
JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO: DO ESTADO LEGISLATIVO AO ESTADO JUDICIÁRIO

The Law Judicialization: From The Legal State To The Judicial State

Francisco Provázio Lara De Almeida*
Liliana Bittencourt**

RESUMO: As estruturas do Estado brasileiro vêm sofrendo intensa modificação, em especial a partir da edição da Constituição Federal de 1988, que promoveu a ampliação das funções do Judiciário, deslocando para ele o foco até então mirado para o Legislativo. O neoconstitucionalismo e a jurisdição constitucional vêm corrigindo distorções do positivismo, reaproximando o direito da moral, e aplicando-o especificamente a cada caso concreto, levando em consideração suas peculiaridades. E, ainda, aliados a uma hermenêutica atualizada superam a aplicação do direito por mera subsunção. Todavia, aparentemente, a arraigada cultura positivista continua sendo o principal empecilho para essa revolução do direito.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo. Jurisdição Constitucional. Hermenêutica. Discurso Judicial. Judicialização.

ABSTRACT: The Brazilian state structures are being modified, especially after the Federal Constitution of 1988, that has promoted the enlargement of the judicial functions, turning to it the focus before focused in the legislative. The neoconstitutionalism and the constitutional jurisdiction are rectifying the distortions brought by the positivism, approaching law and moral, and applying the law to each concrete case, observing its particularities. And, associated to an actual hermeneutics, they overcome the usual way to apply the law. However, apparently, the law appliers are so used to the positivism, that obstruct this law revolution.

KEY-WORDS: Neoconstitutionalism. Constitutional Jurisdiction. Hermeneutics. Judicial discourse. Judicialization.

INTRODUÇÃO

A partir da Constituição de 1988 o estado brasileiro tem experimentado transformações substanciais em seu disciplinamento jurídico. A natural evolução das estruturas estatais tomou dinamicidade jamais vista.

A Constituição cidadã, através de seu conteúdo e de sua ideologia, trouxe ao Brasil modificações que já ocorriam em outros países desde o final da Segunda-Guerra Mundial.

O texto constitucional adquiriu o status de norma fundamental do ordenamento jurídico e passou a ter força normativa. Princípios surgiram para atenuar o engessamento promovido pelo positivismo. A hermenêutica constitucional passou a ser estudada e aplicada como ciência.

Tudo isso veio a provocar a transmutação do Estado Legislativo para o Estado Judiciário.

É nítido o crescimento do papel do judiciário. Não é por outra razão que a todo momento emergem na mídia notícias de que o Supremo Tribunal Federal veio a se posi-

* Advogado. Contato: franciscoprovazio@yahoo.com.br

** Juíza de Direito no Estado de Goiás. Professora da Universidade Federal de Goiás. Contato: liliana.bittencourt@gmail.com

cionar a respeito de temas cada vez mais recorrentes no cotidiano do brasileiro. Tome-se, a título de exemplo, as discussões a respeito da pesquisa com células tronco, o uso de algemas, o aborto de nascituros anencéfalos.

A comunidade jurídica ainda não se deu conta dessa profunda alteração estrutural no sistema. Por isso é de salutar relevância analisar como se desenvolveu o Estado Legislativo, as razões de seu declínio e como vai tomando forma esse novo Estado, que ampara suas arestas sobre o Poder Judiciário.

1 REFLEXOS DA REVOLUÇÃO FRANCESA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO

A França pré-revolucionária contava cerca de vinte e cinco milhões de habitantes sujeitos ao absolutismo real. Destes, aproximadamente quatrocentos mil compunham o clero e a nobreza, e todos os outros 24.600.000 estavam oprimidos pelo poder estatal.

O Rei detinha, concomitantemente, de forma absoluta, os poderes legislativo e executivo, de forma que podia criar, sem restrições, uma lei que prejudicasse o terceiro estado e aplicá-la imediatamente, impondo profunda insegurança nas relações entre os particulares e o Estado.

O Judiciário estava altamente suscetível a influências reais, já que a justiça, naquela época, era privada. O cargo de juiz não era uma função pública. Na realidade, era exercido pelos nobres que possuíam o título que lhes conferia esse direito, podendo esse título ser transferido e herdado. Barão de Montesquiel, por exemplo, foi juiz, em razão de ter herdado um título de nobreza de um tio seu (MARINONI, 2006, p. 26). Nesse contexto, qualquer demanda que envolvesse um conflito entre burgueses e nobres seria sempre julgada por estes, o que, fatalmente, acarretava injustiças e distorções.

Diante de toda essa situação de opressão, os burgueses – a maioria, que detinha o poder econômico, mas não o político – se insurgiram contra aquele modelo de Estado e, em 1789, promoveram a queda da Bastilha. A burguesia, enfim, chegou ao poder e, de imediato, seguindo o modelo Americano, instalou uma Assembléia Constituinte.

Naquele contexto histórico, os burgueses almejavam liberdade para poder negociar, sem a ingerência do Estado, o que foi conseguido a partir da autonomia da vontade privada. Queriam, também, tratamento igualitário entre as pessoas, pois repudiavam que alguém sobrepujasse seu poder ao outro. E lutavam por uma sociedade mais fraterna, em que uns colaborassem com os demais para que fosse atingida a paz social.

A partir dessa ideologia, em 1791, foi promulgada a primeira Constituição Francesa, com o nítido papel de conter novo crescimento do poder estatal, na tentativa de evitar o retorno do absolutismo. Para tanto, o poder foi dividido em Executivo, Legislativo e Judiciário, a pretexto de enfraquecê-lo, além de fazer com que um fiscalizasse a atuação do outro, em um verdadeiro sistema de freios e contrapesos. É salutar a transcrição da lição de Dalmo de Abreu Dallari a esse respeito:

Foi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação. (...) Essa preocupação com a separação dos poderes visando a proteger a liberdade refletiu-se imediatamente em todo o movimento constitucionalista. (DALLARI, 2002, p. 218-219)

Dos três poderes, o Judiciário encontrava-se em absoluto descrédito, por ser notadamente parcial. O Executivo carecia de legitimidade, já que há bem pouco tempo abusara do poder a ele conferido. Por essa razão, o novo texto constitucional deu nítida preferência ao Legislativo, com base no pensamento de Montesquiel, que afirmava ser um governo de leis melhor do que um governo de homens, pois os homens são arbitrários e injustos, enquanto a lei é igual a todos. Ademais, instituiu-se um sistema representativo em que o povo, mesmo que indiretamente, faria as leis. Surgiu, então, a figura do “parlamento fábrica de leis”¹.

Esse sistema foi muito bem aceito na França e se alastrou a diversos ordenamentos jurídicos de outros países, em virtude da grande capacidade negocial francesa, que exportou não só produtos, mas também idéias.

Crescia, assim, o positivismo em contraposição ao jusnaturalismo. Abandonou-se a idéia da existência prévia de direitos pregada pelo jusnaturalismo e passou-se a considerar que o direito só passaria a existir e ter validade a partir do momento em que fosse disposto expressamente pela lei, criada mediante processo legislativo regular, pois “a idéia de direito pressupõe sua positivação.” (TAVARES, 2003, p. 357)

Interessante notar que, como o jusnaturalismo admitia uma existência prévia de direitos, a positivação tinha mero caráter declaratório, pois cabia ao Estado apenas reconhecê-los formalmente. Em contra partida, por negar veementemente essa prévia existência de direitos, o positivismo atribuía à positivação um caráter constitutivo, tendo o Estado o papel de outorgar o direito.

O positivismo acabou por emprestar à lei caráter supremo, com o fito de afastar qualquer discricionariedade aos demais poderes. Assim, o executivo só poderia agir se a lei assim determinasse, e nos exatos limites estabelecidos, e ao Judiciário cabia aplicá-la, sem muita liberdade para interpretar, pois estava travado pelo princípio da legalidade. Sobre o tema, é digno de ser reproduzido o ensinamento de Erick Vidigal:

... a teoria da separação dos poderes coloca a estrutura organizacional política do Estado de forma tal que o Legislativo termina por assumir uma predominância clara sobre os demais, ao tempo em que o Judiciário é politicamente neutralizado por força do princípio da legalidade e do princípio da subsunção racional-formal, que determina ser a aplicação do direito uma subsunção lógica de fatos a normas, desprovidas totalmente de referências sociais, éticas ou políticas. (VIDIGAL, 2003, p. 67).

O Estado Legislativo era reconhecidamente um dos maiores avanços pós-revolucionários, e isso levou a um processo de sacralização da lei, pois era elaborada pelo próprio povo, não promovia discriminações e seguia a um processo legislativo previamente determinado. Os franceses se contentavam com essa legitimidade exclusivamente formal da lei, pois não era dado a nenhum outro poder verificar a legitimidade material das normas emanadas do parlamento.

Insta destacar que, com isso, a lei passou a ser o ponto alto do ordenamento. A Constituição foi relegada a um segundo plano, já que sua função era, tão somente, limitar os poderes estatais. Não se reconhecia à Carta Magna uma aplicabilidade direta aos casos levados ao Judiciário, em razão de seu caráter eminentemente político.

Disso decorreu um importante fenômeno: o direito foi atrelado à lei. O campo de atuação do direito ficou restrito ao da norma positivada. Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma:

¹O termo “parlamento fábrica de leis” é de Dalmo Dallari, que afirma existir o parlamento desde 1215, na Magna Carta inglesa, com a função de controlar o executivo e fixar a política, mas que não tinha a função de fazer leis.

O princípio da legalidade, assim, acabou por constituir um critério de identificação do direito; o direito estaria apenas na norma jurídica, cuja validade não dependeria de sua correspondência com a justiça, mas somente de ter sido produzida por uma autoridade dotada de competência normativa. (...) A juridicidade da norma está desligada de sua justiça intrínseca, importando somente se foi editada por uma autoridade competente e segundo um procedimento regular. (MARINONI, 2006, p. 25)

Isso também induziu o jurista pátrio a voltar os olhos exclusivamente aos códigos, esquecendo-se da Constituição. Por isso, mesmo que se reconheça a imprescindibilidade do direito constitucional, o sistema jurídico brasileiro é eivado de tão baixa constitucionalidade. Decorre daí a dificuldade de, ainda hoje, se realizar uma Jurisdição Constitucional efetiva.

O ensino jurídico atual também sofre reflexos perniciosos dessa concepção de direito. Não é por outra razão que, nas faculdades, se estuda direito constitucional em apenas dois semestres, ao passo que o direito civil, por exemplo, ocupa cerca de quatro anos nas grades curriculares.

Há, ainda, que se ressaltar que a ânsia de diminuir a atuação do Judiciário era tanta que foram desenvolvidos diversos mecanismos para barrar a discricionariedade do julgador. Prova disso foi a implementação do Tribunal do Júri, que já existia desde o direito romano, mas que tomou a feição hoje por nós conhecida para que, em casos de crimes mais graves, o que o povo decidisse, o juiz não pudesse alterar.

Além disso, o legislador tentava, com afinco, prever hipóteses gerais e abstratas a fim de contemplar o máximo de casos possíveis, para que o julgador não tivesse que suprir lacunas legais. Assim, caberia ao magistrado apenas aplicar aquela previsão legal ao caso concreto por simples subsunção.

Preferia-se afastar, do caso concreto, o direito e a justiça a permitir que o Judiciário fizesse essa adequação. O juiz deveria se limitar a ser a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche de la loi*), como afirmava Montesquiel. (MARINONI, 2006, p. 26)

Mesmo nos casos de omissão legal, quem determina o caminho a ser seguido é o legislador e não o juiz. Nesse sentido, são precisas as palavras trazidas pelo Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

Para a integração do direito, o juiz não tem arbítrio, não substitui, em suas deficiências, o legislador. Nem sequer supre, por pesquisa científica, as lacunas. Prevendo as omissões da lei, o próprio legislador indica ao magistrado o roteiro a seguir, traçado entre marcos que não devem ser ultrapassados. A voz que se ouve, quando a lei silencia, não é a do magistrado. É a do legislador ainda. (TEIXEIRA, 2003, p. 7)

Assim, verifica-se que o sistema francês acabou por substituir o império do rei pelo império da lei, ao passo que os ingleses, ao expulsar o absolutismo deram maior respaldo ao Judiciário, criando a *common law*.

2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO

Durante muito tempo vigoraram, sem grandes oposições, as idéias provenientes da Revolução Francesa nos ordenamentos jurídicos que sofreram sua influência. Somente nos últimos cinquenta anos passou a haver uma alteração constante e significativa dessa

concepção, na tentativa de buscar um sistema jurídico capaz de amenizar as distorções provocadas pelo positivismo.

A solução encontrada foi conferir maior crédito ao Poder Judiciário, até porque o Legislativo se mostrou incapaz de cumprir o papel a ele atribuído, por uma série de fatores, dentre eles: a impossibilidade de se prever abstratamente todas as ações humanas; a influência da política na elaboração das leis, criando uma aproximação perniciososa do legislativo e executivo; e o desvio da função predominante de legislar para as funções anexas do legislativo. A esse respeito o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira dispara:

Essa postura [de preferência pelo legislativo] somente agora, dois séculos depois, vem sendo superada. Em parte porque o Parlamento moderno já não cumpre, com exatidão, a sua tarefa primordial de formular as regras de conduta. Prefere, não raro, exercer funções fiscalizantes e investigatórias. Em substituição ao Parlamento, o Executivo, por sua vez, edita a normatividade, destinando-se ao Judiciário, como consequência, uma atividade supletiva do desvio dos demais Poderes, igualmente anômala sob a pureza dos postulados da doutrina da tripartição dos Poderes. (TEIXEIRA, 2003, p. 6)

Percebeu-se, então, que a tripartição dos poderes não pode ser absoluta. Os três poderes devem ser harmônicos, não inimigos. E cada um deles exerce, em parte, a função precipuamente atribuída aos demais. Erick Vidigal destaca uma série de atividades atípicas dos poderes reconhecida pela Constituição Federal brasileira, que merece transcrição:

Com relação à impossibilidade de serem exercidas funções típicas de um poder por outro, como encarar o fato de existirem projetos de lei de iniciativa reservada ao Presidente da República ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal, ou mesmo o instituto normativo da medida provisória, ou, ainda, as apurações, com poderes de autoridade judiciária, conduzidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, ou o julgamento do Presidente da República e até mesmo dos Ministros do STF pelo Legislativo, nos casos de crimes de responsabilidade? Como explicar o dispositivo do artigo 80 da Constituição Federal de 1988, que determina o chamamento ao exercício da Presidência da República, em caso de impedimento do Presidente ou Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, do Presidente da Câmara, do Presidente do Senado e do Presidente do Supremo Tribunal Federal? Será mesmo que não há como se permitir, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes, o exercício de função característica de um poder por outro? (VIDIGAL, 2003, p. 67-68)

Com base em indagações dessa natureza, a doutrina passou a defender a possibilidade de o juiz criar o direito na decisão judicial, buscando a solução adequada ao caso concreto. E a partir daí a concepção de direito mudou substancialmente.

Primeiramente, as discussões travadas entre Ronald Dworkin e Robert Alexy oxigenaram o ordenamento, conferindo força normativa aos princípios, que passaram a ser superiores às regras. A Constituição também passou a ser tratada com o respeito devido, por conter a estruturação do Estado Democrático de Direito, galgando seu merecido status de lei suprema dos sistemas jurídicos.

Tudo isso levou à superação da ideologia de que o legislador monopoliza a criação do direito. O julgador não é mais um mero aplicador da lei através do simples método da subsunção. Como afirma André Franco Montoro, “o juiz não é o aplicador mecânico das regras legais, mas um verdadeiro criador de direito vivo. Já os antigos observavam que ‘o juiz é a Justiça viva’, em comparação com a lei, que é a ‘Justiça inanimada.’” (MONTORO, 1971)

Ademais, o magistrado passou a ter um papel fundamental na aplicação do direito, que agora é visto como um mecanismo capaz de transformar a sociedade. Esse alerta é feito por Lênio Luiz Streck, que pondera:

Assim, de um direito meramente reprodutor da realidade, passa-se a um direito com potencialidade de transformar a sociedade, como aliás, consta no texto da Constituição do Brasil. O direito, nos quadros do Estado Democrático (e Social) de Direito, é sempre um instrumento de transformação, porque regula a intervenção do Estado na economia, estabelece a obrigação da realização de políticas públicas, além do imenso catálogo de direitos fundamentais-sociais. Em síntese, o fenômeno do (neo)constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição “extremamente embebedora” (pervasiva), invasora, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário à ação dos agentes públicos e ainda influenciar diretamente nas relações sociais. (STRECK, 2006, p. 2)

Dessa maneira, atribuiu-se ao magistrado a responsabilidade de fazer a justiça no caso concreto, devendo ele ter a consciência da repercussão prática de sua decisão. Aos poucos, portanto, o direito vai recuperando a singularidade do caso concreto, afastada de plano pelo positivismo.

Não mais interessa o que até pouco tempo se considerava de suma importância: a vontade do legislador. Simplesmente porque ela não é capaz de refletir adequadamente os anseios do povo. Pelo contrário, ela obstaculiza a atualização do direito, e por sofrer influências políticas, em geral é preferível nem conhecer a real intenção do legislador, que agora, na realidade, é a vontade do grupo mais forte dentro do Parlamento. Sérgio Nojiri comenta com maestria a desnecessidade de se descobrir o desejo subjetivo de quem faz as leis:

Não tenho dúvidas em afirmar que a concepção subjetivista de interpretação, que dominou boa parte do século XIX, por estar sujeita a limitações, não goza de muito prestígio atualmente. São, basicamente, dois os inconvenientes que derivam desse método de interpretação: (a) falar da vontade do legislador é, necessariamente, recorrer a uma ficção. Não vivemos mais na época da monarquia, na qual a vontade do legislador originava-se de órgão unipessoal. Atualmente, a “vontade do legislador” decorre de uma pluralidade de interesses, de sujeitos distintos, que participam do processo de criação do direito; (b) a interpretação subjetiva, por estar enraizada em uma vontade pretérita, dificulta a evolução do direito, impedindo um ajustamento do sistema normativo a novas necessidades sociais. (NOJIRI, 2005, p. 124)

A ampliação das funções do Poder Judiciário foi fundamental para corrigir diversas distorções e injustiças praticadas pelo Estado Legislativo. Afinal, “a própria história se encarregou de mostrar as arbitrariedades, brutalidades e discriminações procedidas por leis formalmente perfeitas.” (MARINONI, 2006, p. 43).

O primeiro reflexo disso é que o direito não mais encontra-se reduzido à lei. Ele é bem mais amplo. O sistema jurídico hoje contempla a Constituição como a Lei Maior, reconhecendo a existência de regras, princípios e valores, em escala gradativa de força normativa. O direito atualmente também tem o papel de não só regulamentar a vida em sociedade, mas também de integrá-la, amoldá-la e modificá-la.

Possibilitou-se a realização da Jurisdição Constitucional, que assegura a supremacia da Constituição, a partir da necessária correspondência das normas inferiores aos valores provenientes da lei suprema. Hoje, exige-se a legitimidade material da lei. O Judiciário,

inclusive passou a ter o papel de legislador negativo, tirando do ordenamento aquelas leis que contrariem os interesses Constitucionais.

O jurista deve ler, interpretar e aplicar os códigos à luz da Constituição, promovendo a chamada Constitucionalização do Direito. É a lei que deve obedecer aos preceitos constitucionais e não o contrário, sob pena de subversão hermenêutica. Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni:

A obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas sim a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade da lei. (MARINONI, 2006, p. 45)

Como se percebe, portanto, a judicialização do direito alterou toda a estrutura do sistema jurídico. Mas, para, ainda, uma controvérsia: como limitar o poder de quem decide, para que não ocorra novamente o abuso de poder anteriormente perpetrado pelo Executivo e, em seguida, pelo Legislativo?

A resposta a essa questão é muito complexa, mas um mecanismo em especial se apresenta como bom parâmetro para fiscalizar a atuação do “super” Judiciário: a necessidade de fundamentação racional de suas decisões. Ou seja, confere-se amplos poderes instrutórios e decisórios aos juízes, exigindo deles, em contrapartida, uma explicação razoável para, daquela maneira, proceder.

E a questão da fundamentação é muito mais complexa do que aparenta, pois adentra em vários ramos do conhecimento, como a hermenêutica, a cognoscibilidade, a argumentação e a moralidade. Mas, certamente, o magistrado que detém esses conhecimentos tem todas as condições de prestar uma jurisdição digna de seu tempo.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

O declínio do “Império Legislativo” permitiu a ascensão da norma Constitucional e o desenvolvimento dos mecanismos para sua proteção. Os princípios constitucionais e os direitos fundamentais nela contemplados passaram a ser os vetores máximos do ordenamento. Ou a lei a eles se adequa, ou deve ser extirpada do sistema, seja de forma total ou somente parte de sua interpretação, por padecer do grave vício da inconstitucionalidade. A lei não vale mais por si, ela deve obediência à Carta Magna.

Esse é o neoconstitucionalismo ou neopositivismo, que colocam os princípios acima das regras e a Constituição acima da lei, corrigindo o grau de hierarquia que por muito tempo esteve invertido.

Em importante trabalho a respeito do tema, Luís Roberto Barroso escalonou sob três aspectos fundamentais as mudanças de paradigma responsáveis por criar uma nova percepção da Constituição e o seu papel na interpretação jurídica, são eles: o histórico, o teórico e o filosófico. (BARROSO, 2007)

Sob o prisma histórico, o neoconstitucionalismo conheceu significativa ascensão em terras Européias no pós Segunda Guerra, merecendo destaque a Lei fundamental de Bonn (Constituição Alemã), de 1949, e a criação do Tribunal Constitucional Alemão, em 1951. Também exerceu importante influência nesse processo a Constituição Italiana, de 1947, e a instalação de sua Corte Constitucional, em 1956.

No Brasil, foi a partir da Constituição Federal de 1988 que o direito constitucional se reergueu. O povo brasileiro foi agraciado com uma Constituição democrática e cidadã, que proporcionou ao país uma estabilidade institucional jamais conhecida. Sobre esse ponto, Luís Roberto Barroso destaca:

A Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo de sua vigência, destituiu-se por impeachment um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. (BARROSO, 2007)

No aspecto filosófico trazido pelo Constitucionalista carioca, encontram-se a “a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.” (BARROSO, 2007). Além da reaproximação entre Direito e filosofia.

Merece destaque essa reaproximação entre direito e moral, separados no momento em que o positivismo vedou a aplicação adequada do direito, desprestigiando o caso concreto. No estado legislativo, a lei fazia uma filtragem moral prévia, considerando que todos os casos subsequentes obedeceriam àquela moral estabelecida *a priori*.

Por fim, o marco teórico ainda se divide em três: o reconhecimento da força normativa à Constituição; a expansão da jurisdição constitucional; e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

A Constituição passou a ter força normativa, uma vez que não tratava mais, apenas, de questões políticas e da estruturação do poder. As Constituições contemporâneas passaram a contemplar direitos fundamentais e os princípios atinentes a todos os ramos do direito, seja ele de natureza pública ou privada. Prova disso em nossa Lei Maior são as disposições a respeito de propriedade (artigo 5º, XXII a XXIV) e família (artigos 226 e 227), até bem pouco tempo abordadas exclusivamente pelo Código Civil.

As normas emanadas da Carta Magna passaram a ser dotadas de aplicabilidade imediata e imperatividade, sendo seu descumprimento tutelado por mecanismos de coerção e cumprimento forçado.

O Poder Judiciário, que antigamente estava atado pela legalidade e oprimido pela presunção de legitimidade das leis fabricadas pelo Legislativo, passou a controlar a legitimidade material das normas infra-constitucionais, exercendo o que se conhece por Jurisdição Constitucional.

No Brasil, esse controle de constitucionalidade das leis ou atos normativos, em rápida síntese, pode se dar por ação direta, perante o Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado ou no curso de qualquer outra ação, de forma incidental, perante qualquer juiz de direito ou Tribunal. No primeiro caso, a decisão é dotada de caráter *erga omnis*, devendo ser aplicada a qualquer caso superveniente. Já no caso do controle difuso, como a constitucionalidade é questão incidente e, portanto, decidida na fundamentação da decisão, seus efeitos ficam restritos às partes litigantes.

O controle concentrado pode ser manejado através das Ações: Direta de Inconstitucionalidade, Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. E a decisão proveniente dessas ações pode declarar a nulidade da lei ou buscar promover uma interpretação daquela norma conforme a Constituição. Esta última, inclusive tem sido preferida pelas Cortes Constitucionais para evitar um danoso vazio normativo. A esse respeito, Celso Ribeiro Bastos ensina:

Foi sempre o temor ou a prudência de declarar uma lei inconstitucional que deram origem às modernas formas de interpretação constitucional, que visam sobretudo manter a norma no ordenamento jurídico tendo como fundamento o princípio da economia e como escopo a busca de uma interpretação que compatibilize a norma tida como “inconstitucional” com a Lei Maior. Parte-se da idéia de que na maioria dos casos essa inconstitucionalidade da norma, vai dar lugar a um vazio legislativo, que produzirá sérios danos. Procura-se evitar de todas as maneiras a decretação de nulidade da norma tendo em vista os inconvenientes que ela traz, pois a interrupção brusca da vigência de uma lei, sem ter transcorrido tempo suficiente para colocar outra em seu lugar, gera um vazio normativo. (BASTOS, 2007)

Por essa razão, ampliaram-se as técnicas de interpretação conforme a Constituição, dentre elas: declaração de constitucionalidade de norma em trânsito para a inconstitucionalidade (a lei, ainda, constitucional), a declaração de constitucionalidade com apelo ao legislador (a qual vincula a declaração de inconstitucionalidade à uma ação do legislador para que a regra se torne harmônica com a Carta Maior) e a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto (na qual não se altera a redação da norma, apenas restringe-se sua interpretação).

Já o controle difuso pode ser feito em qualquer ação e perante qualquer órgão do Poder Judiciário. Pode ocorrer, também, que esse controle concreto ocorra perante o Supremo Tribunal Federal, mediante Recurso Extraordinário. Neste caso, entretanto, o Pretório Excelso tem manifestado uma tendência a conceder efeitos *erga omnis* às decisões. Mesmo que a constitucionalidade seja argüida de maneira incidente, a Corte Constitucional a julga abstratamente, podendo servir de diretriz a futuras causas semelhantes. Ninguém melhor do que o Ministro Gilmar Ferreira Mendes para explicar esse fenômeno:

O recurso extraordinário deixa de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesse das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva. Trata-se de orientação que os modernos sistemas de Corte Internacional vêm conferindo ao recurso de amparo e ao recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde). (...) A função do Supremo nos recursos extraordinários – ao menos de modo imediato – não é a de resolver litígios de fulano ou beltrano, nem o de revisar todos os pronunciamentos das Cortes inferiores. O processo entre as partes, trazido à Corte via recurso extraordinário, deve ser visto apenas como pressuposto para uma atividade jurisdicional que transcende os interesses subjetivos. (Processo Administrativo 318.715/STF)

Têm-se, igualmente, tentado fazer prevalecer a posição do Supremo Tribunal Federal através da Reclamação Constitucional e das Súmulas Vinculantes, previstas no artigo 103-A da Constituição Federal².

2 Constituição Federal – Artigo 103-A – O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta ou indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Percebe-se, portanto, que o papel atual do Judiciário no controle de constitucionalidade e legitimidade material das leis é fundamental para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Contudo, é preciso observar com muita parcimônia estas novas tendências mencionadas: a objetivação do recurso extraordinário e as súmulas vinculantes. O principal motivo é que o próprio Judiciário está indo contra uma conquista sua viabilizada a duras penas, esquecendo-se novamente da particularidade do caso concreto.

É praticamente o mesmo equívoco cometido pelo positivismo. O ordenamento determina que a Corte Suprema faça previamente a interpretação da Constituição e a imponha aos órgãos inferiores, ignorando que cada caso merece um tratamento único, através do qual se buscará a resposta adequada àquele conflito de interesses.

E o motivo para que se proceda dessa maneira está profundamente arraigado a uma arcaica concepção de hermenêutica jurídica, que de tão salutar será analisado em tópico específico.

4 A NOVA HERMENÊUTICA E O DISCURSO JUDICIAL

Indubitavelmente, o grande avanço do direito desde a época da Revolução Francesa, sem olvidar os já mencionados, se deu no âmbito da hermenêutica. Na realidade, esta abarca a maior parte de tudo o que foi discutido, desde a estruturação do sistema em valores, princípios e normas, passando pela questão de ponderação de interesses por meio do princípio da proporcionalidade, a criação do direito na decisão judicial até a constitucionalização do direito.

A hermenêutica também engloba a questão do discurso judicial. Enquanto aquela tem a função de dar sentido ao texto legal e dele extrair seu real significado no plano abstrato, este ultrapassa o referido patamar de abstração, devendo o julgador interpretar e aplicar o enunciado jurídico à luz do caso concreto.

Foram significativas as alterações sofridas pela hermenêutica jurídica, o que tornou a ciência do direito mais precisa e mais complexa. Essa revolução hermenêutica promoveu uma verdadeira invasão de uma nova concepção constitucional no espírito dos juristas, que passaram a constatar que os tradicionais critérios utilizados para aplicar o direito (subsunção) e para dirimir conflitos normativos (hierárquico, temporal e especial) não são mais capazes de desempenhar bem sua função, razão pela qual acabaram tendo seu espaço reduzido, dividindo-o agora com uma enorme gama de técnicas interpretativas, constituindo um verdadeiro sincretismo metodológico. (BARROSO, 2007).

O império legislativo, que atuou durante muito tempo e só veio a ser gradativamente superado recentemente, conferia ao julgador uma restrita atuação interpretativa. A norma já vinha perfeita e justa, com toda a carga moral e ponderação de interesses realizadas de plano. A resposta a todos os problemas estava no ordenamento, cabendo ao juiz somente identificar a norma aplicável e solucionar o conflito por meio da subsunção. O magistrado exercia uma “função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato.” (BARROSO, 2007). Era também negado ao juiz adequar o direito ao caso concreto, as soluções a casos aparentemente semelhantes eram todas iguais, desprezando a singularidade de cada um deles.

Com a nova concepção do direito constitucional, percebeu-se que a solução de boa parte dos conflitos não se encontra nas normas positivadas e que nem todas as leis são materialmente justas, sendo, na maioria das vezes, necessária a aplicação direta de

princípios constitucionais para conferir à demanda uma solução adequada. Ao magistrado não cabe mais ser um mero conhecedor do ordenamento, responsável por identificar a norma a ser aplicada, hoje ele complementa a função do legislador no processo de criação do direito. Deve-se atender ao caso concreto com todas as suas particularidades, afinal, toda decisão tem uma função social, pois interfere na realidade prática e determina os padrões ideais de conduta.

Para que fosse possível ao juiz aplicar essa nova concepção de direito, o ordenamento moderno recheou as regras de cláusulas gerais, que são conceitos jurídicos propositalmente indeterminados. Isso dá uma maior amplitude de atuação ao julgador, permitindo atualizar a norma e adequá-la a cada caso levado a seu conhecimento. Expressões como função social, boa fé, interesse público, dentre tantos outros são intencionalmente imprecisos, para que o juiz lhes confira significado em cada circunstância, por meio de um diálogo a ser estabelecido entre essas regras e os princípios constitucionais. A partir de uma “valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, o intérprete define o sentido e o alcance da norma.” (BARROSO, 2007)

Além disso, os princípios adquiriram força normativa e superioridade hierárquica, e os conflitos estabelecidos entre eles são solucionados por técnicas de ponderação de interesses. A esse respeito, a sempre percuciente lição de Luís Roberto Barroso esclarece:

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de ponderação. A subsunção por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, procederá a escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. (BARROSO, 2007)

Assim, o sistema jurídico concedeu ao magistrado uma maior discricionariedade, para que ele pudesse encontrar a solução adequada para cada caso.

Em contrapartida, como a lógica da separação de poderes não legitima de plano essa “função criativa” do Judiciário, passou-se a exigir com maior intensidade a fundamentação racional de suas decisões. E essa fundamentação remete-nos, necessariamente, ao plano da teoria da argumentação. A título de exemplo, Luís Roberto Barroso elenca alguns princípios argumentativos, afirmando que para sustentar a legitimidade da decisão o juiz deve “reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento; utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis; e/ou levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos.” (BARROSO, 2007)

E foi em virtude dessa necessidade de fundamentar que se desenvolveu a questão do discurso judicial. As normas jurídicas passaram a ser estudadas a partir da filosofia da linguagem, tornando extremamente técnica a função hermenêutica.

Ao magistrado não cabe mais somente declarar o conteúdo expresso na norma, ele não é apenas a boca que pronuncia as palavras da lei. Ao contrário, ele observa o texto legal e lhe atribui um significado, adequando-o à situação fática, constituindo o direito

daquele caso concreto. É por isso que Sérgio Nojiri diferencia ato normativo, enunciado normativo e a norma:

O ato normativo é um ato linguístico executado em um certo lugar e tempo determinado, por um dado sujeito, destinado a promulgar uma prescrição e, como tal, orientado a dirigir a conduta de determinados sujeitos. O enunciado resultante desse ato normativo é o enunciado normativo, uma cadeia de expressões da linguagem natural, gramaticalmente correta e completa. Finalmente, a norma é o significado do enunciado formulado. (NOJIRI, 2005, p. 138)

Assim, o texto legal desatrelado de um contexto não é uma norma. A norma somente surge no momento em que se interpreta aquele signo linguístico, adaptando-o à realidade fática. O juiz, portanto, parte do texto para o contexto.

Também foi superado o método da subsunção legal, que determinava ser a aplicação da regra uma simples construção silogística. Percebeu-se, enfim, que o juiz não pode se ater a mera operação dedutiva, uma vez que o sistema jurídico é muito mais amplo e permite uma cognoscibilidade mais profunda e coerente. A esse respeito, Tércio Sampaio Ferraz Júnior ensina:

A análise formal deste juízo [de construção da decisão] faz-nos pensar, inicialmente, numa construção silogística. Sendo toda decisão jurídica referida a um conflito que a desencadeia e a uma norma que a qualifica, a primeira imagem que nos vem à mente é a de uma operação dedutiva onde a norma geral funciona como premissa maior, o caso conflitivo como premissa menor e a conclusão seria a decisão. (SAMPAIO JÚNIOR, 1980, p. 92)

E mais adiante, na mesma obra, o jurista da Universidade de São Paulo critica esse método e esclarece que, na prática, ao invés de o julgador fazer esse caminho dedutivo, na realidade ele primeiro decide, a partir de seu conhecimento do sistema jurídico como um todo, para só então retornar na busca de uma fundamentação plausível para sua decisão:

Não resta a menor dúvida, entretanto, de que esta concepção simplificada e ingênua da decisão a empobrece muitíssimo e não faz jus a complexidade que ela alberga. (...) [Assim,] embora formalmente primeiro apareça a regra geral, depois a descrição do caso e por último a conclusão, na verdade o julgador tende a construir o silogismo jurídico à inversa, criando, intuitivamente, a conclusão a que deve chegar e buscando, regressivamente, para ela, as justificações necessárias. (SAMPAIO JÚNIOR, 1980, p. 92)

Diante de todo esse quadro, é nítido o crescimento da discricionariedade judicial e seu fundamental papel na criação e aplicação do direito. Em contrapartida, aumenta-se, em escala diretamente proporcional, a responsabilidade de julgar sem promover arbitrariedades, principalmente quando se está defronte a um caso difícil (*hard case*).

A respeito da solução desses casos, Lênio Luiz Streck faz curiosa afirmação, contudo muito pertinente, dizendo que os princípios, ao invés de abrir o campo de interpretação, ele o fecha, reduzindo a probabilidade de ser proferida uma decisão desamparada de fundamento racional (STRECK, 2006, 142). A função dos princípios, então, é estreitar os limites das respostas possíveis, permitindo a obtenção da resposta adequada.

Mas o jurista gaúcho deixa muito clara sua decepção ao constatar que o intérprete ainda tem o critério subsuntivo extremamente arraigado pelos longos anos de convivência,

deixando passar a oportunidade de revolucionar a aplicação do direito. Com isso, mantém-se o péssimo hábito de, mesmo com o auxílio dos princípios, ignorar o caso concreto. Em suas próprias palavras:

Os princípios constitucionais que deveriam superar o modelo discricionário do positivismo, passaram a ser anulados por conceitualizações, que acabaram por transformá-los em “regras” ou “pronto-regras”. E tudo volta à origem, com o sacrifício da singularidade do caso concreto, isto é, o que caracteriza o direito como saber prático é obnubilado pelo modelo conceitualista que domina a operacionalidade do direito.

E mais adiante esclarece o que seria esse conceitualismo, em trecho longo, mas digno de transcrição:

Verbi gratia, que importância tem, no plano da “fundamentação” de sentenças e acórdãos, a citação de enunciados ou verbetes do tipo “prova para condenar tem que ser robusta”, “a palavra da vítima assume especial relevância nos crimes sexuais”, “o excesso de prazo caracteriza a ilegalidade da prisão”, “a palavra da vítima, em crime de roubo, é prevalente, inclusive, para configurar o animus do agente”, “a boa-fé do litigante sempre se presume ou “a boa fé do litigante é presunção relativa” (...) a não ser para fazer deduções e, com isto, deixar de lado a especificidade do caso, que se amolda ao “conceito”? Afinal, o que é prova “robusta”? Em que circunstâncias a palavra da vítima tem valor plenipotenciário e em que circunstâncias não tem valor algum? Quantos dias devem decorrer para configurar “excesso de prazo”? O que é boa-fé? Por que ela é sempre presumida? (...) Na verdade, no interior desse “positivismo da causalidade”, a utilização desses “conceitos” tem a função de “esconder” o “caso concreto”, porque nos “conceitos” de “prova robusta”, “palavra da vítima”, “excesso de prazo”, encaixam-se (subsumem-se) a subjetividade do intérprete.

Assim, o intérprete relega a especificidade do caso concreto para aplicar um direito “pré-posto”. A complexidade do raciocínio de ponderação, aliado ao costume de aplicar o direito por subsunção estão levando o julgador a aplicar os princípios por subsunção por meio do conceitualismo, sem que se dêem conta disso.

Até mesmo o Supremo Tribunal Federal vem adotando esse tipo de comportamento. Afinal, a já comentada objetivação do recurso extraordinário e a súmula vinculante pretendem que o órgão de cúpula do Judiciário faça a interpretação e ponderação da questão difícil levada a seu conhecimento para que os órgãos inferiores a apliquem por subsunção, transformando todos os casos difíceis em casos fáceis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova estrutura estatal que agora vai tomando forma pode propiciar uma verdadeira revolução no direito e em seu impacto perante a sociedade.

Todavia, é preciso cautela para que não se venha a perfazer um novo abuso, desta feita, promovido pelo Poder Judiciário.

Por esta razão, é de fundamental importância a questão da fundamentação das decisões, com o fito de conferir-lhes legitimidade. E, desde já, é preciso anunciar a preocupação com a tendência de afastamento das especificidades do caso concreto nas decisões, pois este foi um dos principais motivos para a “falência” do Estado Legislativo.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007, Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 28 de setembro de 2007.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *As modernas formas de interpretação constitucional*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, nº. 27, dez. 1998. Disponível: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=89>>. Acesso em 17 de outubro de 2007.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: RT, 2006.
- NOJIRI, Sérgio. *A interpretação Judicial do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SAMPAIO JÚNIOR, Tércio Ferraz. *A Ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.
- STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e Consenso*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A criação e a realização do direito na decisão judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- VIDIGAL, Erick. *Protagonismo político dos juízes: Risco ou oportunidade?* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

Artigo recebido em maio de 2008 e aceito em junho de 2008
