

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI - UFS**

**HERMENÊUTICA JURÍDICA**

**ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO**

**RUBENS BEÇAK**

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

#### **Diretoria – Conpedi**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

**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

#### **Conselho Fiscal**

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

**Representante Discente** - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### **Secretarias**

**Diretor de Informática** - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

**Diretor de Relações com a Graduação** - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

**Diretor de Relações Internacionais** - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

**Diretora de Apoio Institucional** - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

**Diretor de Educação Jurídica** - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

**Diretor de Apoio Interinstitucional** - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

---

H531

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

Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-058-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

## HERMENÊUTICA JURÍDICA

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

Dentro da afirmada tradição do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, a apresentação de trabalhos em Grupos com temáticas específicas resta consolidada.

O GT com a incumbência da discussão dos trabalhos ligados à subárea da Hermenêutica é um dos grupos mais tradicionais, afigurando-se como uma dos mais frequentados nos eventos e com número expressivo de trabalhos submetidos.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados e os debates em excelente ambiente de cooperação científica têm permitido, certamente, perceber este GT como um daqueles em que a qualidade investigativa mais se evidencia.

Para além da discussão dos rumos da Pós-graduação em nosso país, a certeza de estarmos contribuindo para a afirmação desta entidade científica, muito nos alegra. A realização do XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, com seu expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados mais solidifica este rumo.

Ademais, a acertada decisão, desde alguns encontros, da edição em livro digital dos trabalhos apresentados e discutidos, possibilita que todos aqueles interessados no tema aproveitem este material e possam, com a leitura dos trabalhos aqui constantes, acrescentar algo em suas próprias indagações, estudos e pesquisas.

Na presente edição do evento, o GT de Hermenêutica contou com trabalhos que expressam o caminho de maturidade que vem alcançando os debates em Hermenêutica Jurídica no país. Os trabalhos apresentados, se identificam pelo forte vínculo a referências teóricas - sem deixarem de ser críticos com respeito aos mesmos -, a partir dos quais problemas objetivos de hermenêutica jurídica, entendida como experiência da linguagem de jurisdição, foram debatidos.

Por meio de reflexões contextualizadas na permanente dialética de interpretar e aplicar, decidir e argumentar, elaborar e concretizar o Direito, matrizes já consolidadas da

Hermenêutica Contemporânea foram debatidas frente a questões atuais, como, por exemplo, o tema da reforma do Processo judicial brasileiro, impulsionada pelo advento do Novo Código de Processo Civil, que dominou alguns trabalhos e muitos profícuos debates, durante o GT.

Nesse quesito, tanto os textos como as discussões que se seguiram, pautaram-se pela percepção de potenciais transformações no pensamento jurídico brasileiro e sobretudo na práxis jurisdicional brasileira, em que temas como "substantive due process of Law", "overrule" e "distinguishment" já não são mais importações alienígenas descontextualizadas; ou diferenciações como "discursos de fundamentação" e "discursos justificação", ou "argumentação" e "decisão" não são mais, nem categorias desconhecidas, nem distinções absolutizadas.

O presente livro, ademais de retratar esse amadurecimento, reflete também a diversidade de referenciais teóricos com os quais trabalham os diferentes pesquisadores dedicados à Hermenêutica Jurídica em nosso país. Tal diversidade não está livre de marcar-se por disputas paradigmáticas ou de linguagem. Mas fica claro, dos textos que aqui seguem e dos debates que presenciamos e coordenamos na apresentação dos trabalhos, que estamos aprendendo, como membros de uma coletividade que se quer inserida em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a respeitar o outro e realizar a experiência da pluralidade, que pressupõe a capacidade de saber ouvir com alteridade e com animus de mundo em perspectiva de devenir.

Os Coordenadores

# HERMENÊUTICA JURÍDICA E O FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS SOBRE QUESTÕES CONSTITUCIONAIS

## JURIDICAL HERMENEUTICS AND THE FONDATION OF THE JUDICIAL DECISIONS ABOUT CONSTITUCIONAL QUESTIONS

**Glauco Roberto Marques Moreira**  
**Ermenegildo Nava**

### **Resumo**

O presente artigo tem como objetivo analisar de forma crítica e argumentativa sob que fundamentos são tomadas as decisões judiciais que envolvem questões constitucionais no Estado Democrático de Direito. O estudo se utiliza da hermenêutica como ciência da interpretação e argumentação jurídica e leva em conta aspectos não só do Direito, mas também da Filosofia do Direito e da Teoria Geral do Direito para investigar a justificação das decisões jurídicas. O debate constitucional em torno da motivação que fundamenta as decisões judiciais que envolvem assuntos constitucionais é tema de discussão que se desenvolveu no constitucionalismo norte americano na década de 80, que teve com objeto as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e também as decisões dos tribunais estaduais daquele país, com reflexo no constitucionalismo dos demais países. Duas correntes se destacam em torno da controvérsia da fundamentação das decisões: uma corrente é o interpretacionismo, cujos adeptos se apegam ao conteúdo material-substancial dos dispositivos da Constituição; a outra corrente se funda no não-interpretacionismo dos dispositivos constitucionais, o que possibilita a análise procedimental dos princípios da lei como forma de implementação dos mandados constitucionais, sem o necessário apego ao sentido do texto da Constituição. Nesse conflito, a teoria democrática é fundamental para estabelecer a correlação entre direito e política, que delimitará as razões dos fundamentos a serem utilizados pelo julgador. A investigação se utilizou do método lógico-dedutivo com base na pesquisa doutrinária local e estrangeira.

**Palavras-chave:** Hermenêutica; direito; democracia; política.

### **Abstract/Resumen/Résumé**

The present article aims to critically and argumentatively analyze on which foundation are judicial decisions taken when involving constitutional questions of the democratic state. The study uses hermeneutic as science of interpretation and legal arguments and observes aspects not only from the Law, but also from the Philosophy of Law and the General Theory of Law to investigate the justification of legal decisions. The constitutional debate on the motivation that bases judicial decisions involving constitutional subjects is theme of discussion that developed in the north american constitutionalism in the 80's, which had as an object the decisions of the Supreme Court of the United States and also the courts of the states of that

country, with reflection in the constitutionalism of other countries. Two positions stand out around the controversy of Reasons for Decisions: one of them is the interpretationalism, whose supporters cling to the substantial material content of the constitutional devices; the other one is founded on the non-interpretationalism of the constitutional devices, enabling a procedural analysis of the principles of the law as a way of implementation of constitutional mandates, without the necessary attachment to the sense of the constitutional text. In this conflict, the democratic theory is founded to establish the correlation between Law and Politics, which will delimit the reasons of the foundations used by the judge. The research used the logical-deductive method with basis in the doctrinal search, foreign and local.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Hermeneutics; law; democracy; politics

## INTRODUÇÃO

Este artigo se debruçou sobre um dos temas que têm provocado discussão jurídica entre estudiosos e operadores do Direito: saber sob quais fundamentos um juiz deve tomar as decisões jurídicas. À primeira vista, a resposta pode parecer óbvia: são os fundamentos jurídicos que embasam as decisões jurídicas, os fundamentos do direito, mesmo porque a Constituição brasileira de 1988 prescreve no artigo 93, IX, o dever do juiz de fundamentar as decisões judiciais sob pena de nulidade. Ocorre que, se a querela envolver questões constitucionais, entram em cena outros participantes dessa peleja: a democracia, a política e a jurisdição constitucional, o que pode dificultar a tarefa do intérprete.

No cenário de questões constitucionais, a fundamentação das decisões judiciais têm a argumentação jurídica como instrumento para se compreender qual é a correta decisão a ser tomada, de tal forma que a decisão encontre legitimidade.

O presente trabalho é uma reflexão em torno da busca da legitimidade da fundamentação das decisões judiciais das questões que têm como objeto assuntos constitucionais. Para tanto, será necessário buscar no direito, na hermenêutica, na política, na filosofia, na democracia, os recursos de legitimação da decisão correta.

Na primeira parte do estudo foi analisada a questão da interpretação e da argumentação jurídica e sua importância para a fundamentação racional das decisões jurídicas com base na teoria do discurso. Em seguida, o trabalho procurou estabelecer a ligação entre democracia e direito, bem como o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito. E por fim, a pesquisa teve como objeto a análise de duas correntes que se destacam no debate constitucional moderno em torno da legitimidade da fundamentação das decisões judiciais que envolvem questões constitucionais: o *substancialismo* e o *procedimentalismo*.

Como inferência, verificou-se que tanto a corrente interpretativista, como a não-interpretativista se escoram em argumentos jurídico-políticos sólidos, ambas com fundamento democrático; a primeira, buscando a justificação com base no princípio político materiais dos dispositivos da Constituição; a segunda, com razões de ordem princípio procedimental, para garantir o bem estar social e justiça. Ambas justificam os seus argumentos.

A investigação utilizou o método lógico-dedutivo e histórico, utilizando-se da pesquisa doutrinária com base na hermenêutica jurídica, no direito e na filosofia do Direito.

## 1 INTERPRETAÇÃO E ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: A IMPORTÂNCIA DO FUNDAMENTO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Direito é uma das ciências em que a argumentação talvez se faça mais presente nas práticas do que outros ramos do conhecimento. Ninguém duvida que um bom jurista é tido como aquele que tem maior e melhor capacidade de expor os seus argumentos para convencer as partes. Cada operador do Direito desenvolve individualmente suas habilidades a fim de desenvolver técnicas de argumentação. Muitos se utilizam de *técnicas* de argumentação, mas não muitos as fundamentam em *teorias* da argumentação jurídica. Em se tratando de decisões judiciais, a situação não é muito diferente. Os juízes certamente possuem habilidades pessoais e conhecimento da causa e do direito, necessários para embasar suas decisões. Todavia, muitas decisões jurídicas não expõem os fundamentos pelos quais o magistrado assumiu determinada posição, especialmente se se tratar de temas que envolvem questões constitucionais.

Manuel Atienza (2014, p. 2-3) ensina que o primeiro âmbito da argumentação jurídica pode ser *pré-legislativo* e *legislativo*. Aquele ocorre quando surgem os problemas sociais, cuja solução poderá, em tese, ser obtida com a atividade legislativa, como é o caso das discussões em torno da despenalização do aborto ou a eutanásia. Este ocorre no âmbito do Poder Legislativo, como órgão pertencente aos poderes do Estado, quando da apreciação das propostas e projetos de lei que ali são debatidos antes de se tornarem de cumprimento obrigatório. O segundo âmbito em que se encontra a argumentação jurídica é o da *aplicação das normas jurídicas* na solução dos casos concretos. É neste campo que mais propriamente encontra espaço a teoria da argumentação jurídica para a solução de casos difíceis que demandam interpretação do Direito. Mas a maior parte das questões requer interpretação dos fatos para a tomada de decisões e não propriamente do Direito. Por último, Atienza se refere ao âmbito da *dogmática jurídica* como campo para a teoria da argumentação jurídica. A diferença dogmática jurídica para com a aplicação das normas é que está cuida de casos concretos, enquanto aquela se ocupa de casos abstratos, em que se discute, p. ex., quais são os limites entre o direito à vida e o direito à liberdade pessoal, ou ainda, qual deve prevalecer no caso de colisão desses direitos.

As decisões jurídicas, tomadas com base em interpretações das normas, seja na apreciação de um caso concreto ou na análise abstrata da norma jurídica, devem ser devidamente fundamentadas, exigência da boa técnica do Direito. Do contrário, a ausência



das justificativas, pelas quais foram embasadas as decisões, torna eivada a decisão, no mínimo, de desconfiança de por que o magistrado adotou esta ou aquela postura. Rawls, ao defender sua teoria da justiça equitativa, sustenta que “a exigência de coerência vale naturalmente para a interpretação de todas as regras e para justificativas em todos os níveis” (2002, p. 260).

Esta reflexão não pretende abordar as diversas *teorias da argumentação*, mas sim demonstrar a importância da fundamentação das decisões jurídicas e sob quais fundamentos devem ser tomadas tais decisões quando envolvem assuntos constitucionais.

### 1.1 Fundamentação e hermenêutica

A questão do “fundamento” é algo que desde há muito tempo provoca reações na comunidade jurídica, inclusive na filosofia do direito e na teoria geral do direito. A questão sobre a “fundamentação” do direito foi objeto de preocupação de Hans Helsen em sua obra *Teoria Pura do Direito* quando, ao defender a existência de uma norma fundamental — dentre outros questionamentos —, pergunta o que é que fundamental: a unidade de uma pluralidade de normas ou o que é que constituiu o seu fundamento?<sup>1</sup>. Essa obstinação pela busca por uma espécie de “método dos métodos” (STRECK, 2014, p. 221), que possa fornecer o fundamento do processo hermenêutico-interpretativo, tem incomodado os juristas.

O problema da interpretação é um postulado que está ligado diretamente à ciência jurídica, pois não há norma sem interpretação. Basta que a norma seja posta e surgirá a necessidade de ser interpretada. Na jurisprudência romana há registro de uma tentativa de proibição de Justiniano de que se interpretassem as normas do conhecido *Corpus Juris*, para que se mantivesse a interpretação dada pelo próprio imperador. Tratava-se, portanto, não de uma proibição de interpretar, mas um limite imposto à atuação do exegeta.

---

<sup>1</sup> Utilizando os exemplos da Bíblia, o jurista austríaco explica a validade dos Dez Mandamentos dados por Deus a Moisés no Monte Sinai ao povo hebreu que havia saído do cativeiro no Egito, ou o mandamento de Jesus dado no Sermão da Montanha, de que devemos amar os nossos inimigos. O fundamento de validade não estaria na autoridade daquele que estabeleceu a norma, mas sim na norma segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de Deus, ou de seu Filho Jesus. Esta norma, que fundamenta a validade de outra norma, é designada de norma superior, em contraposição à outra, que em relação a ela é designada de norma inferior, a qual se encontram sujeitos tanto a autoridade dotada do poder de estabelecer a norma (poder legislativo) como também àqueles que lhe devem desobediência. Para o jurista austríaco, uma norma que se pressupõe a última e mais elevada é pressuposta e não uma norma posta por uma autoridade. Essa norma pressuposta como a mais elevada seria designada Norma Fundamental (*Grundnorm*). Com base no raciocínio kelseniano, não há que se confundir a fundamentação de validade do sistema jurídico derivado de uma Constituição com o fundamento de validade da própria Constituição. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 215-217.

Com a sistematização decorrente do advento das escolas jusnaturalistas da Era Moderna, a Ciência do Direito como teoria hermenêutica é relativamente recente (século XIX). No final do século XVIII o jusnaturalismo já esboçava o conceito de sistema baseado nas regras da dedução, que no campo jurídico representava a unidade racional das normas a partir de princípio das quais eram deduzidas. A atividade do exegeta consistia, então, em inserir a norma na totalidade do sistema. Mas, qual o sentido da ordem normativa, qual é o seu fundamento? Segundo Tércio Sampaio Ferraz Junior, antes de 1814, Savigny dizia que interpretar era mostrar aquilo que diz a lei que, na técnica interpretativa, significa determinar o sentido textual da lei. Surgem as técnicas interpretativas conhecidas como interpretação gramatical, que buscava o sentido literal do texto; interpretação lógica, que pretendia atingir o propósito pelo qual a norma foi elaborada; interpretação sistemática, que almejava uma análise sistêmica, geral, global, e por último a interpretação histórica, que aspirava atingir o sentido genuíno. Após 1814, a obra de Savigny aponta não mais apenas para a existência de *técnicas de interpretação* para se referir à existência de uma *teoria da interpretação* (FERRAZ JUNIOR 1980, p. 69).

A interpretação autêntica passa a compreender, então, aquela em que a expressão do pensamento do legislador é manifestada no texto da lei. Buscar o *sentido* da norma jurídica em um sistema normativo enseja, pois, o aparecimento de método peculiar de interpretação.

## **1.2 Hermenêutica, interpretação e a história**

A palavra hermenêutica, significa declarar, explicar, esclarecer, traduzir. Originariamente, o termo veio de “Hermes”, sacerdote do oráculo de “Delfos” que, tendo descoberto a linguagem e a escrita, foi incumbido de levar a mensagem dos deuses aos homens, o que possibilitou a compreensão do inteligível e do desconhecido. Para os gregos, *hermeneía* tinha o sentido de explicitar ou traduzir as ordens divinas, bem como dar sentido às palavras. Para Aristóteles, *hermeneía* significava o mesmo que *exhgeomai* (interpretação). A proposição ou enunciação, como expressão lógica do juízo, seria manifestação de verdade ou falsidade das coisas apenas quanto à realidade e não como discurso. Isso significa que *hermeneía* indicava uma operação mental de elaborar juízos de verdade ou falsidade das coisas, processo que antecedia outros processos lógicos, retóricos ou poéticos, isto é, era um raciocínio anterior à compreensão simples dos objetos ou de raciocínios que partiam do conhecido para o desconhecido. Era, assim, um processo racional para em busca da verdade

essencial das coisas, em que as palavras faladas são símbolos dessa “experiência mental” e as escritas são símbolos das faladas (SAMPAIO, 2009, p. 57-58).

Em Roma, a atividade hermenêutica está relacionada à prática da *jurisprudencia* (dizer o direito), cujas soluções dos conflitos eram manifestadas em “máximas interpretativas”. Já na Idade Média, hermenêutica significava revelação ou esclarecimento de algo camuflado por trás das palavras, sendo uma das funções dos “Santos Padres” *explicitar* as mensagens contidas nos textos sagrados. Para Santo Agostinho, a *regula fidei* era a descoberta do sentido espiritual. A hermenêutica, porém, só se fazia necessária acaso os trechos da bíblia fossem obscuros e carecessem de explicitação de seu sentido espiritual e o literal (SAMPAIO, 2009, p. 59).

Após a Idade Média, entre os Modernos, há uma cisão entre hermenêutica e interpretação, sendo a hermenêutica *ciência* e interpretação seu *objeto*, ambas com o sentido de revelação dos sentidos das palavras. Obras como “Discours de la Méthode” de Descartes (1637), dentre outras, o novo sentido de hermenêutica traduz-se na construção de uma *teoria geral da interpretação* (SAMPAIO, 2009, p. 61).

Tem-se, portanto, hermenêutica, inicialmente entendida como a arte de conduzir o sentido das palavras, e interpretação, como dom de revelar o seu sentido, modernamente são empregados em um único propósito: o de buscar e transmitir a verdadeira percepção da compreensão das palavras.

A arte de interpretar, no sentido amplo, pode ter como objeto uma obra de arte, textos religiosos e científicos e até mesmo manifestações do cotidiano. Em sentido restrito, a interpretação se torna necessária quando uma manifestação admite várias leituras, sendo que não é claro qual delas está correta.

A interpretação jurídica é típica desse tipo de interpretação. Na lição de Alexy (2010, p. 63):

A interpretação jurídica distingue-se de outros tipos de interpretação por seu caráter prático e institucional. A interpretação jurídica tem um caráter *prático*, porque nela sempre se trata imediata ou mediata de algo, o que, em um sistema jurídico, é ordenado, proibido e permitido e para o que ele autoriza. Em vez de um caráter “prático” pode, também, ser falado de um “normativo”.

Interpretação e argumentação se diferem. A interpretação visa apenas um resultado: a interpretação correta. O resultado da afirmação correta permite a correção por meio da interpretação. A interpretação nada mais é do que a escolha entre várias alternativas de

interpretação em virtude de *argumentos* por ela utilizados. A justificação, ou fundamentação da interpretação, é uma atividade argumentativa. Nos sistemas jurídicos modernos, há o dever de fundamentação das decisões judiciais sob pena de nulidade.

### **1.3 A questão da fundamentação das decisões jurídicas**

Partindo-se do pensamento jurídico como um pensamento específico, voltado para o problema das decisões normativas de conflitos, a ciência jurídica se revela como uma teoria *para* a obtenção de uma decisão jurídica e não uma teoria *sobre* a decisão jurídica. Diante de opções possíveis ante de um quadro de processos em que o magistrado deverá se debruçar, a *decisão* pode ser entendida como um ato de escolha final de uma das possibilidades, em que as demais são rejeitadas. Neste sentido, a decisão é um procedimento em busca da solução de conflitos, um processo dentro de outro processo muito mais amplo do que o resultado deliberativo individual pretendido.

A questão da fundamentação das decisões jurídicas ocupou importante espaço na obra *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*, apresentada por Robert Alexy, em 1976, como tese de doutorado na Faculdade de Direito da Georg-August-Universität de Göttingen (Alemanhã). Alexy menciona a afirmação de Karl Larenz de que a aplicação das normas jurídicas trata-se da subsunção lógica sob premissas maiores formadas abstratamente, um dos poucos pontos em que existe acordo na discussão metodológica-jurídico contemporânea. A decisão jurídica que põe fim a uma demanda nem sempre segue logicamente aos enunciados das normas que pressupõe vigentes naquele momento em conjunto com aqueles enunciados que se supõe verdadeiros ou provados (ALEXY, 2011, p. 19-20).

Existem situações que, tais como a imprecisão da linguagem jurídica, não se sabe como fundamentá-las, que seriam: a possibilidade de conflito entre normas, de haver necessidade de regulamentação daquela norma, ou ainda hipóteses de casos especiais que contrariam a literalidade da norma, sendo um problema da metodologia jurídica, que pode ser resolvido por meio da interpretação.

Robert Alexy (2011, p. 104) parte de uma análise procedimental do discurso racional, que pretende evitar a ruptura racionalmente desmotivada da argumentação, assegurar a liberdade do juiz quando das escolhas bem como a liberdade do acesso, evitando-se

influências internas e externas do processo de busca do entendimento, a fim de garantir a prevalência do melhor argumento.

#### **1.4 A racionalidade das decisões judiciais e a teoria do discurso**

A questão da fundamentação racional das decisões judiciais no processo encontra amplo espaço em um Estado Democrático de Direito. A Constituição de 1988 mesma prescreve determinação para que as decisões judiciais sejam fundamentadas, sob pena de nulidade do processo:

Artigo 93. Lei Complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

.....  
IX – Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes

A exigência de fundamentação das decisões judiciais é uma garantia à sociedade de que o Poder Judiciário vai desempenhar o seu mister, de decidir as querelas que lhe são exibidas, com base nos princípios e regras estabelecidos por procedimento democraticamente erigidos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional. Não se trata de atuação apenas e tão somente de caráter jurídico, mas também de cunho político. De acordo com Habermas (2003, p. 43), por meio das decisões judiciais o Poder Judiciário exerce essa função política na prática das decisões judiciais: “No Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central. Dela participam, não somente partidos, eleitorado, corporações parlamentares e governo, mas também a prática de decisões dos tribunais...”.

Assim, não basta que as decisões sejam tomadas tão somente para se chegar a um resultado das pretensões levadas diante do tribunal. Para alcançar a função integradora da ordem jurídica e da legitimidade do direito, os juízos tem que agir simultaneamente com racionalidade em uma decisão consistente (HABERMAS, 2003, p. 246). As decisões consistentes tomadas com base no direito, e por este legitimadas, é tema que interessa não apenas aos estudiosos ou filósofos do Direito, mas sobretudo aos operadores práticos do Direito, ao cidadão que tem participação e interesse nas decisões da vida pública.

O problema da racionalidade da jurisprudência consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano esterno, fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção (HABERMAS, 2003.p. 247).

Uma pergunta que se pode fazer é saber com base em quais razões um juiz ou tribunal irá decidir uma demanda. Isso porque é possível que o juiz tome decisões com base nos seus próprios valores.

Em *Democracia e Desconfiança*: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade, uma obra que parte de uma análise das decisões judiciais da Suprema Corte norte americana, Ely (2010, p. 58) afirma que “embora o juiz (...) esteja propondo um método de identificação pretensamente impessoal e ‘objetivo’, o que ele terá mais chance de ‘descobrir’, que tenha plena consciência disso, quer não, são seus próprios valores”. Sustenta que os valores do juiz não são fontes das fundamentações das decisões judiciais, embora haja uma tendência da que isso ocorra. A pretensão de uma fundamentação das decisões vai buscar legitimidade das decisões judiciais em algo que está “do lado de fora”, que o autor sugere seja no direito natural, nos princípios neutros, na razão, na tradição e no consenso e no papel da Corte de definir e impor os valores corretos (ELY, 2010, p. 64).

Uma análise da *Teoria Discursiva do Direito* reconhece que a problemática em torno da interpretação da norma jurídica está relacionada à interpretação dos paradigmas de Direito, ou seja, da pré-compreensão de como se deve interpretar e de que forma se deve aplicar o Direito. A hermenêutica se vale das circunstâncias em torno da vida em sociedade dos indivíduos, que com o passar do tempo vai formando um arcabouço de padrões não desprezáveis; se serve de contextos históricos da atividade humana e da existência de modelos que simplesmente não podem ser alocados para um ponto de abstração, como se não estivessem relacionados com a atividade do intérprete da norma jurídica e a perspectiva humana. Nesse sentido, o posicionamento de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2001, p. 144), que entende que “o ser humano não pode abstrair-se de si mesmo, não pode fugir à sua condição de ser de linguagem: ‘paradigmas’, ‘mundos da vida’ compartilháveis, embora plurais, são condições para a interpretação, são condições de comunicação”. Segundo o autor, a atividade da interpretação jurídica não se detém tão somente na linguagem por meio da qual a norma se expressa ou naquela vontade que moveu aquele que editou a norma. Interpretar significa também, atribuir sentido ao que a norma comunica, tendo como plano de fundo as atividades habituais dos indivíduos, as tradições, o histórico das práticas da vida humana.

Assim, interpretar a norma não significa necessariamente procurar desvendar o verdadeiro ou o original sentido da sua mensagem, mesmo porque, não existe um método capaz de desvelar o “verdadeiro sentido” de uma norma jurídica, pois qualquer metodologia empregada com esse desiderato irá esbarrar na própria condição humana, dotada de imensa carga histórica.

Em busca de um pouco mais sobre a teoria do discurso jurídico visando uma teoria argumentativa ideal, capaz de proporcionar a melhor interpretação do direito, dos direitos e deveres dos indivíduos, em um contexto de um Estado democrático de direitos, dotado de toda carga política institucional e estrutural, não se deve ter como admissível que a interpretação tenha como ator apenas o respectivo juiz. No processo constitucional, a legitimidade da atividade judicial oscila entre a prática dos cidadãos, que participam do processo constitucional — Estado de Direito escorado na jurisdição e na atividade do legislador político e a Constituição — e a prática do juiz, que detém o conhecimento jurídico e apoia suas decisões em si mesmo. Presume-se nessa hipótese que o juiz esteja altamente preparado, por meio de seus conhecimentos e habilidades profissionais, ou mesmo por suas virtudes pessoais, a representar os cidadãos e a garantir a integridade da comunidade jurídica ao proferir suas decisões.

Precisamente a legitimação da análise unicamente monológica (Habermas) da interpretação do direito é o ponto em que encontra espaço a teoria da argumentação, que pretende ampliar as condições concretas do reconhecimento dos mecanismos de reflexão, o que vai exigir o empenho dos participantes desse processo, para aquilo que Habermas (2003, p. 280) chama da participação de uma “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”, ao invés de ancorar as perspectivas tão somente na pessoa do juiz, este que detém com privilégio o conhecimento da verdade.

Uma teoria da argumentação oferece opção ao argumento judicial soliptista para a construção de proposições normativas racionalmente válidas, um ponto de partida para uma fundamentação jurídico-normativa. Essa justificação externa de um processo cooperativo leva em consideração não só os ideais da decisão judicial, mas também a possibilidade da sua falibilidade prático-concreta. Para Habermas (2003), uma teoria discursiva do direito, que aceita a racionalidade dos juízos dos juizes com base em uma teoria argumentativa, apoia-se em um conceito de racionalidade procedimental das decisões judiciais para procurar a legitimidade além de uma dimensão lógico-semântica da construção dos argumentos, isto é, nos processos da dimensão prática do próprio processo de fundamentação lógica.

Ante exposto, a questão da hermenêutica jurídica como atividade racional de buscar o sentido das normas para fundamentar as decisões judiciais, não pode estar desvinculada das práticas humanas da vida dos indivíduos, como se fosse possível um processo de abstração normativa. Pelo contrário, deve estar legitimada por essas mesmas questões pragmáticas, que influem nos procedimentos judiciais, em que o juiz deve fundamentar suas decisões racionais no discurso jurídico argumentativo e não apenas nos seus processos cognitivos individuais.

## **2 DEMOCRACIA E DIREITO**

A relação entre o Direito e a democracia é tema que possibilita inúmeras discussões nos mais diversos campos do conhecimento. No campo das ciências jurídicas, poderia se dizer que o *Direito*, como ciência ou a Ciência do Direito, é um sistema de conhecimento em torno da realidade jurídica. Mas essa concepção do Direito é muito genérica e envolveria a análise de aspectos que vão desde o entendimento do próprio termo *ciência*, que inclui conhecimentos específicos e pode ter como variantes diferentes critérios, tal como o filosófico, o metodológico, e ainda os conhecimentos da História, da Sociologia, da Psicologia, todos exercendo de uma forma ou de outra influência nas ciências jurídicas.

No plano da *Democracia*, outros tantos campos da pesquisa se abrem com a possibilidade de influenciar na discussão, que incluem não só os aspectos acima descritos, relacionados ao estudo da Ciência do Direito, mas também a política em todas as suas formas de manifestação (institucional, estrutural, organizacional). Porém, não é a exploração dessas diversas perspectivas o que se pretende com este estudo. A ideia aqui é fazer uma abordagem do Direito como expressão democrática da vontade popular, consubstanciada por meio de uma Constituição que prevê e prescreve não só normas, mas também os procedimentos e mecanismos de aferição dos rumos pelos quais o Direito deve trilhar.

Partindo, então, da hermenêutica constitucional em busca da fundamentação das decisões jurídicas como manifestação da democracia no Estado (Social e) Democrático de Direito, tenta-se entender quais são os valores, os mandados, os critérios ditados pela Constituição no debate constitucional que contorna aquilo que venha a ser considerado (in)constitucional na teoria do controle judicial de constitucionalidade.



## 2.1 Direito, Estado de Direito e política

Por meio dos sistemas dos direitos, é possível explicitar sob que fundamentos os membros de uma sociedade politicamente organizada legitimam suas decisões jurídicas sem se basear em critérios puramente morais ou de ordem religiosa. Por meio do direito, o poder político funciona como pressuposto do qual depende a obrigatoriedade da normatização e da implantação das normas. As normas são, nesses sistemas de direitos, fruto da atuação política dos membros da sociedade, os quais expressam suas escolhas políticas que se instrumentalizam por meio das normas, que tanto pode se referir à estruturação dos governos quanto as disposições acerca dos direitos dos indivíduos. No plano teórico, a existência dos direitos fundamentais se justifica para uma comunidade de membros livres e iguais, mas a sua implementação, isto é, o reconhecimento recíproco desses direitos, depende de um poder político organizado.

No Estado de Direito, a Constituição funciona como elo entre o poder político e o direito em busca da efetivação dos direitos fundamentais. Os direitos subjetivos — por exemplo, o direito às liberdades subjetivas iguais — assumem nessa organização a feição de obrigatoriedade coletiva quando tomam a forma dos direitos fundamentais, impondo coercitivamente uma sanção legítima, a fim de impor o respeito às normas jurídicas. Todavia, o direito à proteção jurídica desses mesmos direitos subjetivos individuais depende de uma justiça imparcial e independente e esta por sua vez pressupõe a existência de tribunais organizados, que impõem coercitivamente suas decisões. Daí a necessidade da existência, no Estado de Direito, da estruturação do poder político.

A participação do Estado de Direito (poder político) nesse processo de fecundação dos direitos fundamentais foi apontada por Habermas (2003, p.171):

Tal dinâmica da auto-influência é acelerada através dos direitos de participação que fundamentam pretensões ao preenchimento de pressupostos sociais, culturais e ecológicos para um aproveitamento simétrico de direitos particulares de liberdade e de participação política.

Em síntese: O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos têm que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que têm que ser implementados. Tais aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para o sistema de direitos, e sim, *implicações* jurídicas objetivas, contidas *in nuce* nos direitos subjetivos. Pois o poder organizado politicamente não se achega ao direito como que a partir de fora, uma vez que é *pressuposto* por ele: ele mesmo se estabelece em forma do direito. O poder político só pode desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais.

É essencial a participação dos cidadãos no processo de positivação política dos direitos fundamentais, que se dá quando o Estado de Direito cria condições para a realização de iguais pretensões no processo legislativo democrático, o qual por sua vez depende da política para a sua implementação.

A atuação política no Direito também é verificada na aplicação da justiça. Falando a respeito da atuação política na Grã-Bretanha, Dworkin ( 2001, p. 5) menciona diversos casos em os juízes tiveram que tomar decisões jurídica com fundamento em questões políticas, tal como em *Charter e Dockers*, em que a Câmara dos Lordes interpretou a Lei das Relações Raciais de tal modo que as associações políticas não fossem obrigadas pela lei a não discriminar os negros. No caso *Shaw*, a mesma câmara confirmou condenação do editor de um guia de prostitutas, sustentando que ele cometera crime no *Common Law* consistente em conspiração para corromper a moralidade pública, mesmo não existindo nenhuma lei que dispusesse nesse sentido. Em um caso mais antigo, *Liversidge x Anderson*, a Câmara dos Lordes foi a favor de numa decisão de um ministro que, na Segunda Guerra Mundial, determinou a prisão de uma pessoa sem o devido julgamento.

Considerando Direito e Política estão inteiramente ligados no Estado de Direito, no próximo item será abordada a atuação da jurisdição constitucional levando-se em conta a questão democrática, numa análise da atuação do juiz quem a Constituição como parâmetro para a interpretação das normas.

## **2.2 Jurisdição constitucional e a questão democrática**

As querelas que contornam a compreensão do juiz sobre o sentido que se deve dar às normas da Constituição se encontram no campo da jurisdição constitucional. A jurisdição constitucional consiste em buscar o equilíbrio entre democracia e Constituição, para permitir o desenvolvimento das sociedades modernas, tendo por lado a vontade da maioria e na outra a limitação do poder político.

O Estado Democrático de Direito instrumentaliza a concretização dos princípios e valores esculpidos na Lei Maior em respeito aos direitos fundamentais. Entretanto, existem direitos que não existem por força da expressão da maioria; são os direitos naturais, inerentes à própria existência humana, que por meio de processo de positivação nos textos constitucionais modernos, permite que a Constituição seja reconhecida como Lei Superior em relação às demais leis.

Nos Estados Unidos, o assunto que envolve a controvérsia em torno da democracia e a Constituição foi objeto de reflexão por John Hart Ely (2010, p. 3), que ensina que duas correntes têm prevalecido. De um lado da disputa encontram-se os interpretacionistas, que entendem que o juiz deve limitar-se a fazer cumprir os mandados explícitos ou implícitos contidos claramente na Constituição. Do outro lado encontram-se os não-interpretacionistas, para os quais os tribunais devem ir além do conteúdo expresso ou implícito no texto constitucional e fazer cumprir as normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento. Ambos os lados concordam que o ponto de inferência das premissas não pode ser encontrado no texto da Constituição, daí a necessidade da interferência do juiz; ambos os lados defendem que agem de acordo com os fundamentos democráticos de uma Constituição escrita.

A questão é que no federalismo norte-americano, fruto da separação clássica de poderes do Estado, no controle de constitucionalidade das leis (*judicial review*), como pode o poder judiciário, que não foi eleito pelo povo e não tem responsabilidade política, ditar ao legislativo de que forma se deve governar (politicamente)? Essa questão tem grande peso no constitucionalismo norte-americano, porque aquele país nasceu envolto no ambiente de uma democracia representativa, fruto do liberalismo, cuja Constituição foi ratificada pelo próprio povo, por meio de convenções populares eleitas em cada estado. Mas, até que ponto a teoria democrática se realiza como governo das leis, expressão da força majoritária, e de outro lado, até que ponto a ideia liberal presente no Estado Democrático de Direito limita a atuação do poder político?

A matéria gira em torno da legitimidade do direito para decidir questões constitucionais. O “argumento democrático” é relevante, pois, segundo Dworkin (2001, p. 17), os “juizes políticos” não são eleitos pelo povo para essa função, não possuem mandatos com a característica da periodicidade. Desta forma, não podem expandir o repertório legal através do ativismo judicial porque essa tarefa foge do controle popular.

### **3 LEGITIMIDADE DO DIREITO: O EMBATE ENTRE PROCEDIMENTALISMO E SUBSTANCIALISMO**

O embate acerca do papel da Constituição como força normativa tem proporcionado acaloradas discussões. Esse tema salienta o papel decisivo da jurisdição constitucional, que tem como objeto a análise da relação da Constituição com a democracia.

No debate constitucional, os interpretacionistas entendem que as decisões judiciais devem ter como base o pensamento original daqueles que elaboraram a Constituição, que deixaram como legado uma espécie de *conteúdo* moral, do qual qualquer interpretação do direito, que difere desse conceito, é compreendida como inconstitucional. Por outro lado há os não-interpretativistas, aqueles que entendem que os tribunais controlam a legislação por meio de opções valorativas do conteúdo da Constituição, que só se revela por meio de *procedimento* que instaura o direito e lhe dá legitimidade. Os primeiros (substancialistas) se sustentam na força material da Constituição, que dita os valores e vontades da maioria, o que fortalece a relação Constituição-democracia. Para os segundos (procedimentalistas), esse é o problema do substancialismo, que retira legitimidade da jurisdição constitucional.

Segundo Streck (2014, p. 91), defensor das teorias materiais-substanciais da Constituição, no Brasil há um número considerável de juristas que se contrapõe ao procedimentalismo e defendem uma atuação mais direta e efetiva da justiça constitucional, um ativismo judicial baseado na realização dos direitos materiais previstos na Constituição, uma questão que ressalta a necessidade de superação da crise da inefetividade da Constituição e da omissão dos poderes públicos na realização das políticas públicas. Por outro lado, as teses procedimentalistas ganham terreno ao apontar o processo de judicialização da política pregada por setores mais afetos aos direitos substanciais contidos na Constituição. Para o autor, não há dúvida de que o substancialismo reforça a força normativa da Constituição na concretização dos direitos fundamentais-sociais, principalmente em países latino-americanos, cujo “caldo de cultura político-institucional” requer um controle mais de perto do processo interpretativo da Constituição em prol da proteção dos direitos fundamentais.

Dentre os juristas e filósofos estrangeiros, existem adeptos para as duas correntes. Entre os substancialistas podem ser destacados as figuras de Ronald Dworkin, Robert Alexy e John Rawls. Dentre os procedimentalistas podem ser destacados Habermas e John Hart Ely.

Dessa forma, far-se-á uma análise, descrevendo os principais fundamentos de ambas as correntes, fazendo um aporte entre a hermenêutica e a democracia.

### **3.1 A teoria substancialista**

Quando os juízes decidem casos controversos que ressaltam os aspectos constitucionais, é preciso saber até que ponto suas decisões devem ser políticas em algum sentido. Não se refere a influência de tendências político-partidárias contingentes, mas sim

que em determinados casos que envolvem assuntos constitucionais, p. ex., a questão da igualdade ou da colisão de direitos fundamentais, a adoção de um ou outro posicionamento terá reflexos políticos. Os Tribunais Constitucionais decidem questões políticas por meio da legislação. Mas, qual seria o fundamento da tomada da decisão? Como buscar nas decisões judiciais a legitimidade do direito?

Dworkin (2001, p. 4) indaga se os juízes devem decidir casos utilizando-se de fundamentos políticos, pois defende que os juízes não deveriam agir assim. O autor cita que na Grã-Bretanha os juízes têm tomado decisões sob fundamentos políticos, embora se esforcem para dar a impressão de que as decisões foram tomadas levando-se em conta aspectos apenas técnico-jurídicos. Nos Estados Unidos o debate em torno da fundamentação política das decisões dos juízes ocorre de maneira mais incisiva ainda entre os estudiosos do direito, e não somente nas decisões da Suprema Corte ou nas decisões dos tribunais estaduais. Para sustentar seu substancialismo principiológico, Dworkin faz distinção entre argumentos de *princípio* político e argumentos de *procedimento* político; o primeiro recorre aos direitos políticos dos cidadãos e o segundo promove o bem-estar da sociedade. Para o autor, os juízes devem basear seus julgamentos no princípio político, deixando de lado a via do procedimento.

Habermas (2003, p. 262) faz uma análise da legitimidade do direito do ponto de vista de Dworkin, que pretende fundamentar as decisões judiciais a partir do contexto racional do direito coerentemente construído, em que os argumentos substanciais estabelecem racionalmente os motivos dos participantes do jogo argumentativo. Diante da possível colisão entre regras, os princípios justificam a escolha da norma adequada. No caso da colisão, por exemplo, entre direitos fundamentais e princípios do Estado de Direito, para Dworkin há que se preservar o conteúdo normativo dos dispositivos. Esses princípios, juntamente com determinações de objetivos políticos do legislador que com eles combinam, justificam normativamente o direito vigente.

Com evidente fundamentação interpretativista, nesse aspecto, Habermas explica que Dworkin faz referência a uma *teoria do direito* e não a uma *teoria da justiça*. Para ele: “a tarefa não consiste na construção filosófica de uma ordem social fundada em princípios de justiça, mas na procura de princípios e determinações de objetivos válidos, a partir dos quais seja possível justificar uma ordem concreta em seus elementos essenciais” (Dworkin *apud* HABERMAS, 2003, p. 263). Habermas se opõe a esse raciocínio e justifica que a indeterminação interna do direito não se encontra na estrutura do próprio direito, e sim da contrariedade dos juízes em desenvolver a melhor teoria possível em vista de uma aversão a uma reconstrução racional do direito (HABERMAS, 2003, p. 266).

### 3.2 A teoria procedimentalista

Segundo Alexy (2010, p. 77-78), para se compreender a *teoria procedimental* é preciso partir do conceito de razão prática e da teoria argumentação jurídica racional. Para tanto, parte-se da concepção do conceito de argumentação prática geral para então se deslocar para uma argumentação racional prática. A teoria do discurso racional propõe que uma declaração normativa é correta ou verdadeira quando ela pode ser o resultado de um determinado do discurso racional. Ocorre que, o resultado do procedimento possui variações muito distintas de acordo com a participação dos indivíduos no processo e conforme as exigências do procedimento. Um modelo não suscetível ao raciocínio procedimental é o adotado por Rawls que, para a escolha do que ele chama de justiça, parte-se da “descrição da posição original”, isto é, o ponto de vista da pessoa imparcial selecionada no meio social. No entanto, o próprio Rawls (2002, p. 212-214) considera que a avaliação de leis e políticas justas parte da adoção de procedimentos, o que ele chama de *justiça procedimental*, isto é, a tomada de decisões políticas justas pelos cidadãos para escolha pela maioria das leis que devem ser aceitas ou rejeitadas. Na prática, porém, qualquer procedimento factível de escolha política pode produzir resultado injusto. Por isso, Rawls é contrário à ideia de teoria procedimental. A teoria do discurso racional, ao contrário, como modelo argumentativo, é suscetível às mudanças propostas durante o *procedimento*. Tal modelo de teoria discursiva é criticado por Alexy por faltar, dentre outros — verdade e utilidade — fundamentação das regras e princípios do discurso (ALEXY, 2010, p. 87).

Por outro lado, defendendo a teoria do discurso jurídico, Habermas (2003, p. 280-281) sustenta uma análise argumentativa dos direitos baseada nos procedimentos que conduzem à justiça. Entende que nas sociedades complexas as relações de reconhecimento entre os participantes só se produzem por meio do agir comunicativo, em que o direito age de maneira abstrata. Entretanto, o autor sustenta que é possível ampliar as condições concretas de reconhecimento recíproco entre os participantes por meio da prática procedimental de argumentação em busca de uma teoria do direito não limitada ao acesso lógico-semântico do discurso jurídico ou de uma dogmática do direito. A teoria discursiva do direito analisa a prática racional dos juízos dos juizes levando em consideração os argumentos e a estrutura dos processos argumentativos, uma sustentação de natureza procedimental, que não se limita à dimensão lógico-semântica da construção dos argumentos, mas se legitima também na dimensão pragmática do próprio processo de justificação.

A jurisdição constitucional deve agir como instrumento de defesa dos procedimentos democráticos, que salienta o princípio a separação de poderes ao estabelecer a distribuição de competência entre aqueles que foram eleitos democraticamente pelo povo e o Poder Judiciário. A poder político compete a função político-legislativa e ao judiciário a manutenção do regime democrático por meio dos procedimentos. Não é função da Corte a ditar dos valores materiais constitucionais da sociedade, baseados em princípios substantivos, porque aí estaria atuando de forma irracional e autoritária, mas sim adotar processos democráticos de resguardo da ordem política, o que se faz mediante os procedimentos da lei. Não se deve ignorar o pluralismo de uma sociedade democrática, sob pena da perda de legitimidade.

A justificação procedimental do direito, desvinculada do sentido substancial do texto original, também é defendida por Ely (2010, p.18) que, ao interpretar a Constituição norte-americana de 1787, diz que ela possui dispositivos que obrigam o intérprete a ir além do sentido literal das disposições. O autor menciona diversos exemplos<sup>2</sup> em que o interpretacionismo desvirtuaria a correta compreensão das disposições da Constituição, p. ex., o caso da 8ª Emenda que proíbe as penas cruéis e não habituais. Segundo Ely, não se deve ter em mente apenas o que se entendia por penas cruéis e não habituais em 1791, porque tal forma de apreciação parece não se coadunar com o caráter aberto da linguagem expressa no texto constitucional. A Suprema Corte deve agir como “ativista” (ou intervencionista) para garantir a democracia mediante os processos da lei e não se ater apenas aos ditames substanciais da Constituição original.

## CONCLUSÃO

Depois de ter percorrido alguns caminhos nesta breve reflexão acerca da fundamentação das decisões judiciais e a questão democrática, foi possível por inferência estabelecer alguns pontos-chaves.

---

<sup>2</sup> O autor cita como exemplo a cláusula da 1ª Emenda, que trata da proibição da restrição à liberdade de expressão, ou a cláusula do devido processo legal, da 14ª Emenda, que determina que nenhum estado poderá “privar uma pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”. A interpretação procedimental desses dispositivos está relacionada aos “processos da lei” e isso se opõe à ideia do devido processo substancial, apegado à interpretação material da forma como foi elaborada a Constituição. Outro exemplo claro do não-interpretacionismo é citado pelo autor na p. 100-101 da mesma obra, e está expresso na nota de rodapé do caso *Carolene Products*, cujos fundamentos da decisão expõem de início uma análise substancial da Constituição, que parece reconhecer uma “proibição específica da Constituição” tal como as dez primeiras emendas. Em seguida a decisão da Corte vai no sentido de que é preciso algo mais, que “é função da Corte manter a máquina do governo democrático funcionando como deveria, garantir que os canais de participação e da comunicação políticas permaneçam abertos”.

A interpretação é algo intrinsecamente ligado a ciências jurídicas. A hermenêutica como ciência da interpretação, historicamente representa o dom de conduzir e revelar o sentido das palavras. A tomada de decisões jurídicas necessariamente passa pela interpretação da norma e do direito em busca de argumentos de justificação.

A questão da fundamentação das decisões jurídicas é de tal importância que ocupa importante espaço na *teoria da argumentação jurídica*. Isso porque nem sempre a decisão jurídica oferecerá objetos claros e evidentes para manuseio do juiz. A imprecisão da linguagem reclama a interpretação adequada, o que se faz mediante o emprego de métodos que pretendem evitar a ruptura desmotivada da argumentação e permitir ao juiz a adequada escolha.

A necessidade constitucional da fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, IX, da Constituição) é corolário de um Estado Democrático de Direito, em que o juiz deve agir de maneira racional na tomada de decisões consistentes. É preciso saber com base em que razões um juiz ou tribunal irá decidir uma demanda, ou de outra forma, quais os elementos de que deve se valer para a correta interpretação da norma constitucional.

Uma decisão racional, fundamentada no discurso argumentativo-jurídico, possibilita a escolha da decisão adequada, que não deve ter como ator apenas a figura individual do juiz, que detém o conhecimento dos fatos e do direito. A fundamentação jurídico-normativa vai envolver proposições normativas racionalmente válidas, não desvinculadas das práticas históricas da vida dos indivíduos.

Direito e democracia se utilizam da Constituição para buscar os seus fundamentos, de modo que a hermenêutica constitucional seja a expressão da manifestação da democracia em um Estado Democrático de Direitos.

A jurisdição constitucional realiza a tarefa de estabelecer o elo entre o direito e a política, em especial na implementação dos direitos fundamentais e fazer cumprir os programas de políticas públicas que carecem de eficácia. Os direitos subjetivos impõe ao Estado de Direito a obrigatoriedade do respeito às normas constitucionais. Nesse desiderato, a questão democrática serve de balizamento para atuação da jurisdição constitucional, que ao mesmo tempo não deve se distanciar da função que lhe atribui a divisão de poderes.

Em busca da legitimidade do direito, a jurisdição constitucional se serve de duas correntes para fundamentar as decisões judiciais: de um lado se encontra o *substancialismo* e do outro o *procedimentalismo*.

A teoria substancialista, cuja defesa se encontra em Dworkin, sustenta que os juízes devem decidir as querelas constitucionais utilizando-se de fundamentos de princípio político.



Com escora do direito da Grã-Bretanha e dos Estados Unidos, essa tese vai buscar nos mandados materiais da Constituição a legitimidade para a promoção dos direitos políticos do cidadão, cujo conteúdo normativo dos dispositivos da Constituição estabelece racionalmente os motivos justificantes dos participantes do jogo argumentativo.

A teoria procedimentalista, que tem Habermas o seu escudo protetor, vai buscar na racionalidade da argumentação jurídica a ideia de que a defesa da Constituição se encontra no agir comunicativo dos participantes do jogo argumentativo, que só se desenvolve por meio da prática procedimental da argumentação não limitada ao sentido lógico-semântico do conteúdo dos ditames substanciais da Constituição.

Uma e outra tese encontra adeptos dentre os juristas e filósofos do Direito. Ambas sustentam a questão democrática como fundamento de suas proposições. Tanto uma quanto a outra se utilizam da teoria da argumentação jurídica para se impor.

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da argumentação jurídica*. 3ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Processual Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ELY, John Hart. *Democracia e Desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2 ed., São Paulo: Atlas, 1980, p. 69.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e validade*. Vol I, 2 ed., Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6 ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998

LEMOS, Roberta. A jurisdição constitucional e seu papel fundamental em um Estado Democrático de Direito. IN: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs). *Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 209-218.

PULIDO, Carlos Bernal. *El derecho de los derechos: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 2 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Hermenêutica e distanciamento: uma narrativa historiográfica. IN: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (Orgs). *Constituição e Processo: A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 57-80.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2014