

# ACESSO À JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL NA AMÉRICA LATINA: A EXIGÊNCIA DO HERMENEUTA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

## ACCESS TO JUSTICE AND JUDICIAL ACTIVISM IN LATIN AMERICA: THE REQUIREMENT OF THE HERMENEUTICIAN JUDGE INTO DEMOCRATIC'S LAW STATE

*Nathália Mariáh Mazzeo Sánchez<sup>1</sup>*  
*Marcos Antônio Striquer Soares<sup>2</sup>*

### RESUMO

Sabe-se que o ideal do “justo” é sempre a mola mestra que carrega todos os objetivos da norma. Quando nos colocamos em uma situação em que se deve buscar o Judiciário, a pretensão dos litigantes (quando imbuídos de boa-fé) é de que se faça “justiça”. Assim, o conceito de Direito pode ser visto sob a ótica da “exigência da justiça”. Esse é o conceito que, desde os romanos se faz. Direito era “jus”; “lex” é que era a lei. Independentemente do conceito de direito que se tenha, no entanto, a tentativa de concretização dos objetivos constitucionais passa necessariamente pela interpretação da Constituição. E no Estado Democrático de Direito latino-americano, em que o juiz é chamado a ser, antes de tudo, o guardião das promessas constitucionais, seu papel no trabalho hermenêutico assume relevância inegável. O programa do ativismo judicial, portanto, acaba por encontrar amparo nas necessidades de alcance do efetivo acesso à justiça, construído sob uma ótica regionalista, que identifique nos países latinos a verdadeira essência de seu objetivo principal: a consecução da justiça.

**Palavras-chave:** Acesso à justiça; Ativismo judicial; Hermenêutica Constitucional; América Latina.

### ABSTRACT

It is known that the ideal of "fair" is always the driving force that carries all the rule's objectives. When we put ourselves into a situation where we must seek the Judiciary, the litigants' claim (when imbued in good faith) is that “justice be done”. Therefore, the very concept of law can be seen from the perspective of "demand for justice." This is the concept that, since the Romans, is made. Law was "jus", while "lex" was law. Regardless the concept that has been done of law, the attempt to achieve the constitutional objectives necessarily involves the interpretation of Constitution. And in a Latin American democratic law' state, in which the judge is called to be, first of all, the guardian of constitutional promises, his role in the hermeneutic work is undeniable. That way, the program of judicial activism eventually finds shelter on the need of effective access to justice, built under a regionalist perspective, which identifies in Latin countries the true essence of your main goal: achieving justice.

**Key words:** Access to justice; Judicial activism; Constitutional Hermeneutic; Latin America.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO; 1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA; 2 O ACESSO À JUSTIÇA E O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO LATINO-AMERICANO; 2.1 O acesso à justiça; 2.2 O ativismo judicial; 3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO EXIGÊNCIA DA JUSTIÇA NO ESTADO

DEMOCRÁTICO DE DIREITO; 3.1 A Justiça e o Direito; 3.2 Breve evolução histórica da teoria da interpretação; 3.3 O papel do juiz na construção de sentido da norma; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## **INTRODUÇÃO**

Sabe-se que o ideal do “justo”, desde a Antiguidade, é uma das principais – se não a mais relevante – virtude de que deve se valer a norma jurídica para justificação de sua imposição e legitimação social. É natural notar que, na busca do Estado–Jurisdição para a solução do caso concreto, os litigantes (quando imbuídos de boa-fé) pretendem sempre que o juiz “faça justiça”. Assim, o conceito mesmo de Direito e sua forma de aplicação podem ser vistos sob a ótica da “exigência da justiça”.

De qualquer forma, ainda que não se considere que o princípio da justiça é o elemento constitutivo do Direito,<sup>3</sup> é de se reconhecer que a noção de justo lhe é essencial, donde parte também o conceito de acesso à justiça.

Ocorre que, nos países latino-americanos, esse conceito sofreu algumas modificações, em especial por pretender reduzir desigualdades sociais que impediam o desenvolvimento das nações recentemente democráticas.

Assim é que, na consecução dos fins constitucionais, a Hermenêutica Jurídica assume papel relevante, porquanto ordenadora da Teoria da Interpretação aplicável às normas constitucionais, na busca (ou na concretização, conforme se verá) do Estado Democrático de Direito, cujas exigências impõem a postura ativa (participativa) do juiz intérprete. Postura ativa na interpretação constitucional, na construção de sentido da norma, que se modifica pelas pré-compreensões do sujeito e, ao mesmo tempo, as modifica, num círculo (virtuoso, diga-se de passagem) sem fim.

Nesse ponto, a evolução da Hermenêutica Jurídica ao longo do tempo, bem como da evolução do papel do juiz na interpretação da norma, permitem visualizar a própria concepção de Estado (e suas responsabilidades) perante a sociedade. No Estado contemporâneo (Democrático de Direito), as atribuições sociais e de proteção individual adquirem indiscutível relevo, o que leva o hermeneuta à posição de realizador das garantias constitucionais.

Dessa forma, no primeiro capítulo esclarece-se o procedimento metodológico adotado nesse estudo, que permitirá o alcance das conclusões almejadas.

Em seguida passa-se à conceituação do acesso à justiça e do ativismo judicial, explicando-se de que forma o primeiro dos institutos se modifica na realidade latina.

No terceiro e derradeiro capítulo, assim, passa-se à análise do conceito de justiça no Estado Democrático de Direito e como, nesse paradigma, a exigência da hermenêutica constitucional se coloca ao intérprete da norma. Para tanto, inicialmente é demonstrada a evolução da Teoria da Interpretação no decorrer da História, salientando-se como a Hermenêutica Jurídica foi tomando forma e, especialmente, conteúdo, com uma breve exposição da modificação do papel do intérprete durante o transcorrer do tempo. Finalmente, já no âmbito do Estado Democrático de Direito, analisa-se o efetivo papel do hermeneuta na construção de sentido da norma jurídica, bem como sua participação mais ou menos ativa na consecução dos objetivos constitucionais.

Em conclusão, observa-se a plausibilidade do paralelo traçado entre o conceito de acesso à justiça no cenário latino-americano e o papel ativista do hermeneuta no (novo) Estado Democrático de Direito.

## **1 CONSIDERAÇÕES METODOLÓGICAS E COLOCAÇÃO DO PROBLEMA**

Desde as concepções clássicas do direito, a importância da virtude da justiça na formação da norma tem sido questionada. Nesse sentido, da mesma forma o acesso à justiça foi se modificando conforme iam se modificando também as compreensões acerca do que era o próprio direito.

Ocorre que nos países latino-americanos, o conceito de acesso à justiça não pode ser identificado com o conceito tradicional que se imputa aos países europeus, colonizadores. E, nesse diapasão, o programa do ativismo judicial se coloca como instrumento à consecução dos fins constitucionais, instrumentalizados pelo hermeneuta.

Para definir, portanto, o papel do hermeneuta nesse objetivo procura-se verificar o conceito de acesso à justiça e o de ativismo judicial, relacionando-os à hermenêutica constitucional e, conseqüentemente, ao papel do intérprete do direito.

## **2 O ACESSO À JUSTIÇA E O ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO LATINO-AMERICANO**

A realidade latino-americana é de todo diversa das demais regiões continentais do mundo. A começar pela forma de colonização; ao contrário dos países da Europa e alguma

parte da Ásia, que construíram suas civilizações de modo mais ou menos liberto, a América Latina foi uma região “encontrada” essencialmente por três povos: os espanhóis, os portugueses e os franceses. A cultura de cada um dos países colonizados também era em todo diferente da de seus colonizadores. Com uma população eminentemente indígena, a América Latina encontrava suas tradições e subsistência fortemente ligadas ao cultivo da terra.

E em todos esses países, que hoje somam vinte, além dos onze territórios independentes,<sup>4</sup> encontra-se uma forte desigualdade social e econômica. O termo (América Latina), inclusive, foi consolidado pela CEPAL (Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe) ao final da Segunda Guerra Mundial, como sinônimo de países menos desenvolvidos.<sup>5</sup>

Nessa sistemática, a pretensão de realização de acesso à justiça e, conseqüentemente, de se fazer justiça no caso concreto, passa por uma política de facilitação não só do alcance ao Judiciário, mas de plena consecução dos objetivos constitucionais elencados pelo Estado. Nesse contraponto é que o programa do ativismo judicial (que surgiu, como se verá, duma concepção pejorativa de atuação judicial) pode surgir para coadunar-se com o papel do hermenêuta no Estado Democrático de Direito.

## **2.1 O acesso à justiça**

Através dos estudos de Cappelletti e Garth<sup>6</sup> verifica-se que a pretensão de acesso à justiça teria sofrido uma mudança no decorrer da história mundial.

Num primeiro momento, a ótica individualista e liberal dos séculos XVIII e XIX impunha uma concepção de direito de ação essencialmente ligado à ideia de possibilidade de propositura de uma ação em juízo ou de defesa quando atacado. Enquanto direito natural, o acesso à justiça era anterior mesmo ao Estado e, assim, independente deste. Ao ente estatal incumbia tão somente a tarefa de impedir quaisquer ameaças à referida garantia do cidadão.<sup>7</sup> A ideia de acesso à justiça, portanto, consistia em uma autorização formal de acionar o Judiciário ou de ter sua defesa ouvida, sem quaisquer preocupações com a igualdade (material) das partes em juízo ou com a possibilidade de pagamento dos custos de um processo.

Já com os movimentos socialistas dos séculos XIX e XX, a crítica à ideologia liberal e o aumento dos direitos sociais impõem uma transformação no que toca à concepção do direito de ação. Os novos direitos garantidos pelas Constituições – tais como direito ao trabalho, à saúde, à segurança e à educação – exigem uma ação positiva do Estado, mais do

que negativa (quando a concepção liberal do processo e do direito material pretendia manter o Estado afastado do direito de liberdade e propriedade dos cidadãos). Nesse sentido, Cappelletti<sup>8</sup> afirma que o próprio conceito de acesso à justiça se modifica:

Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos.

Na pretensão de superação do paradigma reducionista de igualdade formal, portanto, as Constituições modernas estatuem o conceito de acesso à justiça no âmbito material, o que impõe a ampliação da pesquisa com relação ao acesso à justiça, para considerar métodos de análise sociológicos, políticos, psicológicos e econômicos, por exemplo.<sup>9</sup> Segundo Bedaque,<sup>10</sup> em referência aos trabalhos dos autores retro citados, essas ondas renovatórias se deram em três etapas: a) a primeira relacionada à concessão de assistência judiciária aos menos favorecidos; b) a segunda afeta à representação jurídica de interesses metaindividuais; e c) a terceira relacionada ao “novo enfoque do acesso à justiça”, que pretende englobar as ondas anteriores e garantir a proteção ao direito das partes.

A partir daí é que o direito de acesso à justiça tem sido relacionado como um dos mais fundamentais direitos individuais, haja vista que a “[...] titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação.”<sup>11</sup>

Diferentemente do que Cappelletti e Garth previram no âmbito dos sistemas judiciários europeu e norte-americano,<sup>12</sup> no entanto, a preocupação com o tema na sistemática latino-americana não coincidiria com a terceira onda de acesso à justiça prevista por aqueles autores. Nesse sentido é que Junqueira<sup>13</sup> afirma que não houve no Brasil e nos países latino-americanos a expansão de um Estado Social que proclamava a efetividade de direitos e garantias individuais. Após muitos anos de ditaduras militares<sup>14</sup> que sufocaram a participação jurídico-política da sociedade latina, a pretensão de acesso à justiça coadunava-se muito mais à expansão de direitos básicos a uma sociedade majoritariamente pobre e marginalizada do que ao reconhecimento de direitos advindos de lutas sociais históricas.<sup>15</sup>

Veja-se que a construção do esquema jurídico dos países latino-americanos sempre demonstrou forte ligação com as bases europeias de se fazer justiça. Mesmo após terem adquirido a independência dos reinos de Portugal e Espanha, as colônias das Américas Central e do Sul mantinham a estrutura social, econômica e político-constitucional de seus dominadores.<sup>16</sup> Essa dependência, segundo Wolkmer,<sup>17</sup> não se manteve tão somente no plano

dos ideários jurídicos, mas foi além, estendendo-se à formatação das Cartas Constitucionais dos países latinos.

Essa colonização e dependência da cultura jurídica latino-americana da época ao modelo hegemônico eurocêntrico de matriz romano-germânica não se realizou somente no âmbito geral das “ideias jurídicas”, mas, igualmente, em nível de construções formais de Direito público, particularmente da positivação constitucional. Isso se comprova no processo de constitucionalização dos Estados latino-americanos que foram doutrinariamente marcados pelas Declarações dos Direitos anglo-francesas, pelas constituições liberais burguesas dos Estados Unidos (1787) e da França (1791 e 1793), e pela inovadora Constituição Espanhola de Cádiz (1812).

Assim, as fontes originárias dos Direitos romano, germânico e canônico foram mantidas nas estruturas de jurisdicionalização dos conflitos, assim como o paradigma liberal de proteção aos direitos individuais e o modo de produção capitalista. No entanto, as sociedades advindas das estruturas coloniais latino-americanas em nada se pareciam com aquelas formadas no continente Europeu após séculos de história construída. A realidade latina, ao contrário (essencialmente agrária e escravagista), passava ao largo do desenvolvimento urbano e industrial do século XIX. Por isso é que as necessidades locais (que reuniam reivindicações dos grupos majoritários tais como índios, afro-americanos e camponeses) não eram atendidas pelas “[...] constituições liberais e pela doutrina clássica do constitucionalismo político.”<sup>18</sup>

Assim é que, numa sociedade constituída tão originalmente (com influências indígenas, africanas e europeias) e tão carente ainda dos direitos que pretendiam igualar os cidadãos no além-mar, as pretensões de defesa dos direitos no âmbito processual precisam também seguir a mesma originalidade. O ativismo judicial, portanto, passa a ser cogitado como uma possibilidade de expansão do acesso à justiça, considerado em suas novas feições de efetividade de garantia dos direitos assegurados nas constituições modernas.

## **2.2 O ativismo judicial**

Durante os quase quatorze anos de vida da Constituição da República Federativa do Brasil, publicada em outubro de 1988, não causa espanto – pelo menos na última década – a manifestação do Supremo Tribunal Federal quanto a temas de natureza essencialmente política.

Isso porque, em especial após as trágicas consequências demonstradas pela Segunda Guerra Mundial, as Constituições modernas, a contrário de serem apenas documentos políticos despidos de autoaplicabilidade (que outrora serviam mais de

fundamentação ideológica, sem formatação normativa), passam a ser verdadeiras normas jurídicas, donde emanam não só os direitos subjetivos dos cidadãos como também os parâmetros de aplicação e interpretação (assim como de criação) das demais normas do ordenamento. Baseando-se nessa modificação das estruturas de poder é que alguns autores como Mauro Cappelletti<sup>19</sup> justificam o “agigantamento” do poder Judiciário.

Segundo Luis Roberto Barroso<sup>20</sup>, as causas de tal fenômeno vão desde a necessidade de um Judiciário forte e independente (como consequência da democracia moderna), passando por uma descrença no poder Legislativo – o que ele chama de “crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral” –, até o descomprometimento das instâncias legiferantes, que se abstêm de trazer para si os debates mais polêmicos avocados no meio social.

Tais fatores, aliados ao princípio da garantia do acesso à Justiça, trouxeram ao órgão de cúpula do sistema jurisdicional brasileiro questões tais como a pesquisa com células-tronco embrionárias (ADI 3.510/DF), a vedação ao nepotismo (ADC 12/DF associada à súmula vinculante n. 13), a não recepção da lei de imprensa (ADPF 130/DF) e, recentemente, o reconhecimento da união estável e entidade familiar entre pessoas do mesmo sexo (ADI 4277/DF e ADPF 132).

É verdade que, ao lado dos fatores apontados por Barroso, o sistema de jurisdição constitucional utilizado no Brasil contribui em grande parte para o alargamento dessas competências do STF, uma vez que todo juiz é obrigatória e necessariamente juiz constitucional (autorizado à análise e interpretação direta da Constituição Federal, com poderes de declaração incidental de inconstitucionalidade da legislação ordinária em face da Constituição), além do fato de que o rol de legitimados à propositura de ação direta de controle de constitucionalidade expandiu-se consideravelmente com o advento da nova ordem constitucional.

No contraponto desse fenômeno da judicialização da política – como seu irmão “bastardo” – surge o programa do ativismo judicial, que encontrou forte manifestação no início do século XX, especificamente nos Estados Unidos, com as decisões do tribunal Warren<sup>21</sup>, oportunidade inclusive em que a denominação passou a ter caráter pejorativo. Nas palavras de Ronald Dworkin<sup>22</sup> o conceito se coloca da seguinte forma:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.

Para 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.”<sup>23</sup> Exemplos de atitudes dessa natureza seriam a aplicação da Constituição a situações não originariamente incluídas no texto expresso da norma, a imposição de obrigações de fazer ao Poder Público em sede de políticas públicas (tais como a concessão de medicamentos de alto custo sem previsão orçamentária), bem como a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos com fundamento em critérios mais maleáveis do que a afronta direta ao texto constitucional.<sup>24</sup>

Assim, enquanto a judicialização da política se coloca como um fato decorrente da própria característica constitucional brasileira, o ativismo judicial pode ser visto mais como uma postura dos tribunais, que audaciosamente autorizam-se a interpretações mais abertas de princípios tais como a “igualdade”, a “liberdade”, a “dignidade da pessoa humana”, entre outros.<sup>25</sup>

Decisões quanto à segregação nos Estados Unidos em meados do séc. XX, por exemplo, foram decisões fortemente ativistas, porquanto a Suprema Corte norte-americana reconheceu um direito moral individual contra o Estado e determinou que fossem modificadas as imposições do Legislativo e do Executivo que discriminavam brancos e negros. Foi uma ingerência do Judiciário em decisões tomadas pelas outras funções do Poder e, portanto, uma decisão ativista.

Acontece que, não raro, os Tribunais são chamados a decidir questões cujo conteúdo ou repercussão política é um tanto quanto significativo. É o caso, por exemplo, da decisão do Supremo Tribunal Federal em 23 de fevereiro de 2006 quando do julgamento do HC 82.959/SP<sup>26</sup> (Rel. Min. Marco Aurélio) que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei. nº 8.072 de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos), afastando o óbice à progressão de regime em crimes dessa natureza. Trata-se de uma decisão sobre a inconformidade de texto de lei com a Carta Magna brasileira, mas que gera uma grande modificação não só na opinião popular, mas também nas políticas públicas criminais.

O tema da posição ativa do juiz e do controle judicial dos atos das demais funções do Poder (Executivo e Legislativo) já foi objeto de estudos nas mais diversas esferas da prática judicial, a exemplo dos trabalhos de Guilherme Marinoni no âmbito do direito processual civil e dos trabalhos de Gilmar Ferreira Mendes em direito constitucional.

Em sua obra “Juízes Legisladores?”, por exemplo, Cappelletti trata o fenômeno do agigantamento do Judiciário como um acontecimento natural, que advém da sobrecarga do Legislativo. Denominando-o “Terceiro Poder”, coloca o Judiciário como um contrapeso necessário aos demais poderes políticos.<sup>27</sup>

Para ele, essa ingerência do Judiciário não constitui, a nenhum tempo, um vício de legitimidade democrática:

Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em muito pode colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de checks and balances, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas.<sup>28</sup>

Para Marinoni<sup>29</sup>, o papel do Judiciário deve se dar no sentido de possibilitar o acesso à Justiça. Inócuo seria o posicionamento do juiz que aplica a lei sem alinhá-la ao conteúdo do direito à sua época. Pelo motivo mesmo de que a noção de Estado é variável no tempo é que a Jurisdição deve também acompanhar tais mudanças.

### **3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL COMO EXIGÊNCIA DA JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Vistos os conceitos de acesso à justiça e de ativismo judicial, importa ressaltar qual a relação que tais programas têm com a pretensão constitucional de realização da justiça. Isso porque, conforme se verá, a justiça e o direito são conceitos que andam intrinsecamente ligados, em especial na atual conjuntura de efetivação de direitos fundamentais imposta pelas novas constituições.

#### **3.1 A Justiça e o Direito**

É verdade que a importância do estudo da justiça para o Direito foi sendo modificada no transcorrer dos tempos. Conforme se verá, a maior ou menor importância da referida virtude no âmbito do direito (ou da decisão judicial) demonstrará as diferentes acepções do próprio conceito do Direito e, conseqüentemente, do papel que a hermenêutica jurídica (no que se insere a figura do juiz) realizará no trabalho de construção da norma.

Em Kelsen,<sup>30</sup> a verificação da justiça de uma determinada ordem jurídica não compunha exatamente o objeto da ciência do Direito. Isso porque se a Teoria Pura do Direito pretendia realizar uma análise estrutural do direito positivo, então seus métodos são impréstáveis à verificação da justiça ou injustiça da lei. Essa análise estaria fora do âmbito de incidência do Direito, o que não impossibilita, no entanto, a resposta objetiva, científica sobre “o que é a justiça”.

Para o autor, a análise do direito positivo de determinado país, por exemplo, cinge-se à verificação dos atos humanos que, num certo tempo e espaço, deram origem a um conjunto de leis coercitivas ao seu povo. E isso pode ser aferido de forma objetiva, científica. Já a verificação da “justeza” da decisão de determinado tribunal ou de determinada lei não poderá jamais ser aferida de forma objetiva, porque depende dos ideais de justiça da pessoa que analisa o caso.

[...] a questão quanto ao que é o Direito positivo [...] é a questão de um ato criador de Direito que teve lugar em certo tempo e espaço. A resposta a esta questão [...] pode ser verificada por fatos objetivamente verificáveis, ao passo que a questão quanto a ser justo o Direito de certo país ou da decisão de certo tribunal depende da ideia de justiça pressuposta pelo sujeito que responde, e essa ideia baseia-se na função emocional de sua mente.<sup>31</sup>

Já em Rawls,<sup>32</sup> a justiça aparece como virtude indissociável da atividade humana; indisponível e inviolável. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar. Por essa razão, a justiça nega que a perda de liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por todos. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor do que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos.

Não é outro o entendimento de Joaquim Carlos Salgado,<sup>33</sup> para quem a ideia de justiça se coloca como um valor jurídico que não é intra-sistemático do direito positivo (e, portanto, determinado pela norma) nem um valor meta-jurídico-positivo (e, portanto, antecessor à norma); é valor normativo e é norma de conteúdo valorativo.

Não há como pensar um valor sem que nele esteja o sentido de dever ser; nem uma norma sem que nela esteja pressuposto um valor. Essa unidade do justo e do normativo é que forma o fenômeno jurídico. Nem a norma precede o valor (normativismo), nem o valor precede a norma (axiologia). São aspectos de um mesmo movimento da razão ética e, por conseguinte, da razão jurídica.<sup>34</sup>

### **3.2 Breve evolução histórica da teoria da interpretação**

Para a compreensão o papel da Hermenêutica Jurídica na consecução da justiça no Estado Democrático de Direito, importa verificar o transcurso histórico em que se enquadra a evolução da Teoria da Interpretação, o que permite denotar também a opção teórica do papel do próprio direito na sociedade.

Num primeiro momento, salienta-se que não é de se confundir hermenêutica com interpretação. Enquanto interpretação significa atribuir preço, valor, avaliar, hermenêutica significa a arte de interpretar, expressar sua palavra no sentido de se fazer entender.<sup>35</sup> Do latim *hermeneuticus* que, por sua vez, deriva do grego *hermeneuein* (que significa expressar, explicar, traduzir ou interpretar), a palavra vincula-se ao deus Hermes, que servia de canal de comunicação dos deuses do Olimpo com os mortais.<sup>36</sup> Assim como a ele era atribuída a descoberta da linguagem e da escrita, a palavra hermenêutica teria o sentido daquilo que “torna compreensível” através da linguagem.<sup>37</sup>

Paulo Nader,<sup>38</sup> nesse sentido, afirma que a hermenêutica seria o enquadramento teórico que oferece os princípios, critérios, métodos e orientação geral à interpretação, enquanto a interpretação mesma seria de cunho mais prático, uma aplicação dos ensinamentos da hermenêutica ao caso concreto.

Na Antiguidade clássica, os poetas eram chamados intérpretes (*hermenes*) dos deuses. Até a Idade Média, interpretar era criar alegorias (metáforas retóricas que pretendiam criar imagens, conceitos para expressar o sentido das coisas). A hermenêutica, em sua forma sistematizada, como “arte da interpretação” surgiu pela primeira vez em 1654 no título de uma obra de J.C. Dannhauer, “*Hermeneutica sacra sive methodus exponendarum sacrarum litterarum*”. Era o meio através do qual os protestantes interpretariam a Bíblia, na luta contra o catolicismo romano, introduzindo uma interpretação mais literal e menos alegórica dos escritos sagrados.<sup>39</sup>

Friedrich Ast estabeleceu diferentes níveis de interpretação de um texto: a) *histórico*, (ou “hermenêutica da letra”), que encontra o verdadeiro sentido do texto comparando-o com diferentes manuscritos e outros textos do período; b) *gramatical* (ou “hermenêutica do sentido”), que procura descobrir o significado das palavras e frases no texto; e c) *espiritual*, pelo qual a literalidade do texto permite alcançarmos o espírito do autor e da sociedade (a palavra espírito toma aqui o sentido de “perspectiva”, “mentalidade” ou “visão de mundo”).<sup>40</sup>

Friedrich August Wolf, por sua vez, definia a hermenêutica como a “ciência das regras pelas quais é discernido o significado dos signos”.<sup>41</sup>

Schleiermacher, no início do século XIX, afirmava que não se pode conhecer o todo de um texto sem conhecer partes específicas do texto e tampouco as partes específicas podem

ser corretamente compreendidas se não se tiver uma noção geral do objeto interpretado. Ele afirmava que haveria sempre algo mais a dizer sobre o pensamento de um autor do que o significado de suas palavras, e que o intérprete deveria desenterrar o pensamento. Isso porque aquilo que o autor quis dizer nem sempre é exatamente o que ele disse; e isso ocorre por diversas razões: a má expressão por parte dos autores, o deslize da caneta ou da língua, a ausência de habilidade verbal ou o emprego imprudente das palavras. Assim, o sentido do texto poderia variar, a depender se a pretensão é descobrir o que o autor quis dizer com o texto ou o que o texto quis transmitir à sua audiência. E em cada desdobramento que se faça dos questionamentos acima geraria invariavelmente uma interpretação diversa do mesmo texto.<sup>42</sup>

Dilthey, por sua vez, considerava indispensável, para a compreensão do texto, compreender o autor em sua individualidade. A compreensão elementar permitiria o entendimento acerca do significado imediato da parte; a compreensão elevada, por sua vez, permitiria a compreensão do sentido do todo. Por exemplo: pela compreensão elementar, entendo que estou com fome, frio, sede, etc. Pela compreensão elevada, conheço a mim mesmo e dou sentido à minha vida.<sup>43</sup>

Heidegger acreditava que, para compreendermos um texto, precisamos observar nossa "situação hermenêutica", ou seja, os pressupostos que, por conta de situações passadas, trazemos para a compreensão do texto. O ser humano (*dasein*) é ser interpretativo por natureza. Os significados acumulam-se nas palavras a partir de inter-relações que constituem nosso mundo. "A compreensão prévia do todo, que Schleiermacher e Dilthey viam como uma exigência para a interpretação da parte, só pode surgir a partir dos próprios pressupostos do intérprete. Estes, entretanto, devem ser revisadas no decorrer da interpretação."<sup>44</sup>

Após, com Gadamer, persiste-se na ideia de que o intérprete, ao se deparar com um texto, o faz imbuído de suas pré-compreensões.

Mas nem sempre a disciplina teve papel tão relevante no Direito. Ramos,<sup>45</sup> ao relatar a evolução da Teoria da Interpretação para a doutrina e prática judicial, afirma que durante muitos séculos – em especial a partir do positivismo clássico, em 1804, com o Código Napoleônico, até início do século XX – a Hermenêutica Jurídica ficou adormecida, absorta por uma concepção legalista – ou excessivamente libertária – de que a apreensão da norma surgiria do ordenamento, da sociedade ou do próprio juiz, mas nunca de um trabalho hermenêutico do intérprete-aplicador.

Na Escola Exegética, situada no transcurso do século XIX, entendia-se que as respostas para todas as indagações do caso concreto poderiam ser encontradas na própria lei.<sup>46</sup>

Assim e – por conta da supremacia da lei em oposição à antiga tirania do soberano –, a técnica empregada na compreensão do texto legal era a da subsunção mecânica ou automática. Predominavam os métodos gramatical e lógico, que buscavam a intenção do legislador na produção da norma.<sup>47</sup>

Bobbio<sup>48</sup> relembra que são cinco as características fundamentais da escola exegetica: “[...] a) inversão das relações tradicionais entre direito natural e direito positivo; [...] b) concepção rigidamente estatal do direito; [...] c) a interpretação da lei fundada na intenção do legislador; [...] d) o culto do texto da lei; e [...] e) o respeito pelo princípio da autoridade.”

Já para a Escola Histórica, cujo expoente é Savigny, o direito é visto como um produto espontâneo, que nasce do costume e encontra sua legitimidade na prática social. Assim, opondo-se ao jusnaturalismo, afasta qualquer pretensão de codificação, por engessar o direito e impedir sua evolução.<sup>49</sup>

No contraponto das duas escolas mencionadas anteriormente, insere-se a Escola da Livre Pesquisa Científica, encabeçada por Geny. Por ela, nos casos em que a lei fosse omissa (casos não previstos pelo legislador e que, portanto, não podem ser solucionados pelo ordenamento) o intérprete deveria ser livre para pesquisar a melhor solução para o caso, buscando respostas nos costumes, na jurisprudência e, principalmente, na realidade natural e social em que vive.<sup>50</sup>

Numa tentativa de libertar o intérprete de todas as amarras que até então o sufocavam, a Escola do Direito Livre autoriza que o juiz decida, inclusive, *contra legem*. Kantorowicz,<sup>51</sup> assim, afirma que a lei não poderia ser a única fonte do direito e que, em caso de lacuna, o juiz deveria ser livre para julgar como bem entendesse. Em oposição, Maximiliano<sup>52</sup> entende ser um verdadeiro retrocesso a adoção de tal postura.

Numa nova perspectiva constitucional, no entanto, o papel da Hermenêutica adquire postura relevante e decisiva. As constituições modernas, dotadas de dispositivos amplos e de conteúdo principiológico, exigem a adoção de novos critérios de julgamento, de regras capazes de efetivamente orientar as regras no novo jogo constitucional.

De acordo com Pugliese,<sup>53</sup> a nova postura assumida frente à Constituição (o que convencionou-se denominar neoconstitucionalismo), teve por características: *a)* o reconhecimento da supremacia das normas constitucionais; *b)* a atribuição de caráter normativo à Constituição (em especial daquelas que representam princípios); *c)* a interpretação das normas constitucionais a partir da Constituição, ainda que em confronto com o Direito privado; e *d)* a assunção de posicionamento programático diretivo a fim de realizar a interpretação constitucional.

Gomes,<sup>54</sup> quando se refere ao conceito de interpretação e hermenêutica, afirma que a primeira ganha razão de ser quando se dirige à efetiva aplicação das normas jurídicas às situações concretas, lembrando que o direito deve estar “[...] sempre voltado ao disciplinamento da convivência das pessoas, em um contexto social, a fim de que esta seja a mais *justa e razoável* possível.”

Nesse sentido e, considerando a nova conjuntura constitucional, Bonavides<sup>55</sup> afirma que foi notável o crescimento da relevância dos métodos interpretativos. E, nos ordenamentos estatais orientados por uma Constituição rígida, a interpretação constitucional é o instrumento que garante a estabilidade do sistema e das instituições.

### **3.3 O papel do juiz na construção de sentido da norma**

Ramos,<sup>56</sup> quanto ao papel do juiz na interpretação da norma jurídica, afirma que somente no século XX, com as Teorias de Emilio Betti e, de forma mais explícita, com a Hermenêutica Filosófica de Gadamer, é que se consolidou a importância da participação do magistrado na construção da norma.

É verdade que Kelsen,<sup>57</sup> verificando a insuficiência que a simples subsunção oferecia aos questionamentos do direito, afirmou que ao juiz é concedida certa criatividade na compreensão da norma. Mas essa criatividade resulta na opção de escolha que, dentre tantas possibilidades demonstradas pela cognição operada, o magistrado tem no caso concreto. Outras questões que não aquelas afetas ao trabalho de extração de sentido da norma (tais como discordâncias interpretativas de caráter doutrinário) restringir-se-iam ao âmbito da Política do Direito.

Modernamente, Betti<sup>58</sup> já reconhecia que, dentre as três espécies de interpretação, era a jurídica que oportunizava a participação do intérprete-aplicador na compreensão do texto-base. Isso porque tanto a norma quanto o processo interpretativo buscam sentido na ordem jurídica, este último com o objetivo de integrar e complementar o objeto interpretado.

Peter Häberle,<sup>59</sup> por sua vez, defende a ideia de que a interpretação constitucional não pode ficar adstrita aos intérpretes convencionais do direito, mas deve estender-se a toda a comunidade, numa atitude democrática de permitir aos cidadãos o debate público das questões que, inegavelmente, os atingirão.

Já em Gadamer,<sup>60</sup> a inclusão do intérprete no *círculo hermenêutico* deixa clara sua participação na concretização da norma. E o termo concretização, nesse caso, segundo Müller,<sup>61</sup> não deve ser tomado no sentido do positivismo clássico (tornando mais concreta

uma norma já existente no código legal), mas no sentido de efetivamente construir a norma no caso concreto individual a ser decidido.

E, quando se coloca no papel de interpretar o direito, o hermenêuta o faz imbuído de uma *pré-compreensão*, ou seja, de um conjunto de conceitos jurídicos, classificações, sentidos de outros dispositivos correlatos, conhecimento dos fatos, e mesmo de seus juízos de valores pessoais. O próprio autor a define como “[...] as opiniões prévias de conteúdo [...] com as quais lemos os textos.”<sup>62</sup> Por isso para ele “[...] o que importa é dar-se conta dos próprios pressupostos, a fim de que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade, podendo assim confrontar sua verdade com as opiniões prévias pessoais.”<sup>63</sup> O que não implica na produção de uma norma arbitrária, senão quando as próprias opiniões prévias – analisadas quanto à sua legitimidade, origem e validade – forem também consideradas arbitrárias e, assim, não confirmadas pelo objeto investigado.<sup>64</sup>

Segundo Gomes<sup>65</sup>, após a entrada no círculo hermenêutico, no entanto, o intérprete evolui para uma efetiva compreensão. Isso porque ele amplia sua visão do objeto, modificando a pré-compreensão ao agregar a ela novas informações, e assim, num processo circular que não tem fim.

E nesse paradigma do novo Estado Constitucional Democrático, a posição ativa do juiz na interpretação da norma parece ter logrado espaço definitivo. Para Gomes<sup>66</sup>, o juiz é chamado a, em sua tarefa de interpretar a Constituição, contribuir na concreção dos valores e objetivos constitucionais. E nessa tarefa, a hermenêutica constitucional é sua grande aliada.

No mesmo sentido foi o voto do então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau<sup>67</sup>, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 101, acerca da importação de bens de consumo (pneus) usados. Naquela oportunidade, para justificar a adequação das normas administrativas aos preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente equilibrado, sem ferimento das cláusulas de liberdade de concorrência e livre iniciativa, o Ministro manifestou-se acerca do papel da interpretação constitucional:

[...] interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é a atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, o juízo de oportunidade uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente.

Isso porque, conforme afirma Streck<sup>68</sup>, o Estado Democrático de Direito tem o papel de não só melhorar as condições de existência do ser humano – como o faz o Estado Social de Direito – mas também de efetivamente transformar a realidade. Por isso o aspecto

democrático, que qualifica o Estado, é tão importante; ele tem o condão de agir simbolicamente como fomentador da participação pública.

No novo modelo de Estado, em que a verdadeira revolução social repousa no efetivo alcance de níveis dignos de igualdade e liberdade<sup>69</sup>, o papel do juiz se coloca cada vez mais relevante.

E na sistemática verificada nos países latino-americanos, em que as constituições pretendem ser arcabouços de direitos fundamentais para o alcance de uma convivência mais justa e digna – o que não foi alcançado através de lutas populares centenárias, como foi o caso dos países europeus – o pleno acesso à justiça encontra amparo na atuação ativa dos juízes e tribunais.

Isso porque, em seu trabalho de solução do caso concreto, o juiz é chamado a decidir aplicando o Direito com o objetivo último de encontrar a solução justa e equitativa. Para isso, o campo da hermenêutica constitucional e jurídica lhe são frutíferos, orientando seu julgamento. Trata-se de abrir novos caminhos por meio de uma prática interpretativa comprometida com a constelação dos valores constitucionais, sempre na busca da construção de uma democracia participativa.<sup>70</sup>

Assim, o trabalho de interpretação da norma jurídica está intimamente ligado ao conceito de justiça e à consecução do Estado Democrático de Direito.

Trabalho esse que, para Pugliese<sup>71</sup>, constitui-se numa tarefa possível e infinita. Possível porque não se pode excluir o surgimento de outras interpretações melhores ou mais adequadas às existentes – relativamente ao momento em que se vive e aos conhecimentos do intérprete. E infinita porque uma determinada interpretação pode sempre se mostrar inadequada ou incorreta.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A despeito das tentativas da doutrina jurídica em afastar a concepção do Direito do âmbito da justiça, percebe-se que a própria ideia de ordenamento jurídico, desde a Antiguidade, esteve intrinsecamente relacionada à ideia do 'justo'.

O valor supremo atribuído à decisão judicial transpõe sua exigência de concretude para o intérprete, que assume papel relevante da construção de sentido das pretensões democráticas constitucionais.

E, nesse paradigma do Estado Democrático de Direito, é inegável a importância da Hermenêutica Constitucional. Em especial alcance no âmbito dos países latino-americanos, em que a outorga de direitos fundamentais adveio muito mais de uma necessidade estatal de

diminuição dos espaços de desigualdade do que de uma luta histórica pelo crescimento das camadas mais afastadas do poder.

Em se tratando de países eminentemente pobres e aliados das grandes decisões políticas globais – o que, salienta-se, já vem sendo modificado, em especial pela forte demonstração do Brasil como país capaz de assumir as rédeas de seus assuntos internos e também dos internacionais – grande parte do alcance às pretensões constitucionais passa necessariamente pelas mãos do Poder Judiciário.

E, na interpretação da norma suprema do ordenamento jurídico, a extração do conteúdo de sentido deve sempre buscar a colocação do ser humano na plenitude de sua dignidade. E isso não se faz sem uma sólida concepção de que, mais do que um “aplicador do direito”, o juiz assume papel de próprio construtor do direito, num trabalho hermenêutico que o coloca dentro e em constante aprendizado com a norma jurídica.

Mais do que interpretá-la, ele trabalha para (e com) ela. Tomado de suas aspirações próprias – sempre destinadas e coadunadas com os princípios constitucionais – o juiz transforma o texto legal em norma, dotada de sentido e orientada para um fim.

E aí, uma vez mais, que a Hermenêutica toma sentido e importância. Demonstrando os métodos interpretativos e, mais do que isso, a postura que o juiz tem com o ordenamento que encontra à sua frente, possibilita ao magistrado a verdadeira tomada de consciência da importância que exerce no meio social.

Porque a resolução do caso concreto, acima de tudo, responde às expectativas do particular para com o Estado, cujo Poder Jurisdicional encontra-se investido na figura do juiz.

E esse reconhecimento é que se faz indispensável à compreensão de um Direito que outorgue ao seu intérprete não a responsabilidade pela elaboração da pretensão ética social (cuja escolha já deve ter sido democraticamente estabelecida em sua Constituição), mas o dever de, na visualização do Direito em sua melhor perspectiva, construí-lo nos limites exatos que uma coesão de princípio exige.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

AMÉRICA LATINA. In: **Wikipédia**: a enciclopédia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Am%C3%A9rica\\_Latina](http://pt.wikipedia.org/wiki/Am%C3%A9rica_Latina)>. Acesso em: 05 set. 2012.

BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: \_\_\_\_\_. **1988-1998**: Uma década de constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo**. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf). Acesso em: 10 fev 2012.

\_\_\_\_\_. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In: **Temas de direito constitucional**, t. IV, p. 144 e s. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf). Acesso em: 28 abr. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici** (teoria generale e dogmatica). Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1971.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. A interpretação da constituição. In: GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro et. al. (org.). **Hermenêutica constitucional** – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82959**. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206> Acesso em: 29 abr. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101**. Disponível em: [www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiasStf/anexo/ADPF101ER.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiasStf/anexo/ADPF101ER.pdf). Acesso em: 25 mar 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini, 9. ed. Pretrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2008. Tradução de: Wahrheit und methode.

GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2008.

HÄBERLE, 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: Sérgio Fabris Editor, 1997. Tradução de: Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Einbeitrag zur pluralistischen und “prozessualen” verfassungsinterpretation.

INWOOD, Michael. **Hermenêutica**. Disponível em: <<http://criticanarede.com/hermeneutica.html>>. Acesso em: 25 out. 2011.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Brasil, 9, dez. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>. Acesso em: 30 ago 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. 427 p. Tradução de: Reine Rechtslehre.

\_\_\_\_\_. **O que é justiça?**: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência. 3. ed. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 404 p. Tradução de: What is justice?

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. Ativismo Judicial, Auto restrição Judicial e o Minimalismo de Cass Sunstein. **Diritto & Diritti**, v. 1, p. 1-21, 2008.

PUGLIESE, Márcio. Hermenêutica constitucional. In: GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro et. al. (org.). **Hermenêutica constitucional – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708 p. Tradução de: A theory of justice.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva. 2002.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo**: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado** / Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de Moraes. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCnst.** Curitiba: ABDCnst., v. 9, p. 143-155, 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 21 ago 2012. p. 145-146

<sup>1</sup> Advogada, especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná, aluna regular (bolsista CAPES) do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL, professora do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior Dom Bosco em Cornélio Procopio/PR.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* (Mestrado) em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina – UEL.

<sup>3</sup> Como defendem os positivistas, tais como Kelsen, para quem a justiça é elemento estranho ao Direito, um critério emocional e subjetivo. KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. 427 p. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. 67-69.

<sup>4</sup> AMÉRICA LATINA. In: **Wikipédia**: a enciclopédia livre. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Am%C3%A9rica\\_Latina](http://pt.wikipedia.org/wiki/Am%C3%A9rica_Latina)>. Acesso em: 05 set. 2012.

<sup>5</sup> Ibid.

<sup>6</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988.

<sup>7</sup> Ibid., p. 10.

<sup>8</sup> Ibid., p. 11.

<sup>9</sup> Ibid., p. 14.

<sup>10</sup> **Direito e processo**: influência do direito material sobre o processo. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 56.

<sup>11</sup> CAPPELLETTI, op. cit., p. 11.

<sup>12</sup> Veja-se que o movimento de reivindicação de acesso à justiça de diversos países do mundo (*access-to-justice movement*) deu origem ao projeto coordenado pelos mesmos autores mencionados, com financiamento da Ford Foundation em 1978 (*Florence Project*).

<sup>13</sup> JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Revista Estudos Históricos**, Brasil, 9, dez. 1996. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/2025/1164>>. Acesso em: 30 ago 2012. p. 390.

<sup>14</sup> A exemplo de Isabelita Perón na Argentina, Salvador Allende no Chile e João Goulart no Brasil.

<sup>15</sup> JUNQUEIRA, Ibid.

<sup>16</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do [Recurso eletrônico] IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCnst.** Curitiba: ABDCnst., v. 9, p. 143-155, 2011. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/anaiscompletos.pdf>>. Acesso em: 21 ago 2012. p. 145-146.

<sup>17</sup> Ibid., p. 146.

<sup>18</sup> Ibid., p. 147.

<sup>19</sup> CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1993. p. 43.

<sup>20</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo**. Disponível em:

[http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf). Acesso em: 10 fev 2012.

<sup>21</sup> BARROSO, Luis Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos. In: **Temas de direito constitucional**, t. IV, p. 144 e s. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 215.

<sup>23</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art20090130-01.pdf](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090130-01.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2012. p. 5.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> OLIVEIRA, Cláudio Ladeira. **Ativismo Judicial, Auto-restrição Judicial e o Minimalismo de Cass Sunstein. Diritto & Diritti**, v. 1, p. 1-21, 2008. p. 4

<sup>26</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82959**. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>> Acesso em: 29 abri. 2012.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 43.

- 
- <sup>28</sup> Ibid., p. 107.
- <sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 185.
- <sup>30</sup> KELSEN, Hans. **O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Op. cit. p. 292.
- <sup>31</sup> Idem, p. 294.
- <sup>32</sup> RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 708 p. Tradução de: A theory of justice. p.4.
- <sup>33</sup> **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 6.
- <sup>34</sup> Idem, loc. cit.
- <sup>35</sup> PUGLIESE, Márcio. Hermenêutica constitucional. In: GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro et. al. (org.). **Hermenêutica constitucional – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 520.
- <sup>36</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: \_\_\_\_\_. **1988-1998: Uma década de constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p.
- <sup>37</sup> PALMER, Richard. Hermenêutica. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: 70, 1989, p. 24. apud. GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional: um contributo à construção do Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 48.
- <sup>38</sup> NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 261.
- <sup>39</sup> INWOOD, Michael. **Hermenêutica**. Disponível em: <<http://criticanarede.com/hermeneutica.html>>. Acesso em: 25 out. 2011.
- <sup>40</sup> Idem.
- <sup>41</sup> Idem.
- <sup>42</sup> Idem.
- <sup>43</sup> Idem.
- <sup>44</sup> Idem.
- <sup>45</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 78-79.
- <sup>46</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 278.
- <sup>47</sup> RAMOS, Elival da Silva. op. cit. p. 69.
- <sup>48</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 84-88.
- <sup>49</sup> GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 35.
- <sup>50</sup> Idem, p. 37.
- <sup>51</sup> Cf. COELHO, Luiz Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 255-256.
- <sup>52</sup> “Substituir a lei (vontade geral) pelo juiz (critério individual), conforme pretende a coorte chefiada pelo Professor Kantorowicz, seria retrogradar; a evolução realizou-se no sentido inverso, no de sobrepor a vontade coletiva à de um só. Ora a da maioria acha-se resumida no texto; a de um só homem estaria expressa na sentença proferida segundo os ditame das escola extremada.” MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 79.
- <sup>53</sup> PUGLIESE, op. cit. p. 523.
- <sup>54</sup> GOMES, op. cit. p. 29.
- <sup>55</sup> BONAVIDES, Paulo. A interpretação da constituição. In: GONÇALVES JUNIOR, Gerson Carneiro et. al. (org.). **Hermenêutica constitucional – homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010. p. 693-735. p. 711.
- <sup>56</sup> RAMOS, op. cit. p. 78-79.
- <sup>57</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1988. 427 p. Tradução de: Reine Rechtslehre. p. 393.
- <sup>58</sup> BETTI, Emilio. **Interpretazione della legge e degli atti giuridici** (teoria generale e dogmatica). Milano: Dott A. Giuffrè Editore, 1971. p. 345.
- <sup>59</sup> HÄBERLE, 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: Sérgio Fabris Editor, 1997. Tradução de: Die offene gesellschaft der verfassungsinterpreten. Einbeitrag zur pluralistischen und “prozessualen” verfassungsinterpretation. p. 13.
- <sup>60</sup> GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini, 9. ed. Pretrópolis, RJ: Vozes, Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2008. Tradução de : Wahrheit und methode. p. 355 seq.
- <sup>61</sup> In: RAMOS, op. cit., p. 81.

---

<sup>62</sup> GADAMER, op. cit. p. 357.

<sup>63</sup> Idem, p. 358.

<sup>64</sup> RAMOS, op. cit. p. 82.

<sup>65</sup> GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica constitucional**: \_\_\_\_\_. Op. cit. p. 129.

<sup>66</sup> Idem, p. 54.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101**. Disponível em:  
<[www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiasStf/anexo/ADPF101ER.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiasStf/anexo/ADPF101ER.pdf)>. Acesso em: 25 mar 2012.

<sup>68</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado** / Lenio Luiz Streck; José Luiz Bolzan de  
Morais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 93-94.

<sup>69</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,  
p. 39.

<sup>70</sup> GOMES, Sérgio Alves. **Hermenêutica jurídica e constituição no estado de direito democrático**. Op. cit. p.  
58.

<sup>71</sup> PUGLIESE, op. cit. p. 536.