

NEOCONSTITUCIONALISMO, A “VIRADA HARTIANA” E O ATIVISMO JUDICIAL: leitura a partir do atual paradigma jurídico

NEOCONSTITUTIONALISM, THE “UPSET HARTIANA” AND THE JUDICIAL ACTIVISM: reading from the current legal paradigm

Tiago Clemente Souza¹
Marielen Paura Orlando²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo apresentar uma crítica às construções teóricas que negam a abertura do Direito, mediante uma comunicação necessária com a Moral, determinando uma atuação ativa/criativa do julgador, principalmente a partir da chamada “virada hartiana”. Assim, buscaremos apresentar inicialmente o conteúdo objetivo da Ciência Jurídica de Hans Kelsen, para se determinar a fase objetiva e a fase interpretativa do fenômeno jurídico, posteriormente apresentaremos o que entendemos como o atual paradigma jurídico decorrente da reviravolta hermenêutico-linguística-pragmática e “virada hartiana”, e finalmente a incongruência em se defender o Ativismo Judicial, como atividade atípica, em tempos de Neoconstitucionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo Jurídico; Atual Paradigma Jurídico; Reviravolta Linguística; “Virada Hartina”; Ativismo Judicial.

ABSTRACT

This paper aims to present a critique of theoretical constructs that deny the opening of the Law, by communication required with the Morale, determining an active performance / creative judgmental, especially from the so-called "turn hartiana." So, try to present the first objective content of Legal Science of Hans Kelsen, to objectively determine the stage and phase of interpretive legal phenomenon, then introduce what we understand as the current legal paradigm due to the twist-linguistic-hermeneutic and pragmatic "turn hartiana "and finally the incongruity in defending the Judicial Activism as atypical activity in times of neoconstitutionalism.

KEYWORDS: Legal Positivism; Current Legal Paradigm; Turnaround Linguistics; "Upset Hartina"; Judicial Activism.

INTRODUÇÃO

Em tempos de Neoconstitucionalismo tornou-se tema da moda sustentar a superação do positivismo jurídico, entendido como construção teórica ultrapassada, obsoleta, que não mais satisfaz às pretensões da humanidade.

A grande questão se revela quando após o fim da Segunda Guerra Mundial diante das atrocidades cometidas pelo eixo, estudiosos como Gustav Radbruch incriminaram Hans Kelsen como teórico legitimador do Estado Nazista, conclamando a moral como grande salvadora dos futuros ordenamentos jurídicos, que deveriam sequer

¹ Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Univem, bolsista Capes/Prosup modalidade 1. Membro do Grupo de Pesquisa Constitucionalização do Direito Processual. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília/Univem em 2011. Advogado. email: tiagoclemente@univem.edu.br.

² Pós-Graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Graduada em Direito pela mesma instituição. Advogada. Endereço eletrônico para contato: <marielen_orlando@hotmail.com>.

reconhecer a existência dos enunciados normativos extremamente injustos. Retornando os estudiosos do Direito ao eterno debate entre jusnaturalismo *versus* juspositivismo.

O presente artigo tem por objetivo realizar algumas considerações sobre o atual paradigma jurídico e o chamado Ativismo Judicial, para tanto iremos apresentar a Ciência Jurídica de Hans Kelsen exposta na Teoria Pura do Direito, verificando que se trata de construção científica que busca extirpar, num primeiro momento, qualquer construção ideológica (seja ela da social-democracia, do liberalismo político, do Estado do bem-esta-social ou qualquer outra posição política) quando no campo científico, sem que, posteriormente, não reconheça a necessária e natural ingerência axiológica.

No segundo e terceiros capítulos abordaremos o que chamamos de atual paradigma jurídico, construído a partir de uma análise crítica do direito oriundo das teorias clássicas, em que buscaremos demonstrar a (re)aproximação entre direito e a moral, que culminará na necessidade de se estabelecer uma ética do discurso diante do atuação criativa do hermeneuta, sendo fruto da reviravolta linguística e da “virada hartiana”, ocasião em que faremos a análise da construção do Direito a partir do comportamento ativo do julgador.

Finalmente no último capítulo dissertaremos sobre o comportamento ativo do julgador, sendo certo que as construções teóricas desenvolvidas ao redor do Ativismo Judicial nada mais representam do que uma tentativa de se estabelecer o direito do observador, tecnocrata, que não admite a função criativa do hermeneuta, ou quando esta ocorre é chamada de decisão que extrapola a ordem jurídica.

1. BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CIÊNCIA JURÍDICA DE HANS KELSEN: pela superação de um jusmoralismo irracional

Algumas considerações sobre a Teoria Pura do Direito e a pretensão científica apresentada por Hans Kelsen apresentam-se de fundamental importância para a delimitação das questões cotidianas do mundo jurídico. Quando se pretende estabelecer a análise científica e crítica de determinado objeto e/ou atividade, como é o caso do presente artigo, por questões de clareza metodológica é fundamental estabelecer a partir de qual construção teórica se parte, determinando-se o corte epistemológico da pesquisa.

A análise da atividade decisória jurisdicional, no interior de um processo judicial, cujo objeto de aplicação é o conteúdo normativo do direito, reflete a necessidade de se apresentar a partir de qual imagem do Direito se parte. Para o presente

artigo pretende-se indicar alguns apontamentos sobre a ciência jurídica na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, na tentativa de se evitar clássicos e comuns equívocos da interpretação desta obra, o que permitirá identificar em que medida a Jurisdição irá se apresentar dentro de uma dinâmica jurídica de aplicação normativa que elege o direito posto como fonte de normas que regulamentará as relações sociais.

Hoje muito se fala em uma possível e necessária superação da aplicação fria da lei pelo hermeneuta julgador, como moderníssima e contemporânea construção teórica jurídica nomeia-se o chamado pós-positivismo, neoconstitucionalismo e neoprocessualismo como verdadeiras construções salvadoras de uma dinâmica tecnocrata-silogística, afinal Hans Kelsen com seu reducionismo jurídico legal legitimou e permitiu todas as catástrofes ocorridas contra a humanidade pelo movimento nazifascista durante a segunda grande guerra (*reductio ad Hitlerum*). Bobbio já fazia tal constatação, principalmente pelos defensores do jusnaturalismo:

Começemos pelos promotores do Direito Natural. Eles dizem: a Teoria Pura do Direito, como expressão última e consequente do positivismo jurídico, exclui que haja outro Direito fora do Direito Positivo; por isso é obrigada a aceitar como Direito qualquer aberração moral ou religiosa (e quantos foram os exemplos que a história recente nos colocou diante dos olhos com dramática evidência!) que agrada a um déspota ou a uma classe de homens políticos sem escrúpulos de se impor nas formas do direito constituído. O erro capital da Teoria Pura do Direito, segundo eles, estaria no fato que, impondo ao jurista comportar-se como um frio intérprete da norma positiva, qualquer que seja o valor ético da norma, transforma-o em um colaborador de qualquer regime, por objeto e repugnante que seja, num aceitador ou pelo menos num impassível indagador do fato consumado³.

No entender de Andytias Soares:

Com a derrocada da Alemanha, surgiu a necessidade urgente de se encontrar um bode expiatório, uma justificativa para o injustificável e uma explicação fácil de se entender e de se aceitar para o horror nazifascista. Encontraram-se todas essas três realidades no positivismo jurídico, conforme a visão desfigurada que lhe impingia – e até impinge – o renascido jusnaturalismo. A maior prova da culpa incontestada do juspositivismo foi o fato de os réus em Nuremberg terem justificado as suas ações com base na lei positiva: “Persegui, torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei”. *Gesetz ist Gesetz*: Eis a filosofia do positivismo jurídico, bradavam, impávidos, os jusnaturalistas. Sem a consideração de valores superiores que devem guiar o direito, este corre o risco de se transformar em uma ordem de opressão na qual a norma jurídica, por ser jurídica, possui um valor intrínseco, devendo ser obedecida incondicionalmente. Essa

³ BOBBIO, Norberto. **Direito e Poder**. São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007. p. 25.

seria então a verdadeira herança do positivismo jurídico, que desprezando a evolução de valores jusnaturalistas como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos como a igualdade e a liberdade, teria imposto regimes políticos opressivos ou, pelo menos, justificado e legitimado as experiências autoritárias da primeira metade do século passado⁴.

Mas, até que ponto é possível afirmar que a Teoria Pura do Direito legitimou que determinadas escolhas políticas fossem institucionalizadas, como fora as nazifascistas, o que culminou no atual paradigma do direito que renega o positivismo jurídico, e toda aquela a pretensão de pureza de uma construção jurídica?

Conforme nos alerta Norberto Bobbio a Teoria Pura do Direito apresentou-se como levante a duas trincheiras, contra o Direito Natural e contra a Sociologia. Contra o Direito Natural conduzia-se em nome da *objetividade* da ciência, cuja tarefa era meramente descritiva da realidade, e não avaliativa, diferente do jusnaturalismo que de tempos em tempos, conduzido pelos movimentos políticos-ideológicos, inclinava o direito em conformidade com certas ideias de justiça (doutrinas conversadoras ou revolucionárias que alcançavam o poder)⁵. Afirma Bobbio que: “[...] Agindo contra a objetividade da Teoria Pura do Direito (e sem objetividade não há ciência), o Direito Natural exprime valores *subjetivos* ou até irracionais, os quais, por isso mesmo, são irreduzíveis a análises científicas”⁶.

Em relação ao afastamento da ciência jurídica da Sociologia buscou-se determinar que a Sociologia pertence à esfera do ser, que analisará fenômenos sociais, enquanto o direito pertence ao mundo do dever-ser, já que busca estabelecer uma estrutura de qualificação da realidade social mediante o estabelecimento de normas jurídicas. Assim, enquanto o objeto de estudo da Sociologia é o fenômeno social, o direito, como ciência particular, não aborda como objeto de estudo os fenômenos das relações humanas, mas as normas que qualificam aqueles⁷.

Neste sentido a Teoria Pura do Direito terá inicialmente duas pretensões: a) ser ciência, portanto, possuir objeto delimitado que possa ser racionalmente controlável e analisado, sem se submeter às intempéries das ideologias humanas; e b) ser a ciência própria do objeto específico a que se dirige o direito⁸.

⁴ MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético**. In Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009, p. 16.

⁵ BOBBIO, Norberto. **Direito e ...** Op. Cit. p. 23.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid., p. 24.

⁸ Ibid.

Assim, para impedir a confusão entre a existência do direito, com a justiça do direito, será necessário analisar a norma (ou seu conjunto – ordenamento jurídico) a partir de três critérios que não se confundem: 1) se é justa ou injusta; 2) se é válida ou inválida; 3) se é eficaz ou ineficaz⁹.

Estabelecer a análise da justiça da norma exigirá necessariamente que se verifique seu conteúdo, observando se há ou não congruência com os valores últimos ou finais de determinado ordenamento jurídico. Para Bobbio:

[...] O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é: norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela que não deveria ser. Pensar sobre o problema da justiça ou não de uma norma equivale a pensar sobre o problema da correspondência entre o que é real e o que é ideal. Por isso, o problema da justiça se denomina comumente de problema *deontológico* do direito¹⁰.

A análise da norma voltada à sua validade está relacionada à sua existência ou não, independentemente, portanto, do juízo de valor quanto ao seu conteúdo. Assim, trata-se de um juízo de fato, de verificar se a norma apresentada é existente, conseqüentemente se é regra jurídica. Segundo Bobbio:

[...] Enquanto para julgar a justiça de uma norma, é preciso compará-la a um valor ideal, para julgar a sua validade é preciso realizar investigações do tipo empírico-racional, que se realizam quando se trata de estabelecer a entidade e a dimensão de um evento. Em particular, para decidir se uma norma é válida (isto é, como regra jurídica pertencente a um determinado sistema), é necessário com frequência realizar três operações: 1) averiguar se a autoridade de quem ela emanou *tinha poder legítimo para emanar normas jurídicas*, isto é, normas vinculantes naquele determinado ordenamento jurídico (esta investigação conduz inevitavelmente a remontar até a norma fundamental, que é o fundamento de validade de todas as normas de um determinado sistema; 2) averiguar se não foi *ab-rogada*, já que uma norma pode ter sido válida, no sentido de que foi emanada de um poder autorizado para isto, mas não quer dizer *que ainda o seja*, o que acontece quando uma outra norma sucessiva no tempo a tenha expressamente ab-rogado ou tenha regulado a mesma matéria; 3) averiguar se não é *incompatível* com outras normas do sistema (o que também se chama *ab-rogação implícita*), particularmente com uma norma hierarquicamente superior (uma lei constitucional é superior a uma lei ordinária em um Constituição rígida) ou com uma norma posterior, visto que em todo ordenamento jurídico vigora o princípio de que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas (assim como em um sistema científico duas proposições contraditórias não podem ser ambas verdadeiras). O problema da validade jurídica pressupõe que se tenha respondido à pergunta: o que se entende por

⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008. p. 46.

¹⁰ *Ibid.*

direito? Trata-se, querendo adotar uma terminologia familiar entre os jusfilósofos, do problema *ontológico* do direito¹¹.

O terceiro elemento analítico de uma norma é o problema da *eficácia*, que diz respeito ao fato de ela ser ou não seguida pelas pessoas a quem é dirigida. “[...] Que uma norma exista como norma jurídica não implica que seja também constantemente seguida”¹². A questão da eficácia da norma está relacionada ao caráter histórico-sociológico, para o comportamento da sociedade diante do estabelecimento de uma norma jurídica, para Bobbio trata-se de um problema *fenomenológico* do direito¹³.

Esses três critérios de avaliação normativa são independentes e não se confundem, sendo a confusão realizada entre esses três elementos que conduzirão às críticas infundadas à Teoria Pura do Direito. Teorias que promovem a fusão destes elementos conduzem um “reducionismo”, que “[...] leva à eliminação ou, pelo menos, ao ofuscamento de um dos três elementos constitutivos da experiência jurídica e, portanto, a mutilam”¹⁴. Segundo Norberto Bobbio há teoria que *reduz a validade à justiça*, afirmando que uma norma só é válida se é justa, sendo o exemplo mais ilustre desta redução a doutrina do direito natural¹⁵.

Uma segunda reduz a justiça à validade, quando afirma que uma norma justa somente pelo fato de ser válida, isto é, faz depender a justiça da validade, que pode ser vista numa construção legalista, formalista, no sentido mais restrito e limitado do positivismo jurídico¹⁶.

E finalmente há aquela que *reduz a validade à eficácia*, “quando tende a afirmar que o direito real não é aquele que se encontra, por assim dizer, enunciado em uma Constituição, ou em um Código, ou em um corpo de leis, mas é aquele que os homens efetivamente aplicam nas suas relações cotidianas: esta teoria faz depender, em última análise, a validade da eficácia. O exemplo histórico mais radical é dado pelas correntes consideradas realistas da jurisprudência americana e pelas suas antecipações no continente”¹⁷.

Referidas argumentações guardam estrita relação com a ideia de sistema apresentado por Kelsen, que distingue entre os tipos de sistemas existentes o estático e o

¹¹ Ibid. p. 47.

¹² Ibid.

¹³ Ibid. p. 48.

¹⁴ Ibid. p. 54.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

dinâmico. Estático é aquele no qual as normas estão relacionadas como as proposições de um sistema dedutivo:

[...] ou seja, pelo fato de que derivam uma das outras partindo de uma ou mais normas originárias de caráter geral, que têm a mesma função dos postulados ou axiomas num sistema científico. [...] Pode-se dizer, em outras palavras, que num sistema desse gênero as normas estão relacionadas entre si no que se refere ao seu *conteúdo*¹⁸.

Já a segunda concepção de sistema, denominado *estático*, é aquele no qual as normas derivam de outras através de sucessivas delegações de poder, portanto, a comunicação normativa decorre da autoridade que as positivou e não de seus conteúdos. “Pode-se dizer que a relação entre as várias normas é, nesse tipo de ordenamento normativo, não material, mas *formal*”¹⁹. Segundo Bobbio:

A distinção entre os dois tipos de relação entre normas, a material (estático) e a formal (dinâmico), é contestável na experiência diária, quando, encontrando-nos na situação de ter que justificar uma ordem (e a justificação é feita inserindo-se num sistema), abrimos dois caminhos, ou seja, o de justificá-la deduzindo-a de uma ordem de abrangência mais geral ou de atribuí-la a uma autoridade indiscutível. Por exemplo, um pai ordena ao filho que faça a lição, e o filho pergunta: “Por quê?” Se o pai responde: “Porque deves aprender”, a justificação tende à construção de um sistema dinâmico. Digamos que o filho, não satisfeito, peça outra justificação. No primeiro caso perguntará: “Por que devo aprender?” A construção do sistema estático levará a uma resposta deste tipo: “Porque precisas ser aprovado”. No segundo caso perguntará: “Por que devo obedecer a meu pai?”. A construção do sistema dinâmico levará a uma resposta deste tipo: “Porque teu pai foi autorizado a mandar pela lei do Estado”. Observem-se, no exemplo, os dois diferentes tipos de relação para passar de uma norma a outra: no primeiro caso, através do conteúdo da prescrição, no segundo caso, através da autoridade que a colocou²⁰.

Kelsen sustenta que os ordenamentos jurídicos são sistemas do tipo dinâmico, já que o estabelecimento de enunciados normativos decorre da delegação de poderes, já os sistemas estáticos (conexões normativas determinadas pelo conteúdo) seriam ordenamentos do tipo moral. Assim: “O ordenamento jurídico é um ordenamento no qual o enquadramento das normas é julgado com base num critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo [...]”²¹

Do critério de avaliação da norma quanto a sua “validade”, portanto, de existência (critério formal), está estritamente relacionado ao sistema dinâmico, já que a

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999. p. 72.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid. p. 73.

²¹ Ibid.

existência normativa dependerá de um sistema de delegações de poderes que positivarão enunciados normativos. Neste sentido, para uma construção científica formal, que seja passível de estabelecimento de premissas objetivas e lógicas, o critério de validade formal no interior de um sistema dinâmico será aquele que atribuirá pureza à construção de Kelsen, sob pena de, uma vez estabelecida às premissas no *conteúdo* das normas jurídicas, promover-se uma moralização do direito, cujas escolhas morais/ideológicas/políticas irão determinar a sua natureza.

O segundo Gustav Radbruch ao estabelecer o critério da justiça como condição da existência da norma jurídica promoveu essa moralização do direito, que conforme Andytias Soares, Radbruch:

[...] conclamou os juristas a considerarem o componente ético do direito – a justiça – como o seu traço fundamental, devendo todo o positivismo jurídico ser negado exatamente em razão de sua vacuidade axiológica. A posição assumida por Radbruch foi particularmente influente não apenas em razão da importância pessoal de sua figura na ciência jurídica alemã, mas sim porque antes da segunda guerra o autor apresentava – em texto de 1932 – ideias de natureza nitidamente juspositivista, sustentando que a ordem e a segurança das normas jurídico-positivas justificariam a obrigatoriedade de qualquer direito, “[...] mesmo se injusto e mal adaptado a um fim”. A justiça ostentaria então um valor meramente secundário. Com o fim da guerra, o jusfilósofo mudou de opinião, passando a acreditar que o jurista deveria recusar validade às leis injustas, cabendo-lhe denunciá-las como simulacros de direito. Da mesma forma, o povo não estaria obrigado a cumprir leis iníquas. Na verdade, Radbruch admitia que a segurança jurídica juspositivista e a noção de justiça entram constantemente em conflito, devendo este ser resolvido em nome da primeira, a não ser que a contradição alcançasse um nível de insuportabilidade tal que o “direito injusto” devesse ser preterido em nome da justiça. Isso ocorreria, sustenta Radbruch, quando a lei positiva desrespeitasse de forma flagrante o conceito de igualdade – núcleo da justiça-, devendo ser, portanto, desconsiderada, dado que o ordenamento jurídico só existe enquanto tal para realizar a justiça. A partir do texto de Radbruch formou-se um espécie de argumento geral contra o positivismo jurídico chamado de *reductio ad Hitlerum* [...]²²

A grande preocupação da Ciência Jurídica desenvolvida por Hans Kelsen foi buscar estabelecer uma distinção bastante objetiva entre o que deveria ser direito, partindo de critérios formais de validade, e aquilo que deveria ser direito justo, portanto, a partir de elementos éticos. A questão de um conjunto normativo constituir direito não passaria por uma análise ético-valorativa, mas tão somente formal de validade, neste

²² MATOS, Andytias Soares de Moura. *Estado de ...* Op. Cit. p. 16.

sentido justificava-se uma das frases mais polêmicas de Kelsen de que o direito poderia ter qualquer conteúdo.

O fato de ser ou não ser direito não passaria por uma análise de conteúdo normativo, em que se observaria a massa ética do enunciado normativo, mas tão somente o procedimento formal de sua elaboração, o que permitiria abarcar qualquer conteúdo, justo e injusto, já que este elemento axiológico não faz parte da condição de validade do jurídico.

Kelsen afirmou de modo bastante claro que o direito pode ter qualquer conteúdo. Ainda que seja óbvio que “poder ter” não significa “dever ser”, a consequência lógica dessa proposição, para qualquer teoria verdadeiramente juspositivista, é que juízos como “O ordenamento sócio-normativo nazista é direito” ou “O direito soviético era tão jurídico como o norte-americano” são não apenas perfeitamente válidas, mas também necessárias. Aprofundando ainda mais: “O direito do inimigo é tão jurídico quanto o meu, o que significa que não poderei vencê-lo com a velha e boa tática do rechaço e da denúncia ética, devendo, antes, utilizar uma perigosa opção: discutir racionalmente com o rival, em pé de igualdade”. São proposições como essas três que horrorizam os jusnaturalista e jusmoralistas de todos os tempos²³.

Neste sentido o fato de se reconhecer o fenômeno como jurídico será mera atividade declarativa de uma dinâmica formal, sem que se apresente uma análise valorativa, isso porque são campos de verificação distintos. O campo da existência/validade do direito não se confunde com o campo da valoração do jurídico, portanto, não se nega a existência de valores inseridos no direito, mas tão somente realiza-se a devida segregação dos seus espaços de atuação.

No entanto, afirmar que certo conjunto normativo apresenta natureza jurídica não significa aprová-lo ou recomendá-lo. A proposição “X é direito” envolve um juízo de fato, e não um juízo de valor. Da mesma maneira, quando se diz que o Império Romano assentava a sua estrutura econômica na forma de produção escravagista não significa que se está aprovando ou justificando a escravidão. Curiosamente, tal raciocínio não é aplicado com frequência às proposições “X é direito” e “X não é direito”. Tal porque seus predicados não são entendidos como fatos, mas como valores. Para os jusnaturalistas, o juízo de fato “X é direito” se transforma, de modo totalmente arbitrário, em juízo de valor, já que emprestam ao termo “direito” uma função valorativa. Para tanto, confundem direito e valor, realidade e ideal, teoria e ideologia. É exatamente isso o que fazem também todas as teorias hoje chamadas de jusmoralistas; e é o que o positivismo jurídico pretende evitar a todo custo. As teorias juspositivistas dignas desse nome entendem o direito como um fenômeno factual, empírico e

²³ Ibid. p. 20

profundamente não-metafísico, desligado da esfera do sacral desde que atingiu a sua maturidade”²⁴.

Reconhecer que determinado conjunto normativo é justo ou injusto (portanto, já superado a questão da sua existência) culminará na prolação de um juízo de valor ideológico, no sentido de expressar os valores que determinada sociedade elegeu como tal. Kelsen buscou justamente extirpar tais efeitos da sua construção científica, já que para o autor as questões ideológicas não são passíveis de um controle racional, sendo que representará as preferências político-ideológicas de determinado grupo, que não será passível de um controle objetivo/formal. Para Andityas “Os jusnaturalista entendem que o ‘mau direito’ não deve ser descrito enquanto direito, posição altamente subjetiva que esconde uma intenção ideológica conservadora: se o direito – enquanto descrito como ‘verdadeiro direito’ – é sempre justo, não há motivos para desobedecê-lo”²⁵.

Encerrada a fase científica, que promove a separação entre o conteúdo puro do direito, cuja constatação é meramente formal, inicia-se a construção política, que não rechaça a comunicação entre direito e moral. O conteúdo político-ideológico apresenta-se quando das construções do conteúdo normativo, no procedimento legislativo (que não se confundem com a condição de existência do direito), bem como no preenchimento do quadro-normativo pelo hermeneuta julgador, sendo certo que “[...] o direito é capaz de interações axiológicas extremamente complexas, mas não é, ele mesmo, um valor, e sim um fato ou um conjunto de fatos”. E segue o autor: “O ‘fato direito’ pode ser avaliado segundo operação intelectual, da qual a razão não participa mais sozinha, como no puro ato de conhecimento. Quando se trata de um juízo de valor, a razão vem acompanhada pela vontade, que quase sempre se apresenta como ideologia. Então já não se fala mais da realidade, mas de como deveria ser a realidade. Termina a missão do cientista e se inicia a do político [...]”²⁶.

Surgem, assim, as construções teóricas discursivas que buscam racionalizar a interpretação axiológica do texto normativo no caso concreto, principalmente após a inserção de elementos valorativos no texto constitucional. Feitas essas primeiras considerações quanto ao conteúdo científico do direito, que reclama uma atuação de observador do julgador (já que não irá determinar o direito pelo conteúdo da norma, construída argumentativamente – seja no processo legislativo ou judicial), passaremos a

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid. p. 21.

²⁶ Ibid.

dissertar sobre o que entendemos por atual paradigma jurídico, que culminará em uma necessária e intrínseca atuação ativa do julgador para a atribuição de coerência ao sistema jurídico.

2. HERMENÊUTICA: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O ATUAL PARADIGMA JURÍDICO

O direito, segundo uma concepção contratualista, portanto, pensado a partir das tradições culturais do homem ocidental, branco e cristão, foi criado historicamente (portanto fora de uma concepção metafísica ou pré-estabelecido) para promover a paz e a segurança social.

Fruto da idade das luzes, da cientificidade e da pretensão humana de atribuir racionalidade a todo o conhecimento, o direito sofreu consequências significativas, desde a delimitação de seu objeto, das suas fontes até a forma de interpretação e aplicação das leis. Fugindo do período das Trevas, das monarquias absolutistas, das intervenções máximas do Estado/rei nas relações privadas, o direito surgiu como um levante a estes abusos, marcado pelo seu reducionismo a lei e ao silogismo e técnica de interpretação da subsunção, o direito satisfez muito bem a pretensão da sociedade burguesa do século XVIII e XIX.

Ocorre, todavia, que em decorrência desse reducionismo legalista do direito, cujos elementos de validade (e não legitimidade – que para este momento não seria discutido) recaiam sobre o procedimento legislativo (a partir de um processo formalista de elaboração da lei), permitiu-se que qualquer conteúdo se institucionaliza-se (conforme a máxima estabelecida por Kelsen), tornando-se direito qualquer elemento, inclusive os imorais.

Assim, para cumprir a tarefa de legitimar o direito, independentemente de seu conteúdo, surge o formalismo jurídico. Para Thomas da Rosa de Bustamante o formalismo jurídico apresenta algumas características, oriundas do positivismo jurídico (mas que com esse não se confunde²⁷), que impede a comunicação do direito com qualquer outra área do conhecimento, atribuindo caráter científico ao direito. Estas

²⁷ Para Bustamante “Percebe-se, portanto, o equívoco de se identificar o *positivismo* com o *formalismo*, pois é perfeitamente possível ser positivista sem ser formalista, como fazem o positivismo analítico – incluindo-se sua vertente normativista – e o realismo jurídico. A teoria pura do direito de Kelsen, por exemplo, confere ao intérprete do direito uma ampla margem de atuação e criatividade” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. São Paulo: Renovar. 2005. p. 24). E segue o autor “A confusão entre ‘formalismo’ e ‘positivismo’ só aconteceria se se entendesse o positivismo como sendo a hoje superada concepção que a atividade de aplicação do direito seria definida em termos puramente dedutivos: o raciocínio jurídico basear-se-ia unicamente no silogismo prático” (Id., *ibid.*).

características são: a) o direito é um sistema completo e coerente, capaz de dar uma resposta correta a cada questão jurídica; b) só os legisladores, e não os tribunais, podem criar direito; c) o direito possui um caráter essencialmente estático; d) o Direito válido, o verdadeiro Direito, consiste em regras gerais, tais como aparecem formuladas nos “livros jurídicos”; e) o direito é mais perfeito quanto maior for o seu grau de generalidade e abstração; f) os conceitos jurídicos possuem uma “lógica interna” que permite se deduzirem soluções sem necessidade de se recorrer a argumentos extrajurídicos; g) as decisões judiciais só podem justificar-se dedutivamente (silogismo jurídico); h) a certeza e a predictabilidade são os máximos ideais jurídicos²⁸.

Observa-se, portanto, que houve um afastamento entre o direito e a moral, que conforme entende Bustamante:

A neutralidade e a autonomia absoluta da ciência jurídica, ao longo de décadas, vinham produzindo uma espécie de esterilidade do Direito, que, por já não possuir mais condições de se legitimar, perde também sua força social integradora. Um direito garantido unicamente pela força, definido de forma absolutamente independente de um conteúdo moral e incapaz de prover qualquer critério para as valorações jurídicas fatalmente não conseguiria dar conta das expectativas sociais, nem muito menos fornecer a racionalidade necessária para reverter o quadro de descrença nas instituições por que passa o final da Idade Moderna²⁹.

Neste sentido, uma das críticas sofridas pelo direito, após a segunda grande guerra, foi quanto à questão de sua legitimidade, apresentada na forma de uma crítica da legalidade. A aplicação do direito pautada tão só na formalidade e no respeito estrutural do ordenamento jurídico, desvinculada das pretensões éticas e morais das demais ciências sociais, culminou nas atrocidades revestidas de legalidade cometidas, por exemplo, pelo nazi-fascismo³⁰.

A pretensão de alguns estudiosos do Direito em torná-lo uma Ciência desvinculada de pressupostos externos, tais como valor, ética e moral, buscando objetividade científica, promoveu o rechaçamento do direito natural e a ascensão do positivismo jurídico.

Segundo Franz Neumann:

O sistema legal do liberalismo, no entanto, era considerado como hermético e sem fendas. Tudo o que o juiz tinha a fazer era aplicá-lo. O pensamento jurídico de então era chamado de positivismo ou

²⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação ...* Op. Cit. p. 21-22.

²⁹ Id., *Ibid.*, p. 29.

³⁰ Nota-se aqui a relevância de uma discussão acerca do tema do Estado de Exceção, proposta pelo *jusfilósofo* italiano Giorgio Agamben, contudo, este não é o objeto do presente trabalho.

normativismo, e a interpretação das leis pelos juízes era chamada de dogmática (na Alemanha) e de exegética (na França) [...]³¹

Para Aylton Barbieri Durão:

Quando, não obstante, diminuiu a confiança na subordinação do direito à autonomia moral do sujeito, os teóricos do direito civil tiveram que aceitar a fundamentação dos direitos subjetivos a partir da vontade do legislador expressa no direito objetivo. Por conseguinte, a pretensão idealista presente nos historiadores do direito romano implicou a reação do positivismo jurídico a finais do século XIX que eliminou qualquer possibilidade de sustentar uma justificação moral do direito subjetivo. O direito passou a ser entendido, com Kelsen, por exemplo, como resultado dinâmico de um procedimento de produção de normas a partir de uma norma fundamental hipotética (silogismo constitucional) que autorizava a produção de normas da legislação ordinária, originando todo o direito objetivo como conjunto de normas cuja legitimidade provinha da legalidade estabelecida pelas condições do procedimento. Esta manobra possibilitou o positivismo desvincular o direito da moral e eliminar qualquer fundamentação moral do direito subjetivo, na medida em que o direito passou a ser justificado a partir de um procedimentalismo formal, o qual pode permitir ao sujeito dispor de liberdades subjetivas de ação materializadas na forma de direitos subjetivos, entendido como mera autorização para o exercício de liberdades individuais pelo direito objetivo.³²

Assim, diante da agressão promovida aos direitos fundamentais no século XX, inicia-se uma preocupação da humanidade, assombrada pela barbárie promovida em nome da legalidade, cujo objetivo é revisitar de forma crítica os pilares da Teoria do Direito, pretensão esta que vai desde a alteração das técnicas legislativas, ampliação das fontes dos direitos e mudança de postura dos julgadores, sempre com a pretensão de concretização dos direitos fundamentais e a proteção da humanidade³³.

Este novo panorama jurídico representa o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo, que promove um conjunto amplo de transformações ocorridas no âmbito do Estado de Direito, tais como a formação do Estado constitucional de direito; a centralidade dos direitos fundamentais, diante do assim chamado pós-positivismo, com a reaproximação entre Direito e Moral; o reconhecimento da força normativa da Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional³⁴.

³¹ NEUMANN, Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969, p. 46.

³² DURÃO, Aylton Barbieri. **O paradoxo da legitimidade a partir da legalidade segundo Habermas**. *Ethic@*. Florianópolis. v. 7. n.2, Dez. 2008, p. 238.

³³ Neste sentido, é de se notar o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos e a inserção do dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana em diversas constituições do ocidente.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 18 de jan. de 2013, p. 04.

Consciente da impossibilidade de exaurir todas as soluções possíveis frente uma hipótese de incidência fática, o legislador passou a adotar como enunciados normativos cláusulas gerais e elementos indeterminados ampliando a proteção dos direitos genericamente positivados. Para tanto passou a reclamar uma atuação incisiva do magistrado, substituindo sua função tecnocrata de verificação das hipóteses legais e a aplicação das consequências jurídicas previstas, por uma função criativa, de análise crítica e racional dos comandos normativos positivados em valores e princípios, desaguando na concretização dos direitos fundamentais diante da apreciação do caso concreto, além, é claro, da abertura semântica dos textos.

Diante desta constatação observa-se que ao mesmo tempo em que surge ao magistrado essa função criativa lhe restará o ônus da fundamentação racional, calcada na norma constitucional que contém princípios e valores, que necessariamente nortearão a decisão como requisito de legitimidade. Tratando-se de cláusulas gerais e de elementos indeterminados que estabelecem um conteúdo *prima facie* dos direitos fundamentais, será a análise interpretativa transversal da lei diante do caso concreto que dará o contorno aos direitos colidentes.

Assim, a partir da reviravolta hermenêutico-linguística-pragmática³⁵, o que determinou uma guinada na Filosofia e na Filosofia do Direito do pressuposto metodológico do “eu penso” para “eu argumento”, esse ônus argumentativo do juiz/interprete, que dará os contornos dos direitos humanos, deverá ser guiado por uma ética do discurso, adquirindo uma racionalidade, que segundo Karl-Otto Apel:

[...] prefiro de fato falar hoje em “ética do discurso” – e isso por dois motivos principais: por uma lado, esse título refere-se a uma forma particular de comunicação – o discurso argumentativo – como meio de fundamentação concreta de normas, e por outro lado, refere-se à circunstância de que o discurso argumentativo – e não qualquer forma de comunicação no mundo vivo – conte também o *a priori da fundamentação racional* do princípio da ética.³⁶

No interior dessas construções discursivas, para fundamentação das normas jurídicas, vislumbra-se a distinção entre enunciado normativo, norma (princípio e regra)

³⁵ Segundo Duarte “A *reviravolta hermenêutico-linguístico-pragmática* foi uma revolução hermenêutico-filosófica operada na Filosofia, com repercussões em toda a Teoria do Conhecimento. Ela possibilitou a transição do paradigma da *Filosofia da consciência* para o da *Filosofia da linguagem*, representando uma guinada na busca pela intelecção de novas condições de *possibilidade e validade* para o conhecimento”. (DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação: Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais**. Belo Horizonte/Arraes. 2012. p. 8).

³⁶ APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade**. Cadernos de tradução n. 3 do departamento de Filosofia da USP. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. 1998. p. 08.

e valor. O enunciado normativo representa a fonte positivada dos direitos, que possivelmente prevê uma hipótese de incidência fática e uma consequência jurídica.

No caso das cláusulas gerais o enunciado normativo não terá a hipótese de incidência e/ou a consequência jurídica exaustivamente prevista, logo a função do magistrado, para cuja delimitação do direito irá extrair princípios e regras (que não estarão necessariamente prescritos no enunciado) será de determinar no caso concreto quais as hipóteses de incidência e as consequências jurídicas, sempre alinhado com iluminuras da ética e da moral ao proferir sua decisão racionalmente fundamentada. O ato eticamente vinculado do magistrado não resulta tão somente em estabelecer a consequência jurídica x diante de hipótese de incidência fática y , mas sim em um proceder (ato de decidir) racional, devidamente fundamentado.

É pontualmente na análise interpretativa dos princípios, no caso concreto, que chegaremos à construção das normas de direitos fundamentais, concretizando seus correspondentes direitos subjetivos. Referidas normas de direitos fundamentais são denominadas por Robert Alexy como normas de direitos fundamentais atribuídas e decorrem justamente do sopesamento dos princípios³⁷.

Os enunciados normativos que refletem princípios não apresentam imediatamente a solução ao caso que se aprecia (há um caso a ser analisado, sendo possível a aplicação de n normas). Para solução destes casos serão necessárias valorações que não são dedutíveis diretamente do material normativo preexistente (enunciado normativo). Logo, a racionalidade do discurso jurídico depende em grande medida de se saber se e em que medida essas valorações adicionais são passíveis de um controle racional³⁸.

Diante deste novo contexto teórico em que se inserem os agentes do direito, parece claro que o hermeneuta tem agora função criativa e delimitativa das normas de direitos fundamentais. A grande questão que surge diz respeito a possibilidade de fundamentação racional de juízos práticos ou morais. Robert Alexy faz a seguinte constatação:

[...] A recente discussão no campo da Ética, influenciada, no plano metodológico, pela moderna Lógica, pela filosofia da linguagem e por teorias da argumentação, da decisão e da ciência e, no plano substancial, fortemente orientada por idéias kantianas, demonstrou que, embora não sejam possíveis teorias morais *substanciais* que forneçam a cada questão moral uma única resposta com certeza

³⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 102.

³⁸ *Ibid.*, p. 548.

intersubjetiva conclusiva, são possíveis teorias morais *procedimentais*, que elaborem as regras e as condições da argumentação e da decisão racional prática. Uma versão especialmente promissora de uma teoria moral procedimental é a teoria do discurso prático racional³⁹.

Do apresentado permite-se concluir que Alexy não traz solução unívoca para a dialética estabelecida entre enunciado e caso concreto, estabelecendo um resultado pronto a ser extraído das normas de direitos fundamentais. Traz critérios éticos de procedimento, do *decidir* racionalmente, vinculando a atuação do magistrado a um proceder ético, sistematicamente teorizada e regulamentada. Sendo o procedimento discursivo compatível com resultados os mais variados será necessário associar a teoria da moral (procedimento discursivo) com a teoria do direito, no âmbito de um modelo procedimental em quatro níveis: o discurso prático geral; o processo legislativo; o discurso jurídico; e o processo judicial⁴⁰.

O *discurso prático geral* embora estabeleça um código geral da razão prática não conduz a apenas um resultado em cada caso. A solução dos conflitos sociais clama um resultado único, o que torna necessário um procedimento institucional de criação do direito, não só no âmbito da argumentação, mas também da decisão. Esta necessidade será parcialmente suprida pelo *processo legislativo* do Estado Democrático constitucional, o qual é definido “por um sistema de regras que, diante das alternativas fáticas possíveis, garante um grau significativo de racionalidade prática e que, nesse sentido, é passível de fundamentação no âmbito do primeiro procedimento”⁴¹.

Ocorre, todavia, que mencionado procedimento não é possível determinar de antemão e para cada caso, uma única solução. Surge então o *discurso jurídico*, que se encontra vinculado à lei, ao precedente e à dogmática, o que permite uma redução da incerteza quanto ao resultado do discurso prático geral. Porém, diante da necessidade de uma argumentação prática geral, a incerteza quanto ao resultado ainda não é eliminada,⁴².

Surge assim o quarto procedimento, o *processo judicial*, no qual, da mesma forma que ocorre no processo legislativo, não apenas se argumenta, mas também se decide. A racionalidade desse último procedimento será alcançada mediante o respeito dos três primeiros processos. Insta ressaltar que, embora o enunciado normativo deixe em aberto as questões valorativas que no *procedimento judicial* serão objeto de

³⁹ Ibid., p. 549.

⁴⁰ Ibid., p. 549/550.

⁴¹ Ibid., p. 550.

⁴² Ibid., p. 550.

argumentação e decisão (delimitação do conteúdo valorativo que servirá de parâmetro para o hermenêuta estabelecer qual a hipótese de incidência e qual as consequências jurídicas), será revestida de racionalidade⁴³, já que haverá o ônus da argumentação racional e a vinculação à lei, ao precedente e à dogmática, sob pena de ilegitimidade.

A legitimidade da decisão, que estabelecerá o alcance dos direitos fundamentais, será determinada mediante o respeito aos procedimentos acima mencionados. Para o magistrado que prolatará esta decisão restará tal ônus, e mais, deverá observar o procedimento sistematizado e racionalizado para lidar com os princípios oriundos dos enunciados, sistema criado por Alexy.

3. A Superação do Direito do Observador: o ativismo judicial como uma concepção pré “virada hartiana”

O Direito é concebido a partir da capacidade intelectual do ser humano, para regulamentar comportamentos, que sob uma premissa contratualista ocidental deve servir à sociedade de forma a promover segurança jurídica e paz, conforme já sustentado outrora.

Esta constatação é importante para determinar que o Direito não se apresenta pronto e acabado na natureza, cuja atuação humana seria somente de reconhecê-lo e aplica-lo, sem qualquer ingerência em suas premissas, a partir de um ponto de vista interno (segundo uma concepção hartiana⁴⁴, que será analisado no próximo item).

Neste sentido a figura do agente do direito deixa de ser aquela de mero observador (a partir de um ponto de vista externo), assumindo uma postura de participante, possibilitando um alargamento do conhecimento jurídico. Segundo Thomas da Rosa de Bustamente:

[...] essa concepção alargada do ordenamento jurídico traz para dentro da noção de “sistema jurídico” os procedimentos argumentativos (ditados pela teoria da argumentação) necessários para fundamentar corretamente uma decisão jurídica. Isso implica, inevitavelmente, um alargamento também do conceito de Direito. Esse alargamento só foi possibilitado pela adoção da perspectiva do participante, ou seja, do jurista que está preocupado não apenas em descrever o Direito que existe como um fato cultural, e, portanto, como algo que pode ser encontrado no passado, mas em convencer os destinatários da teoria

⁴³ Ibid., p. 551.

⁴⁴ Esta constatação é, como nos explica Thomas da Rosa de Bustamente, essencial, já que “[...] sem essa ‘virada hartiana’ a teoria jurídica fica um tanto quanto incompleta, pois permanece necessariamente presa a um certo tipo de positivismo que vê o Direito apenas como um ‘fato social’, como um produto pronto e acabado que é fruto unicamente da decisão de uma autoridade cujos poderes estão institucionalizados de alguma maneira na sociedade [...]” (BUSTAMENTE, Thomas da Rosa de Bustamente. **Teoria do Direito e Decisão Racional** – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro/Renovar. 2008. p. 148/149.

jurídica – e em especial os juízes – de que “a sua proposta [de interpretação ou de aplicação do Direito] é a mais correta”.⁴⁵

Vale ressaltar, conforme o fez Bustamante, que embora Hart alerte pela atuação participativa do hermenêuta julgador, abrindo caminho para a superação do positivismo clássico e para a institucionalização das mais interessantes teorias da argumentação jurídica “Hart nem abandonou o positivismo jurídico e nem utilizou seu *insight* para resolver a questão da relação entre os domínios da legalidade e da moralidade”⁴⁶, embora reconheça que o há uma relação entre Direito e Moral, sustentando inclusive um certo “conteúdo mínimo de Direito natural” para qualquer ordenamento jurídico, como pondera Bustamante⁴⁷.

3.1 “A Virada Hartiana” e a Construção do Direito pelo hermenêuta

Por tempos a atuação do hermenêuta resumiu-se a observar o fenômeno jurídico, subsumindo a expressão formal do Legislativo ao caso concreto, solucionando os conflitos sociais que lhe eram levados a conhecimento. O formalismo jurídico, juntamente ao positivismo exegético de origem francesa, corrente de pensamento esta que não admitia uma abordagem do jurídico por qualquer espécie de “filosofia”, foram movimentos que buscaram trazer ao campo jurídico uma racionalidade tecnicista, um controle geométrico das manifestações jurídicas mediante pressupostos determinados.

Aqui, apresenta-se oportuno uma advertência, o léxico positivismo tem uma característica conceitual e, portanto, há várias manifestações teóricas a seu respeito. Como exemplos, podemos citar o positivismo normativista de Hans Kelsen ou os estudos e debates feitos em solo inglês em uma perspectiva positivista analítica representada pelas reflexões de Hart, além do positivismo exegético de origem francesa, que promoveu o reducionismo legalista.

Vale ressaltar que não se confundem formalismo jurídico e positivismo jurídico, uma vez que, segundo Thomas da Rosa de Bustamante, valendo-se das reflexões de Manuel Atienza:

No que concerne às teorias da interpretação jurídica, o *formalismo* sustenta que interpretar seria simplesmente conhecer/descobrir o significado de um texto, situando-se numa posição *antagônica* às denominadas teorias *realistas* ou *céticas*, para as quais ‘o interprete não descobre mas cria o significado de um texto – de modo que não

⁴⁵ Ibid., p. 152.

⁴⁶ Ibid. p. 151.

⁴⁷ Ibid. p. 152.

teria sentido dizer que um enunciado interpretativo é verdadeiro ou falso [...] ⁴⁸

Neste momento, o que se pretende com essa distinção é evitar um equívoco metodológico quando da análise do positivismo jurídico, pois, parece que esta percepção do ponto de vista jurídico é apenas um reflexo de uma concepção maior ligada ao positivismo enquanto fonte conceitual, que em última instância nos remete ao paradigma da consciência, ou seja, uma das formas em que se apresenta a razão esclarecida.

Do ponto de vista da teoria do direito, a concepção positivista em sua vertente analítica ou a normativista não irão necessariamente determinar o enrijecimento da interpretação ou de certa liberdade ou subjetividade quando da observação hermenêutica. Thomas da Rosa Bustamante entende que:

A teoria pura do direito de Kelsen, por exemplo, confere ao intérprete do direito uma ampla margem de atuação e criatividade. A atividade de interpretação é considerada um processo inovador pelo qual o juiz fixa o sentido da norma jurídica a partir dos enunciados normativos que compõe o Direito Positivo. Neste processo, a *decisão* sobre qual dos sentidos semanticamente possíveis de um enunciado normativo deve ser adotado é absolutamente *livre*; a norma jurídica é vista como “quadro a ser preenchido” pelo interprete, cuja moldura é definida pelo texto da norma, sendo que não se pode estabelecer pautas ou diretivas para vincular o processo de interpretação ⁴⁹.

Sendo assim, a atuação criativa do interprete apresenta congruência sistêmica quando diante do positivismo analítico, que possibilita o livre preenchimento das normas de textura aberta ou do quadro normativo, dinâmica esta negada pelo formalismo jurídico.

Daí o fato de Hart, embora constate a distinção entre o “ponto de vista interno e externo” que exigirá (o interno) uma atuação participativa e criativa do hermeneuta, permanece fiel à escola positivista, não incidindo em nenhuma contradição performativa, sendo inclusive este um dos maiores equívocos da interpretação do positivismo kelseniano (em taxá-lo como estrito formalismo jurídico, que não permite qualquer abertura na delimitação da norma jurídica).

Segundo Hart, o ponto de vista interno e externo apresenta-se:

[...] Quando um grupo social tem certas regras de conduta, este facto confere uma oportunidade a muitos tipos de asserção intimamente

⁴⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação Contra ...** Op. Cit. p. 22.

⁴⁹ Ibid. p. 24.

relacionados, embora diferentes; porque é possível estar preocupado com as regras, quer apenas como um observador, que as não aceita ele próprio, quer como membro de um grupo que as aceita e usa como guias de conduta. Podemos chamar-lhes os <<pontos e vista>> respectivamente <<interno>> e <<externo>>. As afirmações feitas do ponto de vista externo podem ser de diferentes tipos. Porque o observador pode, sem ele próprio aceitar as regras, afirmar que o grupo aceita as regras e pode assim referir-se do exterior ao modo pelo qual *eles* estão afectados por elas, de um ponto de vista interno. Mas sejam quais forem as regras, quer se trate de regras de jogos, como o críquete ou o xadrez, ou de regras morais ou jurídicas, podemos, se quisermos, ocupar a posição de um observador que não se refira, deste modo, ao ponto de vista interno do grupo. Tal observador contenta-se apenas com a anotação das regularidades de comportamentos observáveis em que os desvios das regras são combatidos. Depois de algum tempo, o observador externo pode, com base nas regularidades observadas, correlacionar os desvios com as reacções hostis, e estar apto a predizer com uma razoável medida de êxito e a avaliar as probabilidades com que uma reacção hostil ou castigo. Tal conhecimento pode não só revelar muita coisa sobre o grupo, mas ainda permitir-lhe viver com o grupo sem as consequências desagradáveis que esperaríamos uma pessoa que tentasse fazê-lo sem tal conhecimento.⁵⁰

O jurista observador apenas se colocará diante do fenómeno jurídico como elemento externo, que não interage com o objeto observado, não podendo, com isso, alterar sua substância, questionar suas premissas, mas irá se resumir a analisar a hipótese de incidência e aplicar automaticamente a consequência jurídica previamente prevista.

O que é chamada de “virada hartiana” é justamente esta rotação da atuação do hermeneuta enquanto mero observador, que constata o fenómeno jurídico, inserindo-se neste como verdadeiro elemento criativo, assumindo postura reflexiva das próprias premissas do ordenamento, alcançando a consciência de que o Direito é fruto de sua própria atividade.

[...] Para tal observador, os desvios de conduta normal por parte de um membro do grupo serão um sinal de que é provável que se seguirá uma reacção hostil, e nada mais. O seu ponto de vista será semelhante ao daquele que, depois de ter observado durante algum tempo o funcionamento de um sinal de trânsito numa rua de grande movimento, se limita a dizer que, quando as luzes passam a encarnado, há uma probabilidade elevada de que o trânsito pare. Ele trata a luz apenas como um *sinal natural de que* as pessoas se comportarão de certos modos, tal como as nuvens são um *sinal de que* virá chuva. Ao fazer assim, escapar-lhe-á uma dimensão total da vida social daqueles que ele observa, uma vez que para estes a luz encarnada não é apenas um sinal de que os outros vão parar: encaram tal como um *sinal para* eles pararem, e, por isso, como uma razão para

⁵⁰ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Lisboa/ Fundação Calouste Gulbenkian. 1994. p. 99.

parar em conformidade com as regras que transformam o acto de parar, quando a luz está encarnada, num padrão de comportamento e numa obrigação. Mencionar isto é trazer para o relato o modo por que o grupo encara o seu próprio comportamento. Significa referir-se ao aspecto interno das regras, visto do ponto de vista interno dele.⁵¹

Assim, não basta ao interprete observar externamente o semáforo como um instrumento dado pela natureza que indica probabilidade de comportamentos humanos (que ao sinal verde, como isso já vem ocorrendo, provavelmente as pessoas irão cruzar a avenida, e ao sinal vermelho, provavelmente irão parar), mas deverá ter a consciência de que referido instrumento apresenta-se como elemento simbólico proveniente da racionalidade humana, que estabelece *ordens* para organizar o movimento ordenado nas vias de trânsito, estabelecendo obrigações.

Conforme já salientamos no segundo capítulo, quando dissertávamos sobre o atual paradigma jurídico, a atuação do julgador como mero observador já não se apresentava satisfatória já que, diante da reviravolta hermenêutico-linguística-pragmática⁵², que superou o pressuposto metodológico do homem solipsista (homem que conhece e objeto que é conhecido), transitou do “eu penso” para “eu argumento”, passou-se a exigir um comportamento participativo/criativo no interior de uma relação intersubjetiva dos indivíduos que dialogam guiados pela ética do discurso⁵³.

O texto normativo não mais conseguiria expressar a totalidade dos sentidos, não seria mais possível estabelecer um liame correspondencial entre a linguagem escrita os fenômenos da vida de forma absoluta e exauriente (na realidade não se tornou impossível estabelecer essa correspondência, mas percebeu-se que isso nunca foi possível de maneira absoluta).

Neste sentido podemos afirmar que a atuação participativa do hermeneuta julgador, portanto, após a chamada “virada hartiana”, ocorre principalmente porque:

A) O Direito deve ser observado como fruto da atividade humana, portanto, está em constante fase de construção, sendo o homem e suas interações sua principal fonte criativa;

⁵¹ Ibid. p. 99-100

⁵² Sobre a virada linguística ver nota 34.

⁵³ Segundo P. M. S. Hacker a obra *Tractatus Logico-Philosophicus* de Ludwig Wittgenstein “foi a principal inspiração do Círculo de Viena, núcleo formador do movimento conhecido como ‘positivismo lógico’, que floresceria entre a Primeira e a Segunda Guerras. Foi também o maior influenciador da escola analítica de Cambridge nos anos 20 e 30. O *Tractatus* deu origem à “virada linguística” que caracterizou a filosofia analítica do século XX, direcionando a investigação e a metodologia filosóficas para o estudo da lógica de nossa linguagem e do uso que fazemos dela” (HACKER, P. M. S. **Wittgenstein**. Tradução de João Virgílio Gallenari Cuter. São Paulo/Editora Unesp. 2000. p. 7).

B) Com a virada linguística, percebeu-se que a externalização da linguagem (institucionalizada em forma de enunciados normativos) não conseguirá estabelecer uma verdade correspondencial entre linguagem e fatos do mundo da vida, neste sentido não há possibilidade de o legislador estabelecer um enunciado normativo que seja absolutamente límpido e claro de forma a impedir qualquer interpretação, conforme nos ensina Streck⁵⁴, sendo certo que toda análise do texto de lei será análise interpretativa da qual dará origem a uma norma (possuidora de elemento deôntico).

B.1) Não há identidade entre enunciado normativo (texto de lei) e norma, sendo que a norma (que estabelecerá um dever-ser - elemento deôntico – para os indivíduos) será fruto da atividade interpretativa do hermeneuta julgador. Interpretação esta que deverá observar o conteúdo moral estabelecido nas normas de direitos fundamentais, das quais são extraídos princípios constitucionais que deverão ser otimizados;

C) O conteúdo moral institucionalizado nas cláusulas constitucionais que preveem direitos fundamentais para promover um maior alcance de proteção, utilizam-se de elementos indeterminados e cláusulas gerais, sendo que as hipóteses de incidência e as consequências jurídicas não estão previamente estabelecidas no enunciado normativo, o que exigirá do interprete estabelecer o conteúdo da norma jurídica (assim houve uma alteração da técnica legislativa, que passou a exigir uma atuação participativa do hermeneuta)⁵⁵.

Esses são os principais aspectos que caracterizam o atual paradigma jurídico e que exigem necessariamente uma atuação participativa e criativa do hermeneuta julgador. Porém, insta ressaltar que o julgador terá sua atuação limitada: primeiro pelo discurso racional, ou seja, deverá fundamentar suas decisões (nos termos do art. 93, IX,

⁵⁴ Segundo Streck não há clareza que dispense interpretação, neste sentido “Daí se no mínimo defasada a decisão do Min. Ricardo Lewandowski, que no ano de 2012 ainda lançou mão do brocardo que afirma inexistir interpretação diante da clareza do texto, ressaltando e elogiando esse legado da Escola Exegese. *Verbis*: ‘Nessa linha de raciocínio, a tão criticada – e de há muito superada – Escola da Exegese, que pontificou na França no século XIX, na esteira da edição do Código Civil Napoleônico, legou-nos uma assertiva de difícil, senão impossível, contestação: *In claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara não há espaço para a interpretação’ (decisão do Min. Ricardo Lewandowski no julgamento da ADPF 54) [...]” (STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto** – o precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013. p. 56.).

⁵⁵ Nas Palavras de Celso Bastos e Carlos Ayres Brito: “Na medida em eu se põe como ‘o estatuto jurídico do fenômeno político’, a Constituição transplanta para o seu próprio bojo normativo toda a ideologia que permeia os objetivos e valores políticos [...]. A Constituição traz princípios e institutos que não podem ser traduzidos pela estrita observância da análise vernacular, já que padecem de uma imprecisão conceitual ontológica [...]. A absorção normativa de tal vaguidade conceitual se revela, pragmática e logicamente, como o mais eficiente meio de proteção dos bens jurídicos nelas substanciados [...]” (BASTOS, Celso; BRITO, Carlos Ayres. **A interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo/Saraiva. 1982, p. 8.)

da Constituição Federal) de acordo com a ética do discurso, que, segundo Thomas Bustamante:

[...] No campo da ética filosófica, Habermas decididamente adota um *cognitivismo* segundo o qual questões normativas podem ser resolvidas através da argumentação levada a cabo em um *discurso prático* em que a correção normativa seja, ela própria, “tematizada”. Um tal discurso deve ser considerado um processo comunicativo que, para ser racional, deve se aproximar suficientemente das seguintes “condições ideais: (1) os interlocutores devem estar em uma “situação ideal de fala” caracterizada basicamente pela “simetria geral de condições” em que cada participante do discurso pode estruturar seus atos de fala de modo que não exista qualquer coação senão a “força do melhor argumento”; (2) a argumentação, entendida como procedimento, deve ser compreendida como uma “forma de interação sujeita a regras especiais”, e (3) argumentação deve ter como finalidade “produzir argumentos cogentes que sejam convincentes em virtude de suas propriedades intrínsecas e que possam ser redimidos ou rejeitados com a ajuda de suas pretensões de validade.”⁵⁶

Assim, ao cumprir seu ônus argumentativo o julgador (e não somente este, mas todo aquele que ingressa na arena do discurso jurídico) deverá se submeter inicialmente à ética do discurso, buscando atribuir-lhe racionalidade, e concomitantemente referida argumentação deverá preencher o quadro normativo (submetendo-se às regras jurídicas também), buscando as razões do enunciado normativo de forma a otimizar os princípios constitucionais. Assim a “*decisão* sobre qual dos sentidos semanticamente possíveis de um enunciado normativo deve ser adotado é absolutamente *livre*; a norma jurídica é vista como “quadro a ser preenchido” pelo interprete, cuja moldura é definida pelo texto da norma, sendo que não se pode estabelecer pautas ou diretivas para vincular o processo de interpretação”⁵⁷.

O hermeneuta ao preencher o quadro normativo, deverá observar as razões do enunciado normativo, promovendo sempre a otimização dos princípios constitucionais, bem como a coerência de todo o sistema jurídico, de forma a não extrapolar as razões e pretensões do enunciado e da própria ordem constitucional.

Nas palavras de Humberto Ávila ao preencher o quadro normativo, alcançando-se a norma pela atividade interpretativa, deverá o julgador examinar a razão que fundamenta a própria regra (*rule's purpose*) para compreender, restringindo ou ampliando, o conteúdo de sentido da hipótese normativa, ou se recorre a outras razões,

⁵⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de Bustamante. *Teoria do ...* Op. Cit. p. 156-157.

⁵⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. *Argumentação ...* Op. Cit. p. 24.

baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (*overruling*).⁵⁸.

Assim, para tornar mais clara nossas argumentações, tomemos o exemplo apresentado por Ávila⁵⁹:

A norma construída a partir do art. 224 do Código Penal, ao prever o crime de estupro, estabelece uma presunção incondicional de violência para o caso de a vítima ter idade inferior a 14 anos. *Se* for praticada uma relação sexual com menor de 14 anos, *então* deve ser presumida a violência por parte do autor. A norma não prevê qualquer exceção. A referida norma, dentro do padrão classificatório aqui examinado, seria uma regra, e, como tal, instituidora de uma obrigação absoluta: se a vítima for menor de 14 anos, e a regra for válida, o estupro com violência presumida deve ser aceito. Mesmo assim, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar um caso em que a vítima tinha 12 anos, atribuiu tamanha relevância a *circunstância particulares não prevista pela norma*, como a aquiescência da vítima ou a aparência física e mental de pessoa mais velha, que terminou por entender, preliminarmente, como não configurado o tipo penal, apesar de os requisitos normativos expressos estarem presentes. Isso significa que a aplicação revelou que aquela obrigação, havida como absoluta, foi superada por razões contrárias *não previstas pela própria ou outra regra*.⁶⁰

Neste sentido, observa-se que a solução dada ao caso concreto não vem estabelecida de forma absoluta e abstrata no enunciado normativo, mas constrói-se a norma de forma argumentativa, levando em consideração o caso concreto, as razões oriundas no texto legal e do caso individualizado, devendo o magistrado levar em consideração todo sistema normativo e a ordem constitucional. Assim, como afirma Barroso “[...] Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, coparticipantes do processo de criação do Direito”⁶¹.

3.3 Ativismo Judicial: uma tentativa clássica de atribuir caráter excepcional à atuação ativa e participativa do julgador

⁵⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo/Malheiros, 2003, p. 38-39.

⁵⁹ Vale ressaltar que neste exemplo Ávila buscar criticar o critério de distinção entre regras e princípios do modo de aplicação “tudo ou nada” – das regras – demonstrando que esta espécie normativa também se submete à proporcionalidade – de suas razões. O que queremos demonstrar é que, uma vez não havendo identidade entre enunciado normativo e norma, caberá ao julgador criar a norma mediante atividade hermenêutica, buscando as razões do enunciado inserido no sistema normativo.

⁶⁰ ÁVILA, Humberto ... Op. Cit. p. 37.

⁶¹ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em 17 de janeiro de 2013. p. 11.

Realizada estas primeiras considerações quanto o atual paradigma jurídico e a “virada hartiana” que conduz a criação do Direito pela atuação participativa do julgador, torna-se necessário apresentar alguns conceitos do chamado Ativismo Judicial, que segundo Luís Roberto Barroso:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁶²

Por sua vez, Elival da Silva Ramos conceitua ativismo judicial da seguinte forma:

[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).⁶³

Das concepções apresentadas conclui-se que o ativismo judicial irá se representar como uma atuação proativa do julgador quando da interpretação do enunciado normativo no caso concreto, promovendo uma maior concretização dos valores prevista na Constituição (segundo a concepção de Barroso), externalizando, assim, uma função para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento (segundo a concepção de Ramos). Segundo Baio e Charur referida conceituação de Ramos decorre de base teórica que se assenta: a de vinculação do interprete ao texto base da norma⁶⁴.

Alerta Simionato que existem duas espécies de ativismo judicial: “o ativismo inovador e o ativismo revelador. Aquele, representando uma verdadeira intromissão indevida do Judiciário na função Legislativa, ocorre quando o juiz efetivamente cria uma nova norma, ou intenta uma norma não contemplada no ordenamento jurídico pátrio”. E segue: “Por outro lado, há ativismo judicial relevador quando o magistrado

⁶² Ibid. p. 6.

⁶³ RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo/Saraiva. 2010. p. 219.

⁶⁴ BAIO, Lucas Seixas; CHARUR, Alan Ibn. **A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial**. *Primas Jurídico*. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 173-194, jan/jun. 2011, p. 177.

cria uma norma ou uma regra a partir de valores e princípios já constitucionalmente consagrados, complementando o entendimento de um princípio ou regra lacunosa”⁶⁵.

Neste sentido podemos afirmar que o Ativismo Judicial possui as seguintes características:

- A) Exige uma atuação ativa do julgador;
- B) Exercício jurisdicional que visa concretizar os valores inseridos na ordem constitucional;
- C) Atividade que extrapola os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico;
- D) Função que cria uma norma não contemplada no ordenamento jurídico ou complementa o sentido estabelecido por princípios ou regras lacunosas.

Podemos afirmar que os itens A e B encontram-se em consonância com as construções teóricas que desembocarão no atual paradigma jurídico não-positivista, inicialmente nos termos da já apresentada “virada hartiana”, e pela função jurisdicional de guardar a ordem constitucional que estabelece valores em forma de regras e princípios que deverão ser concretizados.

Ocorre, todavia, que dizer que a atividade criativa (que concretiza os valores constitucionais – itens C e D) é extrapolar os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico é afirmar que há uma contradição entre a decisão judicial consciente da sua função no atual estágio constitucionalista e o próprio ordenamento jurídico. Quando o magistrado busca a concretização dos valores constitucionais, superando, algumas vezes, a própria regra normativa⁶⁶, diante das razões oriundas do caso concreto e dos valores constitucionais (que embasam o próprio enunciado normativo que está sendo superado), o magistrado está nada mais nada menos do que promovendo a integridade da ordem constitucional e do próprio sistema normativo, proporcionando coerência sistêmica.

O que queremos sustentar é que a única atividade do julgador condizente com o atual paradigma jurídica é aquela ativa, que retira a norma do enunciado normativo, buscando a otimização dos valores constitucionais, mas para isso encontrará limites na

⁶⁵ SIMIONATO, Manoelle Brasil Soldati. **Poder Judiciário**: o protagonista em destaque. Disponível em < <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1259587874.PDF>>. Acesso em 13 de jan. de 2013. p. 3.

⁶⁶ Salutar apresentar a seguinte passagem de Thomas da Rosa de Bustamante que sustenta argumentação *contra legem*, em consonância com o atual paradigma jurídico: “Entre nós, merece destaque o acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu ser juridicamente permitido o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador do vírus do HIV, ‘ainda que tal moléstia não se encontre elencada no art. 20, XI, da Lei 8.036/90’, afastando-se a aplicação de uma norma jurídica que proibia o resgate dos valores do fundo fora das hipóteses taxativamente previstas na lei. Partindo de uma análise da finalidade social do Fundo e com base nos princípios constitucionais de proteção aos direitos à vida, à saúde e a dignidade humana, o Tribunal afasta a ‘letra fria da lei’, rompendo com os significados possíveis do texto que veicula a norma jurídica excepcionada” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Direito** ... Op. Cit. p. 318).

própria razão prática e no quadro normativo, daí a importância da concepção de coerência sistêmica.

Legítima foi a pretensão do positivismo jurídico de frear as irracionalidades da decisão judicial, das preferências políticas-partidárias, ideológicas. Neste sentido Barroso expõe interessante passagem que apresenta o direito não político como instrumento que buscou por tempos barrar referidos argumentos irracionais:

Evidentemente, Direito *não é* política no sentido de admitir escolhas livres, tendenciosas ou partidarizadas. O facciosismo é o grande inimigo do constitucionalismo. O banqueiro que doou para o partido do governo não pode ter um regime jurídico diferente do que não doou. A liberdade de expressão de quem pensa de acordo com a maioria não pode ser protegida de modo mais intenso do que a de quem esteja com a minoria. O ministro do tribunal superior, nomeado pelo Presidente Y, não pode ter a atitude *a priori* de nada decidir contra o interesse de quem o investiu no cargo. Uma outra observação é pertinente aqui. Em rigor, uma decisão judicial jamais será política no sentido de livre escolha, de discricionariedade plena. Mesmo nas situações que, em tese, comportam mais de uma solução plausível, o juiz deverá buscar a eu seja mais correta, mais justa, à luz dos elementos do caso concreto. O dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação.⁶⁷

Entretanto, quando falamos na ética do discurso⁶⁸ não há possibilidade de se argumentar racionalmente os pontos apresentados na passagem acima transcrita, a racionalidade discursiva providenciará a retirada de toda e qualquer argumentação irracional (ou argumento *ad absurdum*) que busque a satisfação de interesses particulares, cuja pretensão de universalidade e sinceridade não pode ser cumprida.

Afirmar que o ativismo judicial é atividade excepcional à atividade judicante é apresentar uma concepção exclusivamente descritiva do Direito, ou seja, uma construção mergulhada na perspectiva do observador (visualizando um Direito estático,

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto ... Op. Cit. p. 14.

⁶⁸ Quanto à justificação das regras do discurso que pressupõe uma ética discursiva Bustamante afirma que: “Alexy procura fundamentar uma teoria *analítico-normativa* do discurso jurídico, que se preocupa tanto com a ‘estrutura lógica dos argumentos realmente existentes ou possíveis’ (elemento analítico) quanto em estabelecer ‘critérios para a racionalidade do discurso jurídico’ (elemento normativo). Rejeitam-se, assim, as tentativas de explicação empírica da argumentação jurídica” e segue “No catálogo denominado ‘regras fundamentais’, Alexy refere-se àqueles que constituem as *condições prévias* da possibilidade de comunicação linguística em que se trate de *verdade* ou *correção*. São válidas para qualquer discurso, seja monológica ou dialógico, considerando-se fundamentais pelo caráter elementar nelas presente. Compõem este catálogo: as *regras fundamentais da lógica*, em especial da lógica deontica (regra 1.1); o princípio da *sinceridade* (1.2) – sem o qual “sequer seria impossível mentir, pois na ausência de uma regra que pressupõe a sinceridade, seria possível a decepção” -; o princípio kantiana da *universalidade* (1.3) – base da teoria procedimentalista da argumentação prática -; e finalmente, uma regra pragmática sobre o uso da linguagem, sem a qual o entendimento se torna impossível (1.4), tendo em vista o princípio lógico do terceiro excluído”. (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de Bustamante. **Argumentação Contra** ... p. 79/80).

que prevê enunciados normativos claros e límpidos suficientes para solucionar todos os fatos futuros), não de um participante, assumindo uma categoria “pré-hartiana”⁶⁹.

Por tais razões falar em Ativismo Judicial como atividade que extrapola o ordenamento jurídico e a função do Poder Judiciário é negar o atual paradigma jurídico e a necessária e intrínseca abertura do nosso sistema normativo às questões morais. E mais, falar em ativismo, como atividade atípica, é negar a pretensão de racionalidade do nosso sistema, evidenciando postura retrograda e submissa às clássicas construções.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A necessidade de se promover a proteção dos direitos humanos, a irradiação dos valores constitucionalmente previstos em todo o ordenamento jurídico, a consequente extirpação de todo movimento de retrocesso e reducionismo dos direitos fundamentais apresenta-se como o brado dos constitucionalistas e estudiosos do direito contemporâneo, que não mais admitirá um julgador de pedra, que se apresenta como mero observador do fenômeno jurídico.

Certo é que o direito dos homens, posto mediante um processo legislativo (legítimo ou não), sempre apresentou embate direto com as concepções jusnaturalistas, cuja fundamentação de legitimidade está centrada na essência humana, doutrina filosófica jurídica que sustenta a existência de normas de direito natural anteriores ao ordenamento jurídico histórico-temporal ou positivo.

Percebe-se, portanto, que há uma grande preocupação dos juristas em realizar uma (re)aproximação do direito à moral, realizando o devido controle do direito positivo a partir de um paradigma suprapositivo, ou decorrente dos valores positivados.

A grande preocupação que se apresenta diz respeito, portanto, inicialmente à função ativa e criativa do julgador e a possível ausência de critérios racionais quando da (re)aproximação do direito e a moral, já que conforme salientado por Alexy, há uma tensão pela moralização do direito, cujas construções jurídicas ficam à deriva das deduções morais.

Desta forma, quando falamos em atividade judicante necessariamente deveremos nos remeter a uma atuação ativa/criativa inerente à própria função jurisdicional no atual paradigma jurídico, sob pena de retrocedermos à escola exegetica e ao formalismo excessivo, impedindo o direito de cumprir sua própria tarefa, que é de

⁶⁹ Conforme nos informa Bustamante, a categoria “pré-hartiana” foi cunhada por Massimo La Torre (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do ...** Op. Cit., p. 181.

concretizar os direitos fundamentais contribuindo para a proteção e evolução da humanidade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.
- _____. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Editora dos Advogados, 2011.
- _____. **DERECHO INJUSTO, RETROATIVIDAD Y PRINCIPIO DA LEGALIDADE PENAL**. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicídios cometidos por los centinelas del Muro de Berlín. Disponível em [mail.ecdl2006.org/servlet/.../Doxa23_09.pdf](mailto:ecd12006.org/servlet/.../Doxa23_09.pdf). Acessado em 17 de set. 2012.
- APEL, Karl-Otto. **Ética do discurso como ética da responsabilidade**. Cadernos de tradução n. 3 do departamento de Filosofia da USP. Tradução de Maria Nazaré de Camargo Pacheco Amaral. 1998.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros. 2009.
- BAIO, Lucas Seixas; CHARUR, Alan Ibn. **A pretensão à correção como parâmetro dogmático do ativismo judicial**. Primas Jurídico. São Paulo, v. 10, n. 1, p. 173-194, jan/jun. 2011.
- BARROSO, Luís Roberto, **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em 17 de janeiro de 2013.
- _____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)** Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador, Instituto Baiano de Direito Público, n. 09, março/abril/maio 2007. Disponível na internet: [HTTP://www.direitodoestado.com.br/rere.asp](http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp). Acessado em 15 de fevereiro de 2012.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- _____. **Direito e Poder**. São Paulo/Editora Unesp. Trad. Nilson Moulin. 2007.
- _____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília/Editora Universidade de Brasília. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 1999.
- _____. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo/Editora Edipro. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariana Bueno Sudatti. 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado; 1988.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. São Paulo: Renovar. 2005.
- _____. **Teoria do Direito e Decisão Racional – Temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro/Renovar. 2008.

DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira Duarte. **Direito à Saúde e Teoria da Argumentação: Em Busca da Legitimidade dos Discursos Jurisdicionais**. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2012.

DURÃO, Aylton Barbieri. **O paradoxo da legitimidade a partir da legalidade segundo Habermas**. *Ethic@*. Florianópolis. v. 7. n.2, Dez. 2008.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2ª ed. Lisboa/ Fundação Calouste Gulbenkian. 1994.

HACKER, P. M. S. **Wittgenstein**. Tradução de João Virgílio Gallenari Cuter. São Paulo/Editora Unesp. 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

MATOS, Andityas Soares de Moura. **Estado de Exceção e Ideologia Juspositiva: Do Culto do Absoluto ao Formalismo como Garantia do Relativismo Ético**. In *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, já./jun. 2009.

NEUMANN. Franz. **Estado democrático e estado autoritário**. Trad. Luiz Corção. Rio de Janeiro: Zahar Editores. 1969.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; SOUZA, Tiago Clemente. **Sobre Hermenêutica, Direito e Literatura: Itinerários filosóficos, políticos e jurídicos de Antígona**. Disponível em < http://eventos.uenp.edu.br/sid/2012/anais_sid_II.pdf>. Acesso em 14 de mar. de 2013.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos**. São Paulo/Saraiva. 2010.

SIMIONATO, Manoelle Brasil Soldati. **Poder Judiciário: o protagonista em destaque**. Disponível em < <http://www.esmesc.com.br/upload/arquivos/8-1259587874.PDF>>. Acesso em 13 de jan. de 2013. p. 3.

SOUZA, Tiago Clemente. Epistemologia do processo de conhecimento. In: **REGRAD UNIVEM**. Disponível em: <http://revista.univem.edu.br/index.php/REGRAD/article/viewFile/261/284>. Acesso em: 17 de ago. de 2012.

_____. RAMIRO, Caio Henrique Lopes. **Questões Introdutórias acerca da argumentação jurídica e dos critérios interpretativos para o julgamento dos *Hard Cases***. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0e01938fc48a2cfb>. Acesso em 18 Dez. 2012.

STRECK. Lênio Luiz. **A atualidade do debate da crise paradigmática do Direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo**. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica*. Bauru/SP: Edite, v.40, n. 45, jan/jun 2006.

_____. **O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** Porto Alegre/Livraria do Advogado. 2013. p. 56.