

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

HERMENÊUTICA JURÍDICA

RAQUEL FABIANA LOPES SPAREMBERGER

JOÃO MARTINS BERTASO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: João Martins Bertaso, Raquel Fabiana Lopes Sparemberger – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-347-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Hermenêutica Jurídica. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Hermenêutica Jurídica, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Curitiba-PR, e que ora compõem este livro, manifestaram à evidência o avanço das discussões sobre hermenêutica jurídica no país, bem como os principais debates hoje existentes sobre temas que vão desde critérios interpretativos às candentes questões relacionadas ao ativismo judicial, e a visível crise de categorias e conceitos que demonstram a necessidade de discussão do paradigma hermenêutico jurídico tradicional. Tal paradigma não é mera constatação, pois muitos são os autores que caminham para esta perspectiva, demonstrando a insuficiência do paradigma tradicional e das práticas hermenêutico-interpretativas hegemônicas em que o chamado sujeito-epistêmico opta pela neutralidade e reprodução do conhecimento em nome do chamado sujeito-hermenêutico crítico que ataca, através de um novo paradigma, a assim denominada crise do Direito. Nesse sentido, com o texto **A AFASTABILIDADE DE OCUPANTES DE CARGOS PÚBLICOS SEM CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO: ANÁLISE DA POSSIBILIDADE EM FACE DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E MITIGAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU VIOLAÇÃO CONSTITUCIONAL**, Joaner Campello De Oliveira Junior, demonstrou as inúmeras inquirições, denúncias e até mesmo condenações pela suposta prática de crimes envolvendo ocupantes de cargos públicos. Todavia, diante da morosidade dos processos e do direito constitucional da presunção de não culpabilidade do art. 5º, inciso LVII, da CF/1988, muitos mantem a ocupação do cargo público até que sejam afastados de suas funções com a condenação transitada em julgado. Neste contexto, buscou-se analisar a possibilidade de afastamento cautelar diante do fundado temor de prejuízo, da ponderação entre a moralidade administrativa, mitigação da presunção de inocência e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O texto seguinte intitulado **A CONSTRUÇÃO DE UMA HERMENÊUTICA JURÍDICA AMBIENTAL COMO EXPRESSÃO DO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO** de André Luiz Staack e Célia Regina Capeleti, identificou possíveis métodos, técnicas e meios próprios de interpretação que traduzam os anseios do Estado Socioambiental de Direito e auxiliem na solução dos atuais conflitos sociais. Para o alcance do objetivo proposto, o método de abordagem foi o indutivo, sendo o levantamento de dados realizado através da técnica da pesquisa bibliográfica de fonte secundária. Nas considerações finais, concluiu-se que a construção de uma hermenêutica jurídica ambiental e do Estado Socioambiental de Direito deve restar balizada numa visão ontológica da sustentabilidade, abarcando todas as suas dimensões, bem como na formação de uma pré-compreensão geral e específica do intérprete. Bruna Hundertmarch e

NathalieKuczuraNedel apresentaram o texto **A VIABILIDADE DE CHEGAR-SE À RESPOSTA CORRETA EM PROCESSO POR MEIO DA APLICAÇÃO DE SÚMULAS: UMA ANÁLISE PAUTADA NA INTEGRIDADE E COERÊNCIA SOB A LENTE DA FILOSOFIA NO PROCESSO**. O texto demonstrou que a busca pela resposta hermenêuticamente correta, se revela uma necessidade a ser encontrada no âmago processual. Assim, não mais se deveriam buscar verdades eternas e absolutas, mas a melhor resposta ao caso objeto de julgamento. Diante disso, buscou-se investigar se a súmula pode ser um instrumento aviado para que se chegue à resposta correta. Utilizou-se como “método” de abordagem a fenomenologia hermenêutica e como “método” de procedimento o “método” estruturalista. Posto isto, verificou-se que as súmulas por si só, não são incompatíveis com a resposta correta, o que torna ambos opostos, é o seu modo de aplicação enraizado em uma matriz metafísica. Com o texto **ADI/ADPF Nº 5581 E A POSSIBILIDADE DE LEGALIZAÇÃO DO ABORTO DE GESTANTES INFECTADAS PELO VÍRUS DA ZIKA**, Samara Ribeiro Azevêdo e Maria Creusa De Araújo Borges, enfatizaram a necessidade de aplicação da vontade plural e a eficácia, quanto as medidas que o Estado Brasileiro vem trazendo para solucionar o atual estado de emergência na saúde, oriundo do zika vírus e do alto índice de casos de microcefalia. Ressaltou-se a propositura da ADI/ADPF nº 5581 que trouxe à tona o enfrentamento social, frente às políticas públicas referentes à proteção e liberdades femininas, embasando-se também, em dados obtidos pelo Ministério da Saúde, ao se questionarem sobre a necessidade de atualização do ordenamento pátrio, no que concerne ao aborto, partindo de fenômenos sociais que corroboram ou não a legalização do aborto. O texto ‘**AFINAL, DE QUE VALE O DIREITO POSITIVO?**’, de Marcio Guedes Berti, Luiz Fernando de Vicente Stoinski, discutiu o direito positivo e o atual ativismo judiciário por meio do “decisionismo”, havendo grave interferência do Poder Judiciário na esfera de competência legislativa do Poder Legislativo. Interpretar a norma e aplicar o direito posto é o que se espera do juiz, fugindo do solipsismo. A hermenêutica não serve de instrumento para o juiz aplicar a lei da forma como pensa ou acha que ela deve ser, mas sim conforme a vontade do legislador ordinário, sem que do resultado de sua interpretação surja uma nova norma. **A ANÁLISE DA PERTINÊNCIA JURÍDICA DO PROGRAMA ESCOLA SEM PARTIDO COM BASE NO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE E NOS CONTROLES DE EVIDÊNCIA E JUSTIFICABILIDADE APLICADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL** é o texto subsequente de autoria de Grazielly Alessandra Baggenstoss. Neste texto a autora examinou o panorama jurídico de propositura do Programa Escola Sem Partido – ESP, que visa a inclusão de dispositivos legais na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/1996). Para isso, é problema da pesquisa o questionamento se o mencionado projeto de lei apresenta pertinência jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como ao contexto pedagógico pátrio atual. Dessa forma, com método dedutivo, analisa-se a questão a partir do critério de proporcionalidade de

Robert Alexy e dos Controles de Evidência e Justificabilidade aplicados pelo Supremo Tribunal Federal. ENTRE O RACIONALISMO CARTESIANO E O POSITIVISMO JURÍDICO: UMA ABORDAGEM A PARTIR DAS CRÍTICAS DE CHAIM PERELMAN de autoria das articulistas Jaqueline Prazeres de Sena e Amanda Silva Madureira. As autoras demonstraram a partir da Filosofia do Direito, algumas críticas formuladas na teoria da argumentação de Chaïm Perelman, as teorias lógico-formais, de modo especial, a teoria cartesiana e a positivista, com o intuito de superar essas formas tradicionais do conhecimento do Direito. No texto HERMENÊUTICA DA FATICIDADE E FENOMENOLOGIA NA PERSPECTIVA HEIDEGGERIANA – O INÍCIO DE UMA DISCUSSÃO PARA O DIREITO, de Frederico Antonio Lima De Oliveira, Alberto de Moraes Papaléo Paes, discutiram acerca da Hermenêutica da Faticidade e a Fenomenologia em Heidegger como um caminho alternativo para compreensão do Direito. A partir dessa perspectiva pretendeu-se abordar a obra de Heidegger para o estabelecimento das premissas necessárias para compreensão da extensão de sua obra. Desse modo abordou-se os livros Ser e Tempo I e Ser e Tempo II como base teórica para a pesquisa. O JUDICIÁRIO CONTEMPORÂNEO E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: AINDA NO ESTEIO TÓPICO DE THEODOR VIEHWEG, de autoria de Márcio Roberto Torres, demonstrou-se a contribuição da teoria de Theodor Viehweg para o raciocínio jurídico. Combatendo o puro raciocínio lógico, a teoria tópica pretende racionar através de problemas. Com o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, o dever de fundamentação é desenvolvido em flagrante relação com o conflito, sendo papel do juiz não descuidar da vinculação entre a norma e os fatos como forma de legitimação das decisões. O SISTEMA DE PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO E A LIMITAÇÃO DO ARBÍTRIO JUDICIAL, de João Paulo Alvarenga Brant, Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau, procurou estabelecer análises que deram conta da importação parcial do sistema de precedentes norte-americano pelo novo Código de Processo Civil, trazendo consequências importantes no modelo de interpretação e aplicação das normas no ordenamento jurídico brasileiro. Com base no exame legal e doutrinário sobre a matéria no direito comparado, a pesquisa apresentou uma visão histórica do common law e da família romano-germânica, examinando o sistema de precedentes no direito brasileiro, criticando a importação pura e simples do instrumento, identificando-se ainda os parâmetros do realismo jurídico escandinavo e norte-americano, bem como os riscos decorrentes do decisionismo e da arbitrariedade judicial.

Para encerrar esta apresentação, não poderíamos deixar de cumprimentar ao Conpedi pela manutenção desse espaço e aos autores e pesquisadores que aqui trouxeram os seus trabalhos, pela excelente qualidade dos mesmos, desejando-lhes que continuem aprofundando ainda mais suas pesquisas nessa área.

Dr. João Martins Bertaso - URI-RS

Dra. Raquel Fabiana Lopes Sparemberger - FURG-RS e FMP-RS

**AFINAL, DE QUE VALE O DIREITO POSITIVO?
AFTER ALL, WHAT IS THE VALUE OF POSITIVE LAW?**

**Marcio Guedes Berti ¹
Luiz Fernando de Vicente Stoinski ²**

Resumo

O presente trabalho tem por escopo discutir o direito positivo e o atual ativismo judiciário por meio do “decisionismo”, havendo grave interferência do Poder Judiciário na esfera de competência legislativa do Poder Legislativo. Interpretar a norma e aplicar o direito posto é o que se espera do juiz, fugindo do solipsismo. A hermenêutica não serve de instrumento para o juiz aplicar a lei da forma como pensa ou acha que ela deve ser, mas sim conforme a vontade do legislador ordinário, sem que do resultado de sua interpretação surja uma nova norma.

Palavras-chave: Direito positivo, Interpretação, Decisionismo, Solipsismo, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The present paper proposes to discuss the positive law and also the current judicial activism through the "decisionism", with serious interference of the Judiciary in the legislative competence's sphere of the Legislature. Interpreting the law and applying the right position is what is expected of the judge, moving away from solipsism. Hermeneutics is not meant to serve as an instrument for the court to apply the law the way it thinks and believes it should be, but the ordinary legislator's will, without the arising a new standard from his interpretation result.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Positive law, Interpretation, Decisionism, Solipsism, Judicial activism

¹ Advogado, professor de direito da Univel e Unipar (Campus Cascavel), mestrando em filosofia pela Unioeste (Campus Toledo)

² Advogado, mestrando em direito pela Unicuritiba (Curitiba/PR) e professor de direito da Univel (Cascavel/PR)

INTRODUÇÃO

Neste artigo, pretende-se problematizar o ativismo judicial e o positivismo jurisprudencialista na contemporaneidade como forma de aplicação do Direito Positivo.

O Direito Positivo é o regente do Estado Democrático de Direito, contudo, atualmente, por conta do ativismo judicial a jurisprudência, vem ganhando espaço a ponto de, em determinadas situações, sobrepor-se ao direito posto.

A despeito da tripartição dos poderes, que há muito foi proposta pela filosofia política encarnada em Platão, Aristóteles, Locke e Montesquieu, observa-se hoje uma clara interferência do Judiciário no Legislativo, na medida em que de interpretações decorrentes da aplicação do Direito Positivo, surgem outras normas por conta da concretização da hermenêutica como ato de vontade do juiz.

Dentro de limites, dispor-se-á sobre o papel e a influência da mídia nas decisões do poder judiciário.

Ao fim e ao cabo, demonstrar-se-á que o ativismo é uma afronta ao Estado Democrático e deve ser evitado. Afinal, em uma democracia, o poder emana do povo, sendo ele, povo, o criador da norma, de modo que não é dado ao magistrado a criação de uma nova norma como resultado de seu método de interpretação, com inobservância do devido processo legislativo.

1. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Desde a Antiguidade, defende-se que o poder do Estado deve ser repartido, a fim de evitar que todo poder estatal se concentre nas mãos de uma única pessoa evitando-se com isso a figura do tirano. O princípio de *trias politica* é o modelo de governo proposto na Grécia antiga, tendo por essência a atuação independente e harmônica dos poderes do Estado, mantidas as características de um poder uno, indivisível e indelegável. Porém, cada poder com funções bem delineadas e atribuições bem definidas.

O objetivo do princípio de *trias politica* é evitar que o poder se concentre nas mãos de um único governante, a fim de que não haja abusos como sói ocorrer em um Estado Absolutista, por exemplo, onde todo poder concentra-se exclusivamente nas mãos de uma única pessoa, o tirano.

Platão (2004), em “A República”, já sinalizava a concepção de uma teoria consistente em repartir as funções do Estado, de maneira que o poder não ficasse concentrado nas mãos

de uma única pessoa, antevendo que isso seria trágico porquanto é sabido que o homem se desvirtua quando concentra muito poder e sem que exista qualquer tipo de limitação a este poder.

Em “A Política”, Aristóteles (2001) pregou a existência de três órgãos distintos encarregados das tomadas das decisões do Estado, sendo eles o Poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Posteriormente, Locke (2003), no “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, elevou o Poder Legislativo um degrau acima dos demais poderes, de modo que os Poderes Executivo (incumbido de aplicar as leis) e Federativo (incumbido de tratar das relações internacionais do governo) eram subordinados ao Legislativo.

Já Montesquieu (2000), em “O Espírito das Leis”, consagrou a tripartição dos poderes estabelecendo as respectivas atribuições de cada um, incluindo o Poder Judiciário dentro os poderes fundamentais do Estado.

A Constituição Federal, em seu artigo 2º, estabelece que são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Como visto acima, trata-se da consagração daquilo que já havia sido apregoadado na antiguidade e na modernidade.

A tripartição dos poderes é de tamanha importância, tanto que o constituinte originário a blindou como cláusula pétrea, conforme se verifica do disposto no artigo 60, § 4º, inciso III, da Carta da República, que disciplina: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) a separação de poderes”.

Embora assentado na ideia de unicidade, porquanto o poder estatal é uno, indivisível e indelegável, o Estado Constitucional de Direito traçado pela Carta Republicana de 1988 possui suas funções repartidas entre os seus três poderes, quais sejam: Legislativo, Executivo e Judiciário. Referidos poderes dividem as funções do Estado e, juntos, representam a unicidade de poder, sendo que a Constituição Federal, a despeito de ter repartido o poder do Estado, garantiu a cada qual independência e autonomia, e estabeleceu um relacionamento harmonioso entre os três.

Sobre o assunto, Silva (2005, p. 110), com muita propriedade, discorre que:

A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num órgão do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim

é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos respectivos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que o Chefe do Executivo incumbe a organização da Administração Pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos. Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para a sua competência também a nomeação dos juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária (arts. 95, 96, e 99).

A *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Entretanto, em que pese a Carta Magna ter estabelecido a divisão do poder estatal entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, não se pode permitir que um destes poderes prevaleça sobre outro, tampouco em supremacia de um Poder sobre outro.

A função de cada Poder é estabelecida pela Constituição Federal, sendo que todos possuem suas funções estabelecidas pelo constituinte originário, que tratou de distribuir as funções entre os Poderes, sem, entretanto, determinar exclusividade absoluta no exercício de tais misteres. Daí a razão pela qual, vez ou outra, um Poder invade a competência/atribuição de outro, por óbvio, quando a Constituição assim o permite, estabelecendo a regra de freio e contrapeso desenvolvida por Montesquieu como o marco caracterizador da convivência harmônica entre os poderes.

Sobre o tema, Moraes (2007, p. 388) discorre que:

Os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, conseguindo frear uns aos outros, com verdadeiros controles recíprocos, necessitavam de certas garantias e prerrogativas constitucionais. E tais garantias são invioláveis e impostergáveis, sob pena de ocorrer desequilíbrio entre eles e desestabilização do governo. E, quando o desequilíbrio agiganta o Executivo, instala-se o despotismo, a ditadura, desaguando no próprio arbítrio, como afirmava Montesquieu ao analisar a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom exercício das funções do Estado.

Todavia, isso não significa que um Poder está sempre autorizado a invadir a esfera de competência/atribuição de outro Poder quando bem entender, sob pena de flagrante inconstitucionalidade, por violação ao princípio da separação.

Registre-se que a interferência de um Poder em outro somente é admissível para obstaculizar abusos e ilegalidades, ou seja, para manter hígida a harmonia entre os Poderes, ou para garantir as liberdades e assegurar o pleno exercício das funções específicas de cada poder.

Deste modo, estabeleceu a Constituição Federal que cabe ao Poder Legislativo, precipuamente, legislar e fiscalizar. As atribuições do Congresso Nacional estão elencadas nos artigos 49 e 50 da Constituição Federal de 1988.

O Poder Executivo, por seu turno, é o Poder comandado a nível nacional pelo Presidente da República com o auxílio dos Ministros de Estado (CRFB, art. 76), competindo a este Poder, precipuamente, os atos de chefia e administração do Estado brasileiro.

Já o Poder Judiciário exerce, precipuamente, a função jurisdicional, que consiste na aplicação do Direito ao caso concreto quando provocado para tanto (princípio da inércia da jurisdição).

Excepcionalmente, tais poderes excursionam nos campos de atuação uns dos outros, quando como, por exemplo, o Poder Legislativo investe-se na função de julgar o Presidente da República em casos de crime de responsabilidade; quando o Poder Executivo edita atos normativos através de medidas provisórias, e quando o Poder Judiciário exerce a administração de atos relativos aos seus servidores ou quando exerce função legislativa com a edição de normas regimentais.

Entretanto, repise-se que para que o princípio da separação de poderes continue a perseguir o ideal para o qual fora criado (de dividir o poder estatal em forma equânime e harmônica), é necessário que sejam observadas as delimitações de atribuições de cada esfera de poder, observando o princípio da igualdade de direitos, em virtude de seu valor e de seu caráter principiológico, tendo em vista que, a ampliação desmesurada e inconsequente dessas atribuições torna cada vez mais tênue a linha que separa os poderes, esvaindo o seu conteúdo, gerando uma confusão de poderes, longe daquele que foi tão perfeitamente desenvolvido pelos seus idealizadores.

2. FUNÇÃO DO DIREITO POSITIVO E O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO

O Direito, ao lado da moral, possui a tarefa de regular a vida em sociedade e o faz por meio de uma coação externa (sanção) denominada de preceito secundário da norma.

Como se sabe, o ordenamento jurídico é o conjunto de normas positivas impostas pelo Estado. Nesse sentido, explica Reale (1995, p. 01-02), “(...) o Direito é *lei e ordem*, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim, quem age de conformidade com essas regras comporta-se *direito*; quem não o faz, age *torto*”.

Entretanto, para que o Direito possa, efetivamente, regular a vida em sociedade, deve, necessariamente, sair de sua abstração para incidir em uma situação concreta, momento em que se dá a subsunção do fato à norma.

A tarefa de aplicar o Direito (*jurisdictio*) incumbe ao Poder Judiciário, que no seu mister, tem, obrigatoriamente, que interpretar a norma para concluir pela aplicação, ou não, daquele Direito àquele caso. Para tanto, o julgador (aplicador do Direito) deve perguntar-se: essa norma se aplica a este caso? Para saber a resposta, é necessário interpretar a norma. Aqui, pois, entra em ação a hermenêutica, que, como se sabe, é a teoria ou a arte da interpretação.

Heidegger (*apud* REALE, 1995, p. 01), “afirma com toda razão que toda pergunta já envolve, de certa forma, uma intuição do perguntado”, de modo que não se pode estudar um assunto sem se ter dele uma noção preliminar.

Portanto, a interpretação da norma reclama, preliminarmente, uma compreensão sobre a própria norma em sua plenitude, sobretudo acerca da sua finalidade, de modo que se possa estabelecer o seu sentido e âmbito de aplicação.

Como pondera Reale (1995, p. 285), “o primeiro cuidado do hermenauta contemporâneo consiste em saber qual a finalidade social da lei, no seu todo, pois é o fim que possibilita penetrar na estrutura de suas significações particulares”.

Conforme ensinamentos de Bitencourt e Gorczewski (2016, p. 215):

(...) a interpretação é uma escolha entre múltiplas opções, uma decisão é uma unidade na pluralidade, ou seja, fazendo-se sempre necessária, por mais bem formuladas que sejam as prescrições legais, face às múltiplas possibilidades que dela decorrem. A atividade interpretativa busca, sobretudo, reconstruir o conteúdo normativo, explicitando a norma em face do caso concreto.

Entretanto, quando se está tratando de hermenêutica jurídica o “problema” da interpretação se acentua, uma vez que o hermeneuta jurídico, ao contrário do de outras formas de interpretação, não está “preso” ao texto, vale dizer, à literalidade da norma, como, por exemplo, o historiador está vinculado aos fatos passados.

Gadamer (1999, p. 19-20), sobre esse aspecto, pondera que:

Querer simplesmente subtrair a grafia e a investigação da história à competência da reflexão histórico-efetual, significaria reduzi-la à indiferença extrema. É justamente a universalidade do problema hermenêutico que questiona retrospectivamente todas as espécies de interesse pela história, porque envolve cada vez aquilo que está como fundamento para a “questão histórica”. E o que é a investigação histórica, sem a “pergunta histórica”? Na linguagem usada por mim e justificada pelas investigações da história da palavra, isso significa: A aplicação é um momento do próprio compreender. E se nesse contexto, eu colocasse no mesmo nível um historiador jurídico e um jurista prático, junto com isso não se deveria negar que o primeiro tem uma tarefa exclusivamente “contemplativa” e o segundo, exclusivamente prática. Porém, a aplicação está contida em ambos os afazeres. E como poderia também, a compreensão do sentido *jurídico* de uma lei ser diversa para um ou para outro? Certamente que, por exemplo, o juiz tem a tarefa prática de decretar a sentença, e nisso podem entrar em jogo também muitas e diversas considerações políticos-jurídicas, as quais o historiador jurídico, que tem diante de si a mesma lei, não faz. Mas, com isso, o seu *entendimento* da lei é diverso? A decisão do juiz que “intervém praticamente na vida”, pretende ser uma aplicação justa e de nenhum modo arbitrária da lei; deve pautar-se, portanto, em uma interpretação justa e isso inclui, necessariamente a mediação de história e atualidade na compreensão.

Segundo Souza (2008), “para Gadamer, o significado de um texto nunca se esgota nas intenções de seu autor, porque, quando a obra passa de um contexto histórico para outro, novos significados podem ser acrescentados e extraídos desse texto”.

Ensina Reale (1995, p. 287-288), que:

Mais do que qualquer outro autor, Emilio Betti soube dar realce ao papel da interpretação jurídica, distinguindo-a cuidadosamente de outras formas de interpretação, como a história, a literária ou a musical. O intérprete do Direito, consoante demonstrações convincentes daquele mestre, não fica preso ao texto, como o historiador aos fatos passados, e tem mesmo mais liberdade do que o pianista diante da partitura. Se o executor de Beethoven pode dar-lhe uma interpretação própria, através dos valores de sua subjetividade, a música não pode deixar de ser a de Beethoven. No Direito, ao contrário, o intérprete pode avançar mais, dando à lei uma significação imprevista, completamente diversa da esperada ou querida pelo legislador, em virtude de sua correlação com outros dispositivos, ou então pela sua compreensão à luz de novas valorações emergentes no processo histórico.

Como visto, Gadamer confere importância ao contexto histórico na interpretação, contudo, a afirmação de Betti (*apud* REALE), no sentido de que o intérprete do Direito pode conferir uma interpretação diversa daquela querida pelo legislador, deve ser analisada com muita ressalva, para que o hermenêuta jurídico, sobretudo o magistrado, não resvale em ativismo judicial ou decisionismo.

É sabido que a filosofia da linguagem sempre foi um assunto que intrigou o homem. Tanto que Platão, quando escreveu “Crátilo” (388 a.c.), se utilizou de três personagens, quais sejam: Sócrates, Hermógenes (representando os sofistas), e Crátilo (representando Heráclito, filósofo pré-socrático que, com Parmênides, passou a discutir o “ser” e o “pensar” ocasionando a superação do *logos* sobre o *mythos*). A obra “Crátilo” tinha por objetivo problematizar a filosofia da linguagem, de modo que através dos diálogos entre essas personagens, verificam-se duas teses que dialeticamente se contrapõem, sendo elas o naturalismo, pela qual toda coisa tem seu nome por natureza, e o convencionalismo, pelo qual a ligação dos nomes com as coisas é arbitrária e meramente convencional.

O problema da interpretação atualmente e que envolve as decisões judiciais, é que no Brasil contemporâneo passou-se a apostar no protagonismo judicial como forma de concretização de direitos. Tornou-se comum confrontar-se com decisões onde os juízes dizem que estão julgando de acordo com a sua consciência ou a sua compreensão pessoal sobre o sentido da norma.

Todavia, em que pese o ativismo judicial e o positivismo jurisprudencialista vivenciado hoje, os magistrados não podem esquecer que o direito é de todos! É uma linguagem pública e, como regularmente ensina Streck, não depende de uma posição pessoal. A propósito, Streck (2015, p. 25) assevera que “*o direito não é (e não pode ser) aquilo que o intérprete quer que ele seja*. Portanto, o direito não é aquilo que o Tribunal, no seu conjunto ou na individualidade de seus componentes, dizem que é.”

Embora já tenhamos dito que a hermenêutica reclama um preconceito, ou seja, certo conhecimento prévio sobre determinado assunto, o que se verifica no campo das interpretações jurídicas das decisões judiciais é que existe um poder discricionário dos juízes que podem dar, sem ter de justificar, o alcance e a interpretação que lhes convier a uma norma positiva.

Isso ficou muito evidente, por exemplo, no julgamento do *habeas corpus* 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal, onde através de uma decisão judicial tomada por maioria, a Suprema Corte simplesmente revogou o artigo 5º, inc. LVII da Constituição Federal – *que é*,

inclusive, cláusula pétrea – e o art. 283 do Código de Processo Penal¹. E aqui não se pode deixar de anotar que o Supremo Tribunal Federal é o intérprete final da Constituição, o seu guardião, de modo que suas decisões devem se pautar em aspectos técnico-jurídicos e não político-ideológicos.

Pois bem. A problemática é complexa. Tanto que Gadamer (1999, p. 31), na introdução de “Verdade e Método”, assevera:

O fenômeno da compreensão e da maneira correta de se interpretar o que se entendeu não é apenas, e em especial, um problema da doutrina dos métodos aplicados nas ciências do espírito. Sempre houve também, desde os tempos mais antigos, uma hermenêutica teológica e outra jurídica, cujo caráter não era tão acentuadamente científico e teórico, mas muito mais, assinalado pelo comportamento prático correspondente e a serviço do juiz ou do clérigo instruído. Por isso, desde sua origem histórica, o problema da hermenêutica sempre esteve forçando os limites que lhe são impostos pelo conceito metodológico da moderna ciência. Entender e interpretar os textos não é somente um empenho da ciência, já que pertence claramente ao todo da experiência do homem no mundo. Na sua origem, o fenômeno hermenêutico não é, de forma alguma, um problema de método. O que importa a ele, em primeiro lugar, não é a estruturação de um conhecimento seguro, que satisfaça aos ideais metodológicos da ciência – embora, sem dúvida, se trate também aqui do conhecimento e da verdade. Ao se compreender a tradição não se compreende apenas textos, mas também se adquirem juízos e se reconhecem verdades. Mas que conhecimento é esse? Que verdade é essa?

Sobre o problema da interpretação das normas jurídicas pelos juízes, Streck (2015, p. 37) assegura que:

(...) não raras vezes, deparamo-nos com uma mixagem (ou sincretismo) de paradigmas inconciliáveis, como é o caso da “junção” do paradigma metafísico-clássico (*adequatio intellectus et rei*) e a filosofia da consciência (*adequatio rei et intellectus*), embora, ao fim e ao cabo, sempre prevaleça a “livre convicção” ou a “vinculação à consciência do julgador” (sempre com a ressalva de que o que vemos no campo jurídico é uma vulgata, tanto da ontologia clássica como da filosofia da consciência).

A norma positiva, o Direito posto, emanado pelo Estado, tem por finalidade fazer com que o indivíduo conheça, com exatidão, qual é o espaço de sua liberdade, ou seja, até onde ele pode chegar sem sofrer a sanção do Direito.

¹ Existem duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal visando ao reconhecimento da legitimidade constitucional da nova redação do artigo 283 do Código de Processo Penal (CPP), inserida pela Lei 12.403/2011.

Ocorre que a partir da interpretação que os juízes conferem às normas positivas, o cidadão não possui qualquer segurança, pois, afinal, o Direito, atualmente, nada mais é do que aquilo que os tribunais e os juízes em sua singularidade dizem que é.

Nesse sentido, Dworkin (*apud* STRECK, 2015, p. 30), argumenta no sentido de que é despidendo advertir para o fato de que este não aposta em interpretações que exsurjam do “espírito do juiz” e tampouco acredita no juiz como “único capaz de assegurar a solidez da ordem do Estado Democrático de Direito”.

Streck (2015, p.55) traz, ainda, um problema recorrente e que decorre desta discricionariedade conferida ao magistrado na interpretação da norma, afirmando:

Como se sabe, em nome do “sopesamento entre fins e meios” (a assim denominada “ponderação”), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da “ponderação” e suas decorrências. Veja-se, por exemplo, que em nome de princípios *ad-hoc* (e todos os dias são inventados novos *Standards* que se pretendem “princípios”), como o “da confiança no juiz da causa” (sic), e em nome de supostos “sopesamentos” (ponderações), um acusado é posto em liberdade no Rio Grande do Sul e outro é mantido preso em Santa Catarina. Há que se ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse “sopesamento”.

Como se viu, as interpretações das normas pelos Tribunais do país geram decisões conflitantes sobre casos idênticos, de modo que a segurança jurídica fica estremecida e o Direito fragilizado. Como já assinalado acima, o Direito não é (e não pode ser) aquilo que os juízes dizem que ele é.

Contudo, trata-se de um problema sistemático, recorrente, eis que atualmente o juiz está investido em um poder que lhe confere a prerrogativa de atribuir sentidos às normas, dentro dos quais objetivismo e subjetivismo são apenas instrumentos da interpretação da norma positiva como ato de vontade do juiz.

Daí a razão pela qual não é incomum decisões como esta, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição (...) Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a

doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. *Ninguém nos dá lições.* Não somos aprendizes de ninguém. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp nº 279.889/AL. Embargante: Fazenda Nacional. Embargada: Pedro Lourenço Wanderley e Outros. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, DJ: 07 abr. 2003)

Essa decisão demonstra o nível de abstração entre a fundamentação da decisão judicial frente ao Direito posto, de modo que é nítido, neste julgado, que não importa aos juízes o que dizem os doutrinadores ou, até mesmo, o que “diz” a lei, pois o Direito é aquilo que os juízes dizem que ele é através dos seus métodos de interpretação e de acordo com o “Tribunal da Razão” de cada magistrado.

A interpretação de uma norma jurídica não pode decorrer de um ato de vontade, pois fosse assim, o intérprete, ao interpretar, estaria criando uma nova norma, na medida em que a interpretação como ato de vontade produz, quando de sua concretização, outras normas, de maneira que essa interpretação seria capaz de criar direito. Esse problema da interpretação do direito foi questionado por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Não é por outro motivo que Silva e Rodrigues (2016, p. 183) enfatizam que:

A discricionariedade no modelo normativista kelseniano reside no fato de que o órgão aplicador poderia escolher qualquer possibilidade de significado dentro da moldura normativa, e para Streck, esta característica é tributária do realismo jurídico, dentro do qual o direito é aquilo que os tribunais dizem que é.

Hodiernamente, é comum perceber que a jurisprudência vem ganhando papel relevante na aplicação do Direito. Muitas vezes, a jurisprudência prevalece sobre o Direito positivo. Obviamente que não se pode ignorar que a função legislativa possui uma natureza instrumental do Direito, mas que a sua realização concreta e normativa se insere no âmbito do Juiz. Todavia, não significa dizer que o juiz possa aplicar o Direito como sendo um ato de vontade.

Quando o subjetivismo do magistrado se apresenta na interpretação da norma, ocorre que o que é interpretado se transforma em objetificação, e a partir daí a interpretação descamba para o campo do ativismo judicial, que se caracteriza pela postura proativa do Judiciário que acaba por interferir, de forma regular, significativa e indevida, nas opções políticas dos demais poderes.

Contudo, a despeito do modelo tripartite (art. 2º da CRFB), Agamben (2004) já alertará em sua clássica obra “Estado de Exceção” que quando o Poder Legislativo atua no

vazio, caracterizando-se como um poder apático, impotente e, às vezes, omissivo, caracteriza-se o Estado de Exceção e abre-se espaço para o ativismo da magistratura.

Não é raro, atualmente, os juízes justificarem suas posturas proativas (ativistas) com base na concretização de direitos fundamentais ou como forma de dar uma resposta à sociedade, e isso se deve, em grande medida, ao papel que a mídia vem desempenhando hoje na sociedade.

Contudo, apesar de eventual clamor social e pressão midiática, o fato é que a régua de um magistrado não pode ser a “voz das ruas”. Como bem explicitado por Carvalho Netto, Tomaz e Bastos (*apud* Canário, 2016):

Não se pode admitir que as insatisfações advindas das ruas, da sociedade, sejam utilizadas como régua hermenêutica de direitos, flexibilizando conquistas democráticas como a presunção de inocência a partir da invocação de objetivos normativos auto evidentes (universalmente aceitos, dado o seu alto grau de generalidade e abstração) como o combate à corrupção.

Não é de hoje que se tem um casamento difícil entre o juiz e a imprensa, e em tempos contemporâneos esse relacionamento se apresenta ainda mais conturbado. Não é por outro motivo, aliás, que o magistrado francês Garapon (*apud* TOURINHO NETO, 2013), assevera que:

O pretense arcaísmo do nosso processo penal justifica todos os exageros da mídia. Por que todos achincalham o segredo da instrução e a presunção de inocência. Porque os próprios magistrados não os respeitam, afirmava recentemente um jornalista. “Na França, começa - se por destruir a reputação dos suspeitos, ao encarcerá-los primeiro para depois proceder à investigação. Tudo começa quando o juiz de instrução e a mídia colocam o suspeito no pelourinho. Tudo é público, mesmo nas piores condições, porque no final das contas é a imprensa que diz quem é culpado e quem é inocente. E essa, evidentemente, não é a sua função”. [um parêntesis: isso foi matéria do jornal *Le Monde*, suplemento *Radio Télévision*, semana de 2 a 8 de abril de 1990]. A mídia justifica sua intervenção, cada vez mais indiscreta, pelo fato de que a justiça não exerce — ou exerce mal — seu papel. A imprensa intervém no trabalho da justiça, e a recíproca é verdadeira: juízes e policiais juntam-se à imprensa em seu desempenho institucional, inclusive em sua estratégia. Cada um acredita estar manipulando o outro. A mídia vem em socorro aos *petits juges* quando estes enfrentam os poderosos. A imprensa justifica a repercussão dada a um dossiê que coloca em questão um político, pelo receio de que os juízes de primeira instância sejam afastados do processo, em benefício da câmara criminal da Corte de cassação. Já que a justiça não pode abordar de frente a dimensão política do caso, a imprensa ocupa esse lugar realizando as investigações que a lei impede. Nos dois casos, – dos juízes e da imprensa – as infrações à regra do segredo da

instrução são justificadas pelas falhas do sistema jurídico. Eis por que o jogo atual entre justiça e mídia é perverso: cada um encontra a absolvição de sua transgressão na transgressão do outro — a mídia se faz juiz, alguns juízes aventuram sobre o terreno político, e os políticos denunciam a conspiração... para se isentarem. O político se defende, não no terreno do direito, porém querendo assumir o lugar de vítima, denunciando o encarnecimento dos juízes e o conluio da imprensa. As queixas contra os magistrados por parte dos políticos se multiplicam, dando a impressão de um corpo – a - corpo que ninguém mais pode arbitrar, e uma das partes é o próprio mediador. (...) O direito começa aí a ser esquecido, na transgressão da regra em nome de uma pretensa moral superior. A justiça passa a ser feita em praça pública, fora da mediação da regra e de um espaço adequado à discussão, quer dizer, sem o auxílio de um profissional sensível e intelectual. A força da regra no direito sai duplamente enfraquecida: na sua característica coercitiva e no princípio ético que encerra.

Em tempos de “mensalão” e “operação lava-jato”, isso fica muito evidente. A pressão exercida pela mídia é tremenda e não se pode negar a sua influência sobre as decisões judiciais, de modo que é possível perceber, por conta desta interferência, uma carga de subjetividade enorme (e indevida!) nas decisões judiciais (a decisão do STF no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292 é exemplo disso).

A imprensa, como se sabe, é fundamental para a democracia. O judiciário, idem. Contudo, isso não significa que o Direito positivo possa ser deixado de lado através de interpretações solipsistas em nome de um bem maior. O prejuízo causado à democracia com a relativização de direitos e garantias fundamentais é muito maior do que o prejuízo causado por qualquer ato criminoso.

Marx (*apud* TOURINHO NETO, 2013), no século XIX, já proclamava:

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira condição da sabedoria.

Entretanto, a liberdade de imprensa, que é, inclusive, uma garantia constitucional (CF, art. 220, § 1º), não pode servir de sustentáculo ao protagonismo judicial, tampouco pode servir de arrimo ao vilipêndio da honra e da vida privada e, muito menos, de justificativa para decisões judiciais solipsistas e que relativizem direitos e garantias fundamentais.

O professor Nalini (2014, p. 378) alerta para o fato de que:

A mídia é detentora de imenso poder na sociedade moderna. A imprensa constrói e destrói reputações, cria verdades, conduz a opinião pública coletiva por caminhos nem sempre identificáveis e para finalidades muitas vezes ambíguas. Seu poder é tamanho que as concessões são disputadas por políticos, por líderes religiosos e por grupos com a intenção de empolgar outras espécies de poder, seja econômico ou político. A informação inseriu-se no mercado. É um bem da vida com valor comercial apurável. Para alcançá-la, os profissionais dos órgãos de divulgação não se permitem hesitar se precisam ferir outros interesses, sobretudo aquele consubstanciado na verdade. O que interessa mesmo é a versão, nem sempre o fato.

Zaffaroni (1991, p. 128-129), sobre a influência da mídia, também trata do assunto com propriedade:

Os meios de comunicação de massa são os grandes criadores da ilusão dos sistemas penais, em qualquer de seus níveis e, fundamentalmente, em dois níveis que devem ser cuidadosamente diferenciados: a) transnacionalizado; e b) o que responde às conjunturas nacionais. Em nível transnacional, os meios de comunicação de massa ocupam-se da precoce introjeção do modelo penal como um pretense modelo de solução dos conflitos através da “comunicação de diversão”, isto é, justamente da introjeção que parece mais inofensiva. Em nível das conjunturas nacionais, os meios de comunicação de massa têm a função de gerar a ilusão de eficácia do sistema, fazendo com que apenas a ameaça de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão sejam percebidos como perigo. Mais concretamente, são os meios de massa que desencadeiam as campanhas de “lei e ordem” quando o poder das agências encontra-se ameaçado. Estas campanhas realizam-se através da “*invenção da realidade*” (distorção pelo aumento de espaço publicitário dedicado a fatos de sangue, invenção direta de fatos que não aconteceram) “*profecias que se auto-realizam*” (instigação pública para a prática de delitos mediante metamensagens de “slogans” tais como “a impunidade é absoluta”, “os menores podem fazer qualquer coisa”, “os presos entram por uma porta e saem por outra”, etc.; publicidade de novos métodos para a prática de delitos, de facilidades, etc.), “*produção de indignação moral*” (instigação à violência coletiva, à autodefesa, glorificação de “justiceiros”, apresentação de grupos de extermínio como “justiceiros”, etc.).

Voltando ao problema da interpretação do Direito positivo, é certo que não existe um intérprete neutro no Campo do Direito, de modo que toda interpretação carrega em si uma carga de subjetividade. Contudo, o problema que se apresenta é quando esta carga de subjetividade se dá em tamanho tanto que o resultado da interpretação acaba por produzir uma nova norma.

Obviamente que a formação do interprete exerce grande influência no resultado da interpretação, de modo que o que se entende por dignidade da pessoa humana, por exemplo,

poderá ser compreendida a partir de Kant e Hegel com diversas modulações, dependendo, portanto, da formação do hermeneuta (SARLET, 2005).

É sabido que o pós-positivismo pretende ultrapassar a legalidade estrita da norma, não desprezando, contudo, o Direito posto. Contrapondo-se, contudo, à perspectiva kelseniana, pulsante a autonomia enquanto matriz jurídico-política moderna, bastaria validade à norma que se denota pela sua criação a partir de autoridade competente, escoimando-se de todo *jus* conotações morais, posto que direito é técnica social, e, não haveria relevância na colocação sobre a justiça das normas, até pelo viés kantiano que imanta a teoria de Kelsen², o pós-positivismo aposta em uma interpretação e uma aplicação do Direito inspiradas por uma teoria de justiça, com atribuição, inclusive, de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras.

O Ministro Dias Toffoli (*apud* RODAS, 2016), em palestra proferida no XX Congresso Internacional de Direito Tributário ocorrido em Belo Horizonte, Minas Gerais, entre os dias 14 a 16 setembro de 2016, alertou para o fato de que: “O Judiciário não pode exagerar no seu ativismo, senão vai ter o mesmo desgaste dos militares. Se criminalizarem a política, passarem a achar que o sistema judicial vai moralizar a sociedade brasileira, batendo palmas para doidos dançarem, vamos cometer o mesmo erro que os militares cometeram em 1964 ao assumir o poder.”

Streck (2016), comentando a espetacularização protagonizada pelo Ministério Público Federal quando do oferecimento de denúncia contra o Ex-Presidente da República, Luís Inácio Lula da Silva, advertiu para o fato de que:

Claro que membro do MP ou juiz não são neutros. E não são alfaces. Dentro de cada um bate um coração. Subjetividades. Sim, sei de tudo isso. Mas se um agente político do Estado não souber suspender esse pré-juízo, então não poderia ter assumido cargo desse jaez. Aplica-se o direito por princípio. E não por política ou moral(ismo). Ora, em uma democracia, o réu ou a parte no juízo cível não podem depender das paixões ou idiosincrasias do acusador e/ou do julgador. Não vamos ao judiciário para saber o que o juiz (ou o procurador) pensa pessoalmente sobre determinado assunto. Ali é o Estado que fala. E não o que o procurador pensa sobre o mundo.

É preciso cautela, pois a adoção, pelo Judiciário, de uma postura pró-ativa, não é salutar para a democracia. O positivismo jurisprudencialista não pode predominar sobre o Direito positivo. O Poder Judiciário não possui a função de criar normas, incumbência esta do Poder

² Para o filósofo do direito austríaco, o fundamento do Direito está depositado na validade das normas, e não na justiça. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução. João Baptista Machado. Martins Fontes. São Paulo 2006.

Legislativo. A interpretação da norma para aplicação do Direito ao caso concreto, não pode resultar em outra norma.

CONCLUSÃO

Não se pode permitir que juízos subjetivos dos magistrados reduzam o Direito positivo a mero fragmento. Não é possível mais aceitar fundamentações de decisões judiciais estribadas em “decido conforme minha consciência; tenho para mim; penso que”, pois a discricionariedade subjetivista e o decisionismo são, atualmente, inimigos do Direito positivo, que o fragilizam.

Juízes não podem interpretar a norma fazendo uso de juízos morais e políticos. Como alertou Streck (2016):

(...) na democracia juízes e membros do ministério público devem conter seus anseios, suas paixões, suas subjetividades. A sociedade não os paga para opinarem sobre política ou moral. A sociedade não os paga para dizer se a política conduzida por um governante é boa ou ruim. Tampouco os remunera para tecerem considerações morais. Um ato é criminoso ou não. Simples assim. Se a acusação vier acompanhada de adjetivos, já fica claro que a imparcialidade está viciada. Bingo, pois não?

Sobre o assunto, Cardoso (2011) pontua que:

O ativismo judicial (ou judicialização da política) pode ser resumido na atitude dos juízes de interpretar as normas jurídicas sem se limitar às restrições formais e objetivas, e levando em conta que a aplicação das leis é variável, no tempo e em cada caso concreto. Isso pode causar a extensão de direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, motivo pelo qual se afirma que essa postura judicial importa na “criação” de direitos, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios jurídicos genéricos (igualdade, razoabilidade, dignidade da pessoa humana, etc.)

Assim, a par de justificar a postura proativa do Poder Judiciário como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, o que se observa atualmente é o fenômeno inverso, ou seja, a relativização de direitos e garantias individuais, e um reducionismo do Direito positivo.

A despeito da opinião daqueles que defendem o ativismo judicial com o argumento de que o Poder Judiciário exerce o relevante papel de conferir efetividade aos direitos

fundamentais, o que se observa é que não raro o ativismo se apresenta como forma de sonegação de tais direitos, sendo exemplo disso a relativização da presunção de inocência.

Juiz não é legislador, portanto, não lhe é dado a criação de norma. Pior é quando o magistrado, ao interpretar a norma, lhe confere sentido diverso, lhe nega vigência ou cria, através de uma decisão judicial, outra norma.

É preciso que o Poder Judiciário brasileiro tome ciência que o ativismo só é salutar quando utilizado como meio de concretização dos direitos e garantias constitucionais, e apenas.

Apostar no ativismo como instrumento de combate à criminalidade e moralização da política e da sociedade é um caminho perigoso e que deve ser evitado (e combatido!).

Ao utilizar-se de uma postura proativa, o Poder judiciário reduz o Poder Legislativo e fere, com isso, o princípio da tripartição dos poderes, dando azo àquilo que estão denominando de ditadura do Poder Judiciário.

Eis a razão pela qual Reverbel (2009) define o ativismo judicial como sendo o ingresso do magistrado na esfera da política, ultrapassando, destarte, o campo do Direito.

De mais a mais, a crítica que se faz ao ativismo judicial também se motiva pelo fato de não ser possível antever os impactos sociais, políticos e econômicos das decisões proferidas pelos magistrados, como alertam Nunes e Bahia (2009).

Destarte, não se pode permitir que o ativismo judicial ignore o Direito positivo, nem se deve admitir que o magistrado se utilize do método de interpretação como sendo um ato de vontade.

Quando assim age, o judiciário extrapola seus limites e passa a legislar, adentrando na esfera da competência privativa do Poder Legislativo, ferindo a separação dos poderes, que embora harmônicos, são independentes, cada qual com sua função precípua.

Ao Poder Legislativo compete a criação de leis, ao Poder Executivo a execução de tais e leis e, por fim, ao Poder Judiciário, a fiscalização do cumprimento das mesmas leis. Qualquer atividade dos Poderes fora das balizas constitucionais em relação a competência de cada um deles é invasão a esfera do outro, o que não é permitido.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**, trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle José Coelho. **Ativismo e protagonismo judicial em xeque. Argumentos pragmáticos**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12587>>. Acesso em 17 set. 2016.

BITENCOURT, Caroline Muller. GORCZEWSKI, Clovis. O papel interpretativo atribuído ao Supremo Tribunal Federal na jurisdição constitucional brasileira a partir da abstratização do controle difuso de constitucionalidade e da aplicação da interpretação conforme a constituição. In: **Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais**. Coord. Jorge Miranda, Jose Luis Bolzan de Moraes, Saulo Tarso Rodrigues e Nuria Bellosó Martín. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp nº 279.889/AL. Embargante: Fazenda Nacional. Embargada: Pedro Lourenço Wanderley e Outros. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins. Brasília, DJ: 07 abr. 2003

CANARIO, Pedro. **Régua do Supremo não pode ser a voz das ruas, dizem juristas em parecer**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-16/regua-supremo-nao-voz-ruas-dizem-juristas>>. Acesso em 16 ago. 2016.

CARDOSO, Oscar Valente. Ativismo judicial ou inativismo parlamentar? **Revisa Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2865, 6 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/texto/19047>>. Acesso em 17 set. 2016.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método, traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 3 ed. trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Trad. Alex Marins, São Paulo. Martin Claret: 2003.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 7ª ed. São Paulo. Saraiva: 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional**. 11 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

PLATÃO. **A República**. Trad. Enrico Corvisieri, São Paulo: Nova Cultural, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 1995.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. **Ativismo judicial e estado de direito**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM. vol. 4, n. 1. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246#.V-nGRvArJGo>>. Acesso em 17 set. 2016.

RODAS, Sergio. **“Megaoperações levam ao totalitarismo do Poder Judiciário”, diz Dias Toffoli**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-16/megaoperacoes-levam-totalitarismo-judiciario-toffoli>>. Acesso em 17 set. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, Alexandre Fernandes. RODRIGUES, Saulo Tarso. **Diálogos entre a hermenêutica filosófica e o neoconstitucionalismo: entre arbítrios e correções**, in *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais*. Coord. Jorge Miranda, Jose Luis Bolzan de Moraes, Saulo Tarso Rodrigues e Nuria Bellosó Martín. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, J Francisco Saraiva de. **Hans-Georg Gadamer e Hermenêutica Filosófica**. Disponível em <<http://cyberdemocracia.blogspot.com.br/2008/04/hans-georg-gadamer-e-hermenutica.html>>. Acesso em 05 mar. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Não é papel do Ministério Público adjetivar moralmente a acusação que faz**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-set-16/streck-nao-papel-mp-adjetivar-moralmente-acusacao-faz>>. Acesso em 17 set. 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **O Juiz, a Imprensa e a Lei**. Disponível em <<http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/01/juiz.pdf>>. Acesso em 26 set. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.