociais, isso para que seus horizontes se afinem com a realidade em que vive e atua, ampliando sua consciência acerca das diversas interpretações realizadas, não só por órgãos estatais, senão ainda pelos cidadãos, pela opinião pública, pelos grupos de interesses e peritos, os quais são também intérpretes ativos do texto

normativo (Peter Häberle). Esse compromisso cultural permitir-lhe-á, num agir argumentativo e motivado, e sempre atrelado ao contraditório, exercer, de maneira adequada, o seu papel de produzir, juntamente com as partes, a norma jurídica pacificadora aplicável ao caso concreto.

Autor Convidado

Recebido em: 23/11/2012

