

# 1

## Teorias da Interpretação Jurídica no Brasil: Análise sob a Perspectiva Institucional

### 1.1

#### Introdução

As teorias da interpretação jurídica desenvolvidas no Brasil e no exterior nem sempre se comunicam ou trabalham adequadamente com a teoria constitucional. As teorias constitucionais ou teorias da constituição, por sua vez, apesar de trabalharem inicialmente com a ciência política, reconhecendo estar o Direito Constitucional numa zona em que atuam direito e política, na sua conclusão, muitas vezes, indicam uma forma de proceder (com a Constituição) que desconsidera justamente a ciência política e a zona em que o Direito Constitucional se encontra. Como constatou Stephen Griffin, os cientistas políticos contribuem bastante para o direito, os juristas, entretanto, não retribuem o favor.

Certamente contribui para esse paradoxo o fato de os teóricos da constituição tenderem a responder o que deve ser e o que é o Direito Constitucional (idealmente identificado) e como ele deve ser (idealmente) aplicado. Quando se busca a aplicação ideal de algo, é comum deixar escapar detalhes da realidade que poderiam comprometer essa busca. Ou seja, não são incluídos na reflexão fatos e peculiaridades imprescindíveis à utilidade prática da teoria.

Existem questões anteriores ao Direito Positivo que influenciam decisivamente na resposta à pergunta "como devo aplicar a lei?". O mundo real possui características capazes de fazer com que a aplicação da lei chegue a um resultado totalmente diverso, e mesmo contrário, ao pretendido "pela mesma" ou com a mesma. Entre essas características, existiriam duas que sobressaem: a limitação da *capacidade interpretativa* da instituição que irá aplicar o Direito e o desconhecimento dos *efeitos sistêmicos* da sua decisão, tanto em relação à aplicação do Direito em si quanto em relação ao comportamento das demais

instituições responsáveis por produzir e aplicar o Direito. Estão ligadas ao limite da razão e à incerteza.

Por esse motivo, afirma-se não ser possível uma aplicação do Direito que possa ser considerada *a correta* ou *ideal*, ainda que aplicada a técnica de interpretação tida como *a correta*. Um juiz pode ter a capacidade de interpretação de uma determinada norma, em virtude da limitação da sua razão (como ser humano que é), de ser um generalista, e/ou em virtude da sua limitação de acesso a dados, inferior à de um administrador público. Nesse caso, ao adotarem sinceramente a mesma teoria da interpretação, ainda assim, este último aplicará um melhor Direito do que o primeiro, qualquer que seja a teoria de melhor direito que é adotada. Conclui-se, portanto, que deve ser buscada a segunda melhor decisão, tendo em vista que a *decisão correta* ou *ideal* não tem como ser alcançada. Deve-se investigar qual o método para se conseguir a melhor *decisão viável*. Na hipótese da aplicação do Direito, a segunda melhor decisão. A segunda melhor decisão diz respeito a perguntas do tipo "qual é a instituição capaz de melhor aplicar o Direito?", "qual teoria da interpretação deve ser usada diante dos limites da razão, da capacidade interpretativa da instituição responsável por aplicar o Direito na hipótese e dos efeitos sistêmicos que decorrerão desta aplicação?".

Voltando ao ponto levantado inicialmente: a necessária relação da *teoria da interpretação* com a *teoria constitucional*. A teoria da interpretação defendida por um estudioso necessariamente dependerá de sua concepção acerca do constitucionalismo, de como entende ser aplicável a constituição.<sup>51</sup> Por isso, defendemos que primeiro é preciso concluir a respeito da teoria da constituição que será adotada para, somente depois, poder traçar ou adotar uma forma de interpretação jurídica. Ao menos é preciso haver uma correlação entre ambas.

Também por esse motivo, no Capítulo 3, primeiro faremos uma análise da teoria da constituição e do Direito Constitucional para, somente depois, adentrarmos na questão da interpretação jurídica, de maneira que as conclusões a respeito de um interferirão nas do outro, chegando-se a um resultado coerente.

---

<sup>51</sup> Quanto à interpretação constitucional, conferir, por todos, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 143): "Importante é ter em mente que a tarefa da interpretação constitucional irá variar de acordo com o enfoque acerca da função da Constituição e de seu guardião na vida política do país. E não há discussão *metodológica* que prescindia dessa *discussão de base*".

Exemplificando. Caso um teórico entenda que a constituição é aplicável a todo o Direito, que a legislação infraconstitucional deve ser sempre conformada às normas constitucionais (inclusive os princípios constitucionais) pelo seu aplicador, e não apenas aplicado pelo legislador quando da confecção desse Direito, a sua teoria da interpretação apenas conseguirá desenhar um método de aplicação da lei muito abrangente e bastante abstrato, com diretrizes muito largas ou frouxas, tanto que nenhum ser humano seria capaz de aplicá-lo de maneira integral ou correta. Chamá-lo-emos de teóricos pós-positivistas. Não é sem motivo que Ronald Dworkin, reconhecido teórico que tenta explicar como funciona a sua aplicação, procura dar normatividade e cientificidade à aplicação dos princípios jurídicos, utiliza-se de um elemento contrafactual para demonstrar a aplicação de sua teoria da interpretação: o juiz Hércules, o juiz sobre-humano. Famoso por defender a existência da *decisão correta*, Dworkin, entretanto, reconhece a impossibilidade de alcançá-la, em virtude da complexidade e volume do trabalho necessário. Mas, como ela existe, defende que o homem (juiz) deve fazer de tudo para alcançá-la.<sup>52</sup> Esse raciocínio permeia a obra de diversos teóricos da interpretação jurídica, inclusive a de autores positivistas.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> Dworkin vislumbra uma continuidade na história dos EUA, que se traduz, em sua teoria, na obrigação de o juiz ajustar a sua interpretação "às práticas e à história americana e ao resto da Constituição" (DWORKIN, 1996, p. 11). Dworkin (1991 e 2003) considera que qualquer fato seria jurídico, uma vez que o juiz pode captar qualquer fenômeno da sociedade e colocar na elaboração da fundamentação de sua decisão, numa *interpretação narrativa*. Narrativa porque, para Dworkin, não é possível interpretar o Direito sem levar em conta as interpretações que já foram feitas. Utiliza a interpretação que deve ser feita sobre um romance produzido por vários autores sucessivamente, cabendo ao último a conclusão do mesmo, para explicar a afirmativa anterior (DWORKIN, 2005, pp. 235-242). Ou seja, Dworkin desenvolve a teoria do *romance em cadeia*, em que afirma que o direito se assemelha à literatura, uma vez que várias instituições, ao longo do tempo, dedicam-se a interpretá-lo e produzi-lo no plano concreto, sucessivamente – cada aplicador do direito o recebe com as interpretações e aplicações feitas anteriormente, tendo sempre que iniciar sua interpretação a partir das interpretações já feitas (sobre o que é o direito). Daí a expressão "direito como integridade", justamente o que exige e possibilita uma "interpretação moral" da Constituição" (DWORKIN, 1996).

<sup>53</sup> Considerado por muitos o maior estudioso brasileiro de interpretação jurídica, Carlos Maximiliano, apesar de juspositivista e de não ter tido contato com a obra de Dworkin, por ser anterior, tinha uma ideia, influenciada pela obra de Rudolf Von Ihering, Hans Kelsen e Herbert Spenser, semelhante à de Dworkin quanto à produção e a evolução do direito e quanto ao papel do aplicador da lei: "Prova de que o indivíduo influi em escala reduzida no desenrolar dos fatos sociais, ressalta de não se deter a marcha vitoriosa de um exército, nem retardar o progresso vertiginoso de um grande país, após o traspasse de um chefe aparentemente insubstituível. Por outro lado, o homicídio de um déspota não faz raiar a liberdade; o revolucionário sincero de hoje será o descontente de amanhã, pelo contraste entre as promessas de oposicionistas e as realizações de triunfadores. Também a ciência do Direito abrange um conjunto de fenômenos sociais; como a História, deve atender menos ao esforço do homem isolado do que à ação complexa da coletividade" (MAXIMILIANO, 1965, p. 32). E continua: "o legislador não tem personalidade

Embora com técnica e bases diversas, Robert Alexy também segue a linha pós-positivista, ao desenvolver a *teoria dos direitos fundamentais* (ALEXY, 2006). Alexy vê importância na aplicação dos princípios jurídicos pelo aplicador do Direito e cuida justamente do ponto mais sensível, inclusive para os positivistas da atualidade: os princípios jurídicos relativos a direitos humanos. Desenvolve um método para a aplicação desses princípios, alerta que eles só devem ser aplicados pelos juízes para sustar o efeito de uma legislação caso seja possível demonstrar racionalmente sua aplicação. No pós-escrito da sua obra citada, reconhece a possibilidade de abusos e desvios pelo aplicador da lei que faz uso de princípios jurídicos<sup>54</sup> para conformar o Direito Posto.<sup>55</sup> Reconhece a complexidade e enormidade da tarefa do intérprete no caso de aplicação ampla das normas constitucionais abstratas sobre toda a legislação. Por isso, Alexy adota uma terceira via. Nem deixa os princípios constitucionais nas mãos apenas dos legisladores, nem os aplica de modo absoluto a toda a legislação infraconstitucional: coloca as normas constitucionais como sendo uma *ordem-moldura*, que estabelece os limites do legislador, que deve e pode ser aplicado pelo juiz, o qual, inclusive, poderia invalidar a legislação caso esse marco fosse

---

física individual, cujo pensamento, pendores e vontades se apreendam sem custo. A lei é obra de numerosos espíritos, cujas ideias se fundem em um conglomerado difícil de decompor. (...) O Direito Positivo é o resultado de ação lenta e reação oportuna. O ambiente age sobre a inteligência, moderando-a, imprimindo-lhe caracteres determinados; afinal o indivíduo reage sobre a natureza, dominando-a, por sua vez, com a sua atividade modificadora, transformadora, indiscutivelmente eficiente. A natureza humana amolda as instituições jurídicas; por sua vez estas reagem sobre aquela; dessa influência recíproca afinal resulta o equilíbrio almejado, uma situação relativamente estável." (MAXIMILIANO, 1965, pp. 39 e 33). Portanto, a ideia de linearidade ou continuidade histórica do direito, "direito como integridade", para usar a expressão de Dworkin, não é exclusiva dos pós-positivistas. Pelo contrário, ela foi desenvolvida por positivistas.

<sup>54</sup> Robert Alexy (2006, p. 579): "O que se deve indagar é se a teoria dos princípios leva, de fato e necessariamente, a uma ordem-fundamento no sentido dado por Böckenförde ['uma ordem jurídica fundamental de toda a comunidade', em que 'todos os princípios jurídicos e possibilidades de harmonização para a conformação do ordenamento jurídico já estão *in nuce* contidos na própria constituição], uma ordem que exclui toda e qualquer liberdade do legislador. (...) A partir dessa base, a teoria dos princípios é uma vítima fácil. Se ela necessariamente conduz a uma constituição na qual a totalidade da ordem jurídica já está contida, então, a teoria dos princípios condena o legislador – sob o controle do Judiciário – a apenas declarar aquilo que já foi decidido pela constituição. A 'liberdade de conformação política do legislador' seria, assim, eliminada totalmente, por meio de uma 'pressão otimizada jurídico-constitucional', o que seria incompatível com os princípios do parlamentarismo democrático e da separação dos poderes". *Idem*, pp. 581-582: "Diante disso, toda e qualquer discricionariedade [do legislador e do administrador público] é eliminada. Não pode haver dúvidas de que uma tal inexistência de discricionariedade contradiria o princípio da competência decisória do legislador [e administrador público] democraticamente legitimado. Se a objeção de Böckenförde (...) fosse correta, então, a teoria dos princípios seria atingida no coração". (grifou-se).

<sup>55</sup> Na expressão de Eros Grau (2003).

desrespeitado – e caso o magistrado conseguisse provar racionalmente o desrespeito a esse limite, usando-se da técnica indicada por Alexy, na fundamentação de sua decisão.

Esses dois autores ilustram bem o reflexo que a concepção de constituição tem sobre a obra do teórico da interpretação jurídica. Ilustram também o risco e limites da *teoria dos princípios jurídicos*: pode levar, não necessariamente no limite, ao compadecimento da base do estado democrático de direito, ou seja, a democracia e a separação dos poderes, gerando deficiência no sistema constitucional, diminuindo a concretização e defesa de direitos ao invés de incrementá-los.

É possível extrair ainda da obra de Dworkin e Alexy, justamente em virtude da honestidade intelectual desses autores, três problemas ou limitações recorrentes em teorias que aceitam a invalidação de legislação ou criação de Direito com base em princípio, ainda que restrito apenas aos princípios mais elementares, ou seja, aqueles que informam os direitos humanos. O primeiro seria a desconsideração do Legislativo e da Administração Pública, de suas prerrogativas constitucionais e capacidade institucional na aplicação da constituição e legislação em geral. O segundo seria a previsão de apenas um método de interpretação – até porque seu objetivo é debater a respeito da "melhor decisão" – que deve ser aplicado por quem quer que seja: juiz, servidor público em geral, cidadão, legislador etc., não importando as diferentes capacidades de interpretação possuídas por cada um deles. O terceiro problema, e difícil de contornar, é o fato de que, ainda que se limitem os princípios que poderiam levar à invalidação ou à criação de Direito aos que garantam direitos humanos (constituição como "ordem-moldura", em Alexy; distinção entre questões de princípios morais e questão de política, em Dworkin<sup>56</sup>), por serem muito abstratos e por si vazios de conteúdo,<sup>57</sup> o intérprete

---

<sup>56</sup> Cf. Dworkin (1991, pp. 22 e ss. e 90 e ss). Dworkin, para evitar que sua teoria transformasse a Constituição em uma ordem fundamental, faz a distinção sobre quais hipóteses seria cabível o *judicial review* (a jurisdição constitucional) com base em princípios. Afirma que ele seria cabível quando estivesse em questão direito individual (*questões de princípios morais*), devendo o Judiciário ser deferente aos poderes políticos nas *questões de política*, ou seja, quando estabelecido um objetivo coletivo. Neste último caso, ele reconhece, não seriam aplicáveis os princípios jurídicos nem seria possível um controle racional por parte do Judiciário, tendo em vista que a sua lógica é a da democracia (vontade da maioria ou *princípio majoritário*), um tipo de racionalidade que o Judiciário não teria como desenvolver (ou desenvolver a contento).

<sup>57</sup> Cf. Robert Alexy (2000). Em relação ao princípio da razoabilidade, cf. Thomas da Rosa Bustamante (2005, p. 242).

acaba tentado a estendê-los a todas as searas do direito, promovendo a temível "constituição ordem-fundamental":<sup>58</sup> as normas infraconstitucionais sempre poderão ser anuladas pelo Judiciário sob o argumento de que desrespeitaram algum princípio constitucional que garanta direitos fundamentais. Caso os estudiosos concluam que é possível esse tipo de interpretação do direito, baseada em princípios, capaz de encontrar a resposta na "integralidade" do direito, para usar uma expressão de Dworkin, farão com que seus aplicadores – todos eles, e não apenas os juízes ou juízes da Corte Suprema – esforcem-se e digam que conseguem justificar racionalmente tal interpretação jurídica, embora, na verdade, não o consigam. Diante dessa constatação, a proposta pós-positivista do direito tende a ter o efeito inverso ao que pretende, pois diminui a previsibilidade do Direito e aumenta a usurpação das competências do Legislativo e da Administração Pública pelo Judiciário, gerando um Direito ruim e antidemocrático.<sup>59</sup>

Sugestiva, a parábola do alfaiate que costurou uma roupa para o rei. O material, dito mágico pelo alfaiate, só podia ser visto por quem fosse inteligente. Na verdade, não havia roupa alguma e o rei ficou nu. O rei, embora tolo, não podia admitir sê-lo, ainda mais em virtude do cargo que ocupava. Praticamente todos os súditos, até os mais humildes, afirmavam ver a roupa do rei, porque não queriam ser taxados de tolos. Se o mais humilde servo não admite ser visto como tolo, o que dirá o jurista. Essa passagem talvez seja capaz de explicar parte do sucesso das teorias pós-positivistas no Brasil e o porquê dos problemas gerados em razão de sua aplicação.<sup>60</sup> Como já dito, esse último problema é enfrentado também pelos positivistas ou neopositivistas.

Esse fato reforça a assertiva de que não é possível a aplicação ideal do Direito, não é possível chegar-se à decisão jurídica ideal. A primeira melhor decisão (qual a melhor decisão jurídica na hipótese e qual técnica interpretativa

---

<sup>58</sup> Aquela que interfere no conteúdo de todas as normas infraconstitucionais, não permitindo discricionariedade nem ao administrador público, nem ao legislador na criação do Direito infraconstitucional.

<sup>59</sup> Não é demais lembrar que o pós-positivista apenas admite a substituição de uma regra legal pela concretização de um princípio com ela colidente no caso de demonstração racional do conteúdo do princípio e da referida colisão. Caso contrário, haveria, também para eles, uma usurpação indesejável da competência dos Poderes políticos pelo Judiciário ou juristas (ALEXY, 2006, p. 579 e seguintes; ATIENZA, 2009).

<sup>60</sup> Quanto aos problemas gerados, confira, por todos, José Ribas Vieira (2009, 2010 e 2011) e Humberto Ávila (2009).

leva à decisão correta ou ideal) não é viável, alcançável. Portanto, a saída é buscar a segunda melhor decisão: diante das peculiaridades das instituições responsáveis pela aplicação do Direito, qual técnica de interpretação jurídica é a melhor para gerar uma aplicação do Direito correta ou adequada por cada uma delas?

Na busca pela segunda melhor decisão, não se deve esquecer do ensinamento econômico: na economia, a ideia do "segundo melhor" (*second-best*) mostra que, quando a eficiência perfeita não é possível, a eficiência não é necessariamente maximizada pelo esforço em alcançar o melhor (o ideal) no máximo possível; o segundo melhor resultado (o melhor resultado possível, no caso) pode ser obtido afastando-se das condições que permitem a máxima eficiência (melhor decisão) e adotando-se outros caminhos. Pior, a obtenção da maior eficiência possível pode ficar comprometida caso se busque a eficiência ideal e não se tenha capacidade de operacionalizar os instrumentos que levam a ela.<sup>61</sup>

Esse fato evidencia também um paradoxo: a aplicação ideal do Direito por parte do Judiciário levaria a um comprometimento indesejável da democracia e da separação dos poderes.<sup>62</sup>

Refuta-se, ainda, o pensamento comum no Brasil no sentido de que os direitos humanos não são respeitados pelos poderes políticos brasileiros e que, portanto, a tutela judicial nesta seara seria imprescindível.<sup>63</sup> Quanto a estes dois últimos pontos, serão investigados o conceito de "democracia de direitos" de Stephen Griffin e as discussões a respeito da essencialidade ou não de um

---

<sup>61</sup> A esse respeito, veja a obra que desenvolveu o conceito econômico *second-best*: R.G. Lipsey and Kelvin Lancaster (1956).

<sup>62</sup> Cf. nota 51, nota 59 e Guilherme Leite Gonçalves (2009, especialmente p. 151: "Sem ter estabilizado o estado de direito na estrutura social, a realidade jurídica brasileira importou, a partir de 1988, o modelo dos princípios constitucionais de países que já haviam esgotado o potencial da racionalidade jurídico-formal. O resultado não surpreende: os valores e princípios são absorvidos pela lógica da retórica. Criam, no entanto, uma situação inusitada. Se, antes, conforme a definição de [Sérgio Buarque de] Holanda, a lei não era obedecida, a indeterminação e a abstração dos valores permitem que o direito seja descumprido por um princípio positivado pelo próprio direito. O paradoxo está formado: os princípios e valores constitucionais são criações do estado de direito para violar o próprio estado de direito."). Nos Estados Unidos, com contribuição de autores de outras nacionalidades, há um grande debate a esse respeito, como pode ser verificado em Tushnet (2008), Larry Kramer (2001 e 2004), Vermeule (2006, 2007, 2009 e 2011), Hirschl (2004 e 2006), Jeremy Waldron (1999 e 2008), Bruce Ackerman (2006), entre outros.

<sup>63</sup> Cf. Oscar Vilhena Vieira (2009), Hirschl (2004 e 2006), Jeremy Waldron (1999 e 2008), Mark Tushnet (1999 e 2008), talvez o autor americano mais ferrenhamente contrário ao controle judicial de constitucionalidade e Víctor Comella (2005), que demonstra o problema de se conferir a jurisdição constitucional a um tribunal especial, como um maior estímulo ao ativismo de sua parte, considerado negativo pelo autor.

Tribunal Constitucional para a defesa dos direitos fundamentais, frente às capacidades do processo legislativo em comparação com o processo judicial nesse mister.

Em conclusão, defende-se que uma teoria da interpretação deve objetivar encontrar uma segunda melhor decisão, em vez da ou apenas a decisão ideal ou correta, em virtude das diferentes limitações e capacidades interpretativas de cada uma das instituições responsáveis pela aplicação e criação do Direito – o Judiciário, o Legislativo e a Administração Pública –, em virtude dos efeitos sistêmicos decorrentes das suas decisões,<sup>64</sup> bem como do fato de a aplicação ideal do Direito, ainda que restrita aos direitos fundamentais, tender a prejudicar as bases que garantiriam os próprios direitos fundamentais: a democracia e a separação dos poderes.

O Evangelho pode ser usado para elucidar esse ponto.<sup>65</sup> Na passagem em que Jesus é submetido a Pôncio Pilatos. Jesus, como não poderia ser diferente, por ser Deus, tem uma argumentação absolutista, fundada em princípios/valores absolutos (filosofia absolutista). Já Pilatos, por ser humano e, portanto, falível, é

---

<sup>64</sup> Na análise desses efeitos sistêmicos, uma das preocupações é a questão do equilíbrio dentro das instituições e entre as instituições. Ou seja: i) que a aplicação do direito dentro de uma instituição não seja feita de forma a levar ao seu descrédito (na sua capacidade de aplicar o Direito estatal e de efetivá-lo de fato) e/ou a gerar insegurança; ii) que a aplicação do direito dentro de uma instituição – aqui o foco principal seria no Judiciário – não leve a um desequilíbrio do sistema (ordem democrática e republicana). Por exemplo, que a atuação do Judiciário não leve à diminuição das atividades de outras instituições (v.g., não correção da legislação pelo Legislativo ou pela Administração Pública porque o Judiciário já estaria atuando nesse sentido; não implementação de direitos ou meios mais efetivos e equilibrados de sua implementação pelo Legislativo e/ou pela Administração Pública por que o Judiciário não "fechou" entendimento a respeito, havendo decisões divergentes, ou já fechou, decidiu por um caminho ou proibiu outros).

<sup>65</sup> A linguagem mítica e as parábolas são utilizadas para descrever fenômenos extraordinários ou extremamente complexos que a mente humana não tem condições de apreender/compreender. O relato de fenômenos ou fatos por meio da linguagem mítica ou por parábolas visa não só permitir documentar algo que, a princípio, não seria possível por meio da linguagem comum, mas também viabilizar a sua apreensão, por aqueles a que o texto se destina, por outros sentidos que não a razão – justamente porque a razão humana não teria condições de processar a quantidade e a extraordinariedade dos dados envolvidos. A informação que se busca passar seria captada imediatamente pela emoção, reverberando, muitas vezes, durante toda a vida do ouvinte/leitor. Essa informação seria, também, apreendida aos poucos pela razão, na dosagem que ela suporta, a cada vez que se ouve/lê a passagem em questão. Embora seu uso seja imanente à religião, acreditamos que essa técnica também é útil para descrever fenômenos sociais e econômicos extremamente complexos como é o caso direito – sua criação, sua aplicação e a infinitude de efeitos reflexos e sistêmicos daí decorrente. Cf. Lacan (2008, p. 13: “o mito é o que dá uma formulação discursiva a algo que não pode ser transmitido na definição da verdade, porque a definição da verdade só pode se apoiar sobre si mesma, e é na medida em que a fala progride que ela a constitui podendo ser expressa apenas de ‘forma mítica’”), Lévi-Strauss (1996, p. 239) e Abbagnano (2000, p. 673-675).

um relativista (filosofia relativista, não acredita ser possível desenvolver valores/princípios absolutos). E, por ser um relativista, tende a ser um democrata. Jesus detém a verdade. Já Pilatos reconhece a sua limitação e, embora tenha certeza da inocência de Jesus, submete-se ao procedimento democrático. Pilatos é um democrata porque confiou ao povo decidir a respeito da inocência ou culpa de Jesus e, depois, como que num recurso judicial, confiou ao povo decidir quem deveria ser libertado: Barrabás (um ladrão e assassino, conforme MARCOS 15: 7) ou Jesus. Apesar da sua opinião (pessoal) – para ele a decisão tomada pelo "povo de Jesus" era uma decisão claramente errada (numa análise *first-best*, de conotação política, "o que é o melhor ou o correto") –, ele executou a decisão tomada democraticamente pelo "povo de Jesus". Numa análise *second-best*, era a melhor decisão possível: como ser falível, acreditar e fazer cumprir o resultado de um procedimento reto, democrático, confiando que a opção política – "o que é o melhor ou o correto no caso" – fosse feita por quem detém a maior capacidade de fazê-lo corretamente (o próprio povo de Jesus, no caso). Na verdade, os defensores de uma interpretação baseada em valores/princípios consideram Pilatos um covarde – como, em geral, Pilatos é apresentado: "lavou as mãos". Já os defensores de uma interpretação formalista/positivista, que não acreditam ser adequado confiar ao aplicador do Direito a concretização de valores/princípios bem como a alteração de sentido da norma por elementos externos ao texto legal, ele é um democrata. Hans Kelsen cita essa passagem (parábola) para mostrar com mais clareza o que as palavras não conseguiriam diretamente: a diferença entre o defensor da filosofia absolutista e o defensor da filosofia relativista e os reflexos disso para a defesa do absolutismo ou da democracia.<sup>66</sup>

Sendo democratas, corremos o risco de condenar injustamente um Cristo. E o fizemos uma vez. Mas isso não significa que, ao adotarmos uma interpretação não formalista (pós-positivista, p. ex.), que acredita chegar a uma decisão correta ou mais adequada por meio de princípios, nós também não teríamos concluído, com base nos valores/princípios a que tínhamos acesso, pela culpa de Jesus ou que o correto/adequado era mesmo a sua morte. O processo democrático, na verdade, garante mais do que prejudica a guarda e aplicação dos valores e princípios jurídicos/socais – nele, pela defesa de Hans Kelsen, é onde os valores básicos do

---

<sup>66</sup> Cf. Hans Kelsen (2000, pp. 203-204).

ser humano mais são respeitados, a liberdade e a igualdade. O processo democrático faz com que as escolhas políticas, que se baseiam em valores, sejam feitas pelo povo em vez de poucos homens ou, ainda, por aqueles a quem cabe justamente resguardar essas escolhas políticas (os aplicadores do Direito).

O caso *Jesus e Pilatos* é uma referência especial para o presente trabalho porque não toca apenas no trato do caso difícil (*hard case*), mas também no do caso fácil, mas um caso fácil (inocência de Jesus diante das provas) que pode pôr em xeque o respeito ao resultado de um processo legítimo, democrático e mesmo prejudicar o funcionamento das instituições responsáveis pela produção e aplicação do direito. Ou seja, essa parábola serve também para mostrar que há outros aspectos que devem ser considerados quando da escolha de um método interpretativo, como a capacidade interpretativa do intérprete e os efeitos sistêmicos que derivam da sua decisão.

Identifica-se, assim, que considerações *second-best* já eram empregadas no direito há quase dois mil anos,<sup>67</sup> bem como já eram observadas por grandes cientistas políticos e juristas do século XIX e do início do século XX, como James Bradley Thayer (1893), Hans Kelsen, como revelam seus escritos de 1922 a 1956 (KELSEN, 2000), e Carlos Maximiliano, em sua obra de 1924 (MAXIMILIANO, 2011).

## 1.2

### Interpretação da Lei Ordinária e da Constituição no Brasil

Os operadores do Direito, no Brasil, apesar de reconhecerem diferenças entre as normas constitucionais e as normas infraconstitucionais, costumam aplicar a Constituição do mesmo modo e naturalidade com que aplicam a legislação infraconstitucional.<sup>68</sup> Esquecem que, apesar de os "processos e regras

---

<sup>67</sup> Na verdade, bem antes, como será visto quando da exposição da condenação do profeta Daniel no reino de Dario, no item "2.3.6.", em "A Teoria da Restrição".

<sup>68</sup> Virgílio Afonso da Silva (2010), por exemplo, critica a tentativa "moderna" brasileira de diferenciar os princípios de interpretação e o método hermenêutico aplicáveis à Constituição dos da legislação infraconstitucional quando, na verdade, estão-se aplicando os clássicos métodos interpretativos defendidos desde Friedrich Carl von Savigny. O *princípio da unidade da constituição*, p. ex., nada mais seria do que a aplicação da *interpretação sistemática*, técnica aplicada há séculos pelos intérpretes legais – Celsus (Digesto I, 3, 24) já dizia que "*Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita judicare vel respondere*" ("é contrário

de hermenêutica expostos comumente para o Direito Privado" serem também aplicáveis ao Direito Constitucional, este último "apoia-se no elemento político, essencialmente instável" e abrange "matéria vastíssima em um complexo restrito", de maneira que existem e devem existir doutrinas e métodos interpretativos "que só servem para o Direito Público" (MAXIMILIANO, 2011, pp. 248-249). Talvez seja um reflexo do comportamento da grande parte da doutrina que, ao desenvolver ou defender um método de interpretação, o dirige a qualquer intérprete: cidadão, órgãos inferiores ou superiores da Administração Pública, legislador, juiz ou tribunal superior.

Mesmo nas teorias que trabalham separadamente a interpretação constitucional da infraconstitucional, indicando a necessidade de maior cautela por parte do intérprete quanto às constitucionais, geralmente a diferenciação é feita, apenas, quanto ao emprego das normas abstratas – cuja ocorrência, na verdade, dá-se tanto nas normas constitucionais quanto nas infraconstitucionais. O caso da classificação das normas constitucionais em "normas de eficácia plena", "normas de eficácia contida" e "normas de eficácia limitada"<sup>69</sup> é um exemplo. Embora essa classificação vise indicar um método de aplicação das normas constitucionais, há ocorrência de normas de mesmo tipo na legislação infraconstitucional. Exemplo são as leis que criam autarquias, submetem alguma atividade à regulação estatal. Haverá necessidade de um regulamento executivo que implante a autarquia e que diga como essa atividade será, concretamente, regulada.

O que diferencia a norma constitucional das demais normas não é, necessariamente, o seu grau de abstração, a necessidade de outra norma que a regule ou mesmo o fato de servir de base de validade para outras normas, isso também ocorre com a norma infraconstitucional. Existem normas constitucionais bastante concretas e objetivas – na verdade, a maioria delas.<sup>70</sup> O

---

ao direito, a não ser que se olhe bem o conjunto da lei, julgar ou decidir com base em alguma parte da lei").

<sup>69</sup> Conforme doutrina realmente dedicada às peculiaridades da aplicação das normas constitucionais, e bastante difundida, de José Afonso da Silva (2001).

<sup>70</sup> Uma simples leitura da Constituição brasileira demonstra isso. Esse fato também fica evidenciado quando analisados os julgamentos em que o STF declarou a inconstitucionalidade de ato normativo. A respeito, veja o "Anuário da Justiça Brasil 2012" (CONJUR, 2012); Humberto Ávila (2009). Afirmativa semelhante é feita em relação à Constituição dos Estados Unidos, classificada como sintética pela doutrina, por Frederick Schauer (1985). Schauer afirma que há uma ampla categoria de casos fáceis no Direito Constitucional americano.

que a diferencia (ao menos grande parte delas) é o reflexo fundamental que a sua concretização gera na vida do país, tanto no que diz respeito aos direitos fundamentais quanto à estrutura e à relação entre as instituições e esferas de poder. É o fato de disciplinar o poder político e, ao mesmo tempo, dele depender.

Ou seja, a concretização das normas constitucionais abstratas tem o poder de mudar gravemente o rumo da nação e, portanto, não só é importante que seja feita (i) por quem tenha a maior legitimidade, mas também (ii) por quem o faça o melhor possível.

Muitos constitucionalistas e cientistas políticos desenvolvem ou acatam teorias desenvolvidas pelo prisma "(i)" acima, outros, pelo prisma "(ii)", e outros, ainda, por esses dois prismas.

Os constitucionalistas e cientistas políticos que desenvolvem ou acatam teorias constitucionais baseadas no "(i)" "lançam mão" de teorias valorativas e restringem mais ou menos o controle judicial de constitucionalidade, à medida que identificam falta de legitimidade do Judiciário para preencher uma norma constitucional abstrata.<sup>71</sup>

Muitos autores brasileiros defenderam/aceitaram uma ampliação da jurisdição constitucional a partir do conceito "*representação funcional*".<sup>72</sup> Talvez esse seja o argumento mais aceito pelos juristas brasileiros e, por isso, teria potencializado a ampliação da jurisdição constitucional no Brasil – ou seja, o controle judicial do conteúdo de atos normativos, inclusive com base em normas constitucionais abstratas e que dependeriam de regulamentação pelos poderes políticos (governamentais).

<sup>71</sup> O conceito formulado por Häberle (2002), "Constituição aberta", p. ex., fundamenta uma maior expansão da jurisdição constitucional e foi adotado por vários estudiosos brasileiros, como Siqueira Castro (1989, pp. 80 *et seq.*) e José Afonso da Silva (1989, p. 161).

<sup>72</sup> Um dos autores mais citados a esse respeito é Martin Shapiro (1966). Ele exalta a importância do acesso ao *judicial process* (representação funcional) àqueles que não estariam em condições de ter acesso ao *political process* (representação política). Outro autor norte-americano, mais contemporâneo, que adota essa linha é Willian Eskridge Jr. (1987, p. 1530), que defende uma "*dynamic interpretation*": "*the legislature acting will be subject to (...) biases. (...) Given the biases of the political process, the fact that judges are not elected may enable them to be better 'representatives' of the people than their elected legislators are (in some instances)*" (grifou-se) ("a atuação da legislative estará sujeita a tendências (...). Dadas as tendências do processo político, o fato de os juízes não serem eleitos podem habilitá-los a serem melhores 'representantes' do povo do que aqueles eleitos legisladores (em alguns casos)"). Campilongo (2000, p. 83) afirma que as minorias que não têm canal de acesso aos centros de decisão política devem ir ao Judiciário a fim de participarem do jogo democrático e se protegerem da maioria. Vários constitucionalistas brasileiros utilizam-se deste conceito, como Clève (1995, p. 40), Barroso (1996) e Sarmento (1999).

Outro argumento muito difundido no Brasil, e que também potencializou a aceitação e, portanto, a ampliação da jurisdição constitucional no país, é a necessidade de controle da Administração Pública e do Legislativo que, a partir do advento do Estado de bem-estar social, teriam se agigantado. Caberia ao Judiciário esse controle, por meio da jurisdição constitucional.<sup>73</sup> Exponente dessa linha de pensamento, Mauro Cappelletti afirma que, após estudar diversos sistemas jurídicos, tanto de *common law*, quanto de *civil law*, os riscos advindos da *judicialização* não seriam maiores do que os riscos derivados da atuação do Legislativo ou do Executivo sem um maior controle de suas atividades por parte do Judiciário. Tendo os outros dois se transformado no "*big government*", deveria também o Judiciário se agigantar, sendo isto uma consequência necessária para a proteção e efetivação de direitos. Ressalta, como sendo essencial para limitar o risco de transgressões por parte dos juízes, não a prevenção contra a criatividade judicial, mas sim a prevenção contra desvios da característica formal essencial do processo jurisdicional. Sua conclusão é no sentido de que, onde se verifique maior limitação prática à criatividade judicial que possa levar ao não respeito de formas essenciais do processo jurisdicional, mais conveniente será uma maior dose de "*self-restraint*" do Judiciário, bem como de tornar manifesta essa prudente abstenção e reserva dos juízes. Por outro lado, recomenda uma maior dose de ativismo na hipótese contrária (CAPPELLETTI, 1989; 1999, pp. 73-81 e 132-133).

O estudo acima estava permeado do medo do retorno a governos de exceção, dos quais a Europa havia se livrado há pouco. Esse medo foi exportado e somado ao dos juristas brasileiros após a redemocratização, bem como a equivocada ligação entre o positivismo jurídico e os regimes antidemocráticos. Embora estudiosos brasileiros tenham começado a reconhecer esse equívoco, trata-se de ideia já muito incorporada ao país, estando presente na formação de uma geração inteira de juristas.

O advento da Constituição de 1988, comprometida com a cidadania, justiça social, redução da pobreza, entre outros valores, e a saída recente de um regime ditatorial fez com que uma geração de juristas fosse formada com a ideia de que não só a constituição era a base de todo o regime jurídico, mas também que todas

---

<sup>73</sup> Conforme Mauro Cappelletti (1999), outro autor estrangeiro bastante citado no Brasil.

as normas do ordenamento jurídico deveriam ser adaptadas a ela por meio da interpretação, deslocando-se o centro do mundo jurídico do Direito Civil para o Constitucional.<sup>74</sup>

A discussão a respeito da interpretação jurídica e da peculiaridade das normas constitucionais é atravessada pela discussão sobre a judicialização da política. A judicialização, muitas vezes misturada ao ativismo judicial, torna-se, naquele momento, questão urgente no país. Tribunais começam a intensificar o deferimento de concessão de medicamentos e tratamentos dispendiosos não previstos nas normas editadas pelos conselhos médicos oficiais e por políticas públicas de saúde, gerando a necessidade de grandes alterações nessas políticas, bem como a realocação de grandes quantias no orçamento; a anular normas regulatórias sobre a economia; anular normas constitucionais sobre pagamento de débitos públicos pelo Judiciário;<sup>75</sup> a anular a concessão de asilo político, interferindo na relação internacional e diplomacia brasileiras;<sup>76</sup> a anular leis de

---

<sup>74</sup> Os doutrinadores começaram a renomear suas disciplinas colocando nelas o sufixo "-constitucional": Direito Civil-Constitucional, Direito Comercial-Constitucional, Direito Administrativo-Constitucional, Direito Tributário-Constitucional etc. Veja-se, por exemplo, o sucesso do movimento "Direito Civil-Constitucional" impulsionado por Gustavo Tepedino (2004, especialmente pp. 1-22) no Brasil, com base na doutrina do italiano Pietro Perlingieri (1999).

<sup>75</sup> A Corte Especial do TRF da 4ª Região decidiu, de maneira unânime, pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 62/2002. Chama à atenção o fato de tratar-se de norma que, dentre outros, impõe deveres administrativos aos tribunais, que foi decidido de maneira unânime e que ocorre após aproximadamente 10 (dez) anos da vigência da norma constitucional em questão. A referida emenda constitucional determinou a compensação de débitos líquidos e certos de entes públicos quando da expedição de precatórios. Medida similar é prevista pelo Código de Processo Civil aos particulares e à própria Fazenda Pública (Art. 475-L, inciso VI e Art. 741, inciso VI, CPC). O que a Emenda Constitucional previu foi mais um momento em que ocorreria a compensação em prol da Fazenda Pública, ou seja, antes da expedição do precatório. Em conclusão, o tribunal entendeu: "Em conclusão: os §§ 9º e 10 do art. 100 da CF, introduzidos pela EC n. 62, de 2009, ofendem, a um só tempo, os seguintes dispositivos e princípios constitucionais: a) art. 2º da CF/88 (princípio federativo que garante a harmonia e independência dos poderes); b) art. 5º, inciso XXXVI, da CF/88 (garantia da coisa julgada/segurança jurídica); c) art. 5º, inciso LV, da CF/88 (princípio do devido processo legal); d) princípio da razoabilidade/proporcionalidade." TRF 4ª Região. Arguição de Inconstitucionalidade nº 0036865-24.2010.404.0000/SC.

<sup>76</sup> Por exemplo, o caso Battisti, Ext 1085/República Italiana, Rel. Min. Cezar Peluso. Pela importância, transcreve-se parte da decisão: "Em seguida, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de extradição, vencidos a Senhora Ministra Cármen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio. Por maioria, o Tribunal assentou o caráter discricionário do ato do Presidente da República de execução da extradição, vencidos os Senhores Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, por haverem declarado suspeição na Extradição nº 1.085, os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Plenário, 18.11.2009. Decisão: Suscitada questão de ordem pelo Relator, o Tribunal deliberou pela permanência de Sua Excelência na relatoria do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 19.11.2009. Decisão: Suscitada pelo Relator questão de ordem no sentido de retificar a

proteção ao consumidor;<sup>77</sup> muitas vezes com base em princípios jurídicos que, até a decisão judicial, não tinham conteúdo definido.

Também começou a crescer a necessidade de discutir a tribunalização<sup>78</sup> que a judicialização gera direta e indiretamente.

Em conclusão, a judicialização deslocou a discussão a respeito da interpretação jurídica. Com a crescente crítica, no Brasil, à judicialização exagerada, a discussão sobre o melhor método interpretativo passa a ter outro contorno.

Na verdade, a discussão quanto ao método interpretativo volta a centrar-se na discussão ocorrida no último terço do século XX, entre positivistas e pós-positivistas, agora com mais dados a respeito do ativismo judicial e da judicialização, e com muitos autores se autoproclamando *neopositivistas* (ou

---

proclamação da decisão, quanto à vinculação do Presidente da República ao deferimento da extradição, o Tribunal, por maioria, acolheu-a, vencidos os Senhores Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto. O Tribunal, por unanimidade, retificou-a, para constar que, por maioria, o Tribunal reconheceu que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau. Ficaram vencidos quanto a este capítulo decisório os Ministros Cezar Peluso (Relator), Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e Gilmar Mendes (Presidente). Não votou o Senhor Ministro Celso de Mello por ter declarado suspeição. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 16.12.2009."

<sup>77</sup> Por exemplo, a anulação da lei estadual que exigia a pesagem de botijão de GLP à vista do consumidor sobre o argumento de desrespeito ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direito (lei restritiva ao exercício de uma liberdade fundamental do comércio que não teria demonstrado adequação aos fins que teria proposto) (ADI 855/PR, STF). Nesse julgado, o STF acolheu prova técnica que demonstrou que a lei poderia além de trazer perdas aos agentes econômicos também trazer prejuízo, na prática, ao consumidor. Interessante comparar essa decisão com a da ADI 2359/ES, STF, Rel. Min. Eros Grau. Nesta última o STF decidiu pela constitucionalidade da lei, não obstante a lei estadual impugnada gerar privilégio para a distribuidora local de botijão GLP, em detrimento das demais, prejudicando a competitividade e os consumidores, não só quanto aos preços praticados, mas também quanto à segurança – dados não considerados no processo. A lei permitiria ao consumidor trocar seu botijão por qualquer outro, de qualquer marca, bem como que qualquer distribuidora de GLP recarregasse botijão de qualquer distribuidora, portanto, sem ter gravado o nome da distribuidora responsável pelo botijão. Gera-se um ganho de logística exponencial à distribuidora local, bem como a exime de responsabilidade, caso não dê a manutenção adequada aos botijões de outras marcas que não a sua, em caso explosão. Isso porque não haverá lastro de qual distribuidora foi a responsável pela recarga prévia à explosão, mas apenas a gravação do nome da distribuidora que produziu o botijão.

<sup>78</sup> A esse respeito, veja Daniel Almeida de Oliveira (2006, pp. 30-38). A tribunalização é o reflexo da judicialização nos procedimentos da Administração Pública e do Legislativo. Receosos da anulação de seus atos pelo Judiciário, os órgãos da Administração Pública e do Legislativo passam a adotar práticas judiciais em seus processos de decisão, melhorando-as em alguns aspectos e prejudicando-as em outros, como a perda da flexibilidade, da busca da "verdade real", da informalidade, da autotutela etc.

*positivistas inclusivistas* ou *soft*) e *neoconstitucionalistas*.<sup>79</sup> Ou seja, ocorre um reconhecimento quase generalizado dos *princípios* como sendo norma jurídica, constituindo obrigação do jurista aplicá-los. A discussão a respeito do método interpretativo basicamente se limita aos *hard cases* (casos difíceis), deixando-se em segundo plano os casos fáceis, inquirindo: a) se o método interpretativo integra o Direito ou é cognoscível no direito; b) se o princípio, concretizado caso a caso pelo aplicador da lei, deve se sobrepor à regra jurídica, decisão política do legislador/administrador público.

Ademais, em decorrência da atuação dos pós-positivistas e dos constitucionalistas pós-Constituição brasileira de 1988, que fez com que a interpretação jurídica ficasse muito ligada à constituição e aos seus intérpretes, quase não se fala mais em *hermenêutica jurídica*, mas sim em *interpretação constitucional* (MOREIRA, 2009a, p. 270). A identificação dos problemas que esse fenômeno gera e da necessidade de avançar na discussão a respeito do método interpretativo adotado pelos juízes e suas consequências sobre o método interpretativo adotado pelos poderes políticos – geralmente com foco na relação Judiciário-Legislativo, negligenciando o caso dos órgãos administrativos nessa relação – já foi iniciada pela doutrina nacional, ainda que por uma parte pequena dela.<sup>80</sup>

Embora tenhamos obras preocupadas com a aplicação das normas constitucionais,<sup>81</sup> dizendo como se deve interpretar o Direito Constitucional e/ou o Direito como um todo, diante das peculiaridades e incidência geral das normas constitucionais, dificilmente é desenvolvido ou indicado um método de interpretação uno. As obras sobre interpretação jurídica, no Brasil, indicam geralmente vários métodos interpretativos, inclusive ou principalmente citando fontes estrangeiras, e, o que gera o problema, sem indicar ou fixar um parâmetro que permita identificar quando um ou outro método deve ser aplicado e quais não

<sup>79</sup> Sobre essas expressões, veja Manuel Atienza (2009). No Brasil, para exemplos do uso dessas expressões, veja Barroso (2010 e 2010b), Humberto Ávila (2009), Daniel Sarmiento (2009).

<sup>80</sup> Por exemplo, Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 116, 133-135 e 139), Humberto Ávila (2003 e 2009), Joaquin Falcão, Luiz Fernando Schuartz e Diego Werneck Arguelhes (2006), Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas, Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner (2008), André Rodrigues Cyrino (2010), e Diego Arguelhes e Fernando Leal (2011).

<sup>81</sup> Como as obras de José Afonso da Silva (2001), Virgílio Afonso da Silva (2010), Ingo Sarlet (2003), Cláudio Pereira de Souza Neto (2006), André Rodrigues Cyrino (2010), Clèmerson Merli Clève (1995), Luís Roberto Barroso (1996 e 2002) e provavelmente todos os cursos de Direito Constitucional publicados no Brasil.

devem ser usados em conjunto, seja ao mesmo tempo, seja em decisões distintas, a fim de não gerar um direito ruim, insegurança jurídica e/ou disfunção jurídica indesejada.<sup>82</sup> Observa-se, também, que as técnicas interpretativas são desenvolvidas visando sua aplicação pelo jurista mais virtuoso e/ou inteligente/capaz, não raro o próprio autor, um grande especialista ou a Suprema Corte do país, e não os mais diversos tribunais, legisladores, órgãos públicos, agentes econômicos e cidadãos em geral – o que não é um problema exclusivamente brasileiro. Tal conduta agrava o problema do (já problemático) método interpretativo, ao invés de amenizá-lo.

Nota-se, ainda, que diversas formas de encarar a interpretação constitucional e diversas teorias sobre o papel do intérprete e sobre os limites e alcance da interpretação não são desenvolvidas ou investigadas no Brasil provavelmente em virtude da aceitação e repetição de algumas máximas da interpretação constitucional que se tornaram incontestes no país.<sup>83</sup>

Os limites interpretativos na atividade de aplicação do Direito constituem uma das searas mais incertas do ambiente jurídico atual. As divergências acirram-se diante da inexistência de uma norma superior que diga qual método interpretativo deve ser seguido, em quais casos e por quais instituições. Como já dito, a Constituição brasileira é silente neste aspecto, não obstante as tentativas argumentativas em identificar uma orientação interpretativa na mesma. Disso resulta um emaranhado de métodos e sistemas interpretativos, a inexistência de uma hierarquia entre eles, a reversibilidade dos resultados interpretativos ao longo do tempo.

Poder-se-ia, concluir, então que a criticada unilateralidade e sincretismo metodológico da interpretação constitucional no Brasil seria algo bom, e não ruim, uma vez que, ao menos no âmbito constitucional, há um consenso a respeito dos princípios interpretativos e métodos aplicáveis. Porém, isso não é verdade. Porque, "no caso dos métodos, domina uma discussão meramente teórica, sem qualquer preocupação com a aplicabilidade prática deles", e não se formula

---

<sup>82</sup> Um exemplo seria a aplicação, bastante comum, da teoria de Konrad Hesse e de Müller (*princípio da concordância prática* das normas constitucionais) com a teoria de Robert Alexy (*princípio da proporcionalidade* e sua exigência de *ponderação* dos direitos fundamentais). Sobre o ponto, veja Virgílio Afonso da Silva (2010, pp.127-128).

<sup>83</sup> Chamado criticamente de "sincretismo metodológico" e "unilateralidade" das teorias acerca da interpretação constitucional, no Brasil, por Virgílio Afonso da Silva (2010, pp. 116-121 e 140-141). Cf. também a crítica de Humberto Ávila (2009).

padrões de aplicação desses princípios e métodos, mas apenas se repetem listas de métodos e princípios elaborados para uma realidade e época diferentes da nossa (SILVA, 2010, pp. 140-141), sem a devida adaptação. Deve-se reconhecer, contudo, o crescente debate no Brasil a esse respeito, em busca de orientações interpretativas com aplicabilidade prática, inclusive no que toca aos seus efeitos reflexos indesejados.<sup>84</sup>

Embora haja grande aceitação dos princípios como sendo norma jurídica e, portanto, de aplicação obrigatória pelo jurista, há grande divergência a respeito (i) da supremacia do *princípio jurídico* definido caso a caso pelo julgador sobre as *regras jurídicas*, que representam uma decisão política já tomada pelo legislador/administrador público e (ii) da possibilidade de o Direito (positivo) ou o direito (ciência) indicar o método interpretativo correto ou adequado. Daí, também, a dificuldade em justificar, exclusiva ou principalmente com argumentos valorativos e/ou conceitos abstratos, a escolha do método interpretativo.

### 1.3

#### **As discussões a respeito da aplicação do Direito no Brasil (positivistas vs. pós-positivistas/neoconstitucionalistas)**

##### 1.3.1

#### **Constituição: uma *ordem-moldura e fixa* ou uma *ordem-fundamento e irradiante*, dentro do ordenamento jurídico?**

A concepção de *constituição* que deve ser adotada é, hoje, um dos pontos centrais da teoria do Direito Constitucional e da própria crise da constituição. A questão consiste em definir se a Constituição deve ser tida como uma *ordem-fundamento* – da qual qualquer interpretação legal teria que partir, em relação à qual qualquer interpretação legal deve ser compatibilizada, em toda e qualquer interpretação da lei ou ato teria que ser feita uma interpretação que partisse da Constituição – ou uma *ordem-moldura* – Constituição como superlegalidade formal, fixa, respeita a autonomia das leis, devendo estas serem interpretadas *per si*, confere maior liberdade ao legislador e ao administrador, permite que estes

---

<sup>84</sup> As referências a esse debate serão feitas ao longo deste trabalho.

concretizem a Constituição com discricionariedade, exceto quanto aos temas jungidos na moldura.

A discussão acima se estende e é determinante para outra relevante para o presente trabalho. Trata-se da discussão relativa à existência ou possibilidade de existência da *constituição econômica*<sup>85</sup> e, em caso positivo, qual o tipo adotado pela Constituição brasileira: social-dirigente, econômico-liberal ou politicamente neutra.<sup>86</sup>

A constituição como "a ordem jurídica fundamental do Estado" é uma ideia cara aos juristas. Werner Käge (2005) defendia que a constituição deveria ter caráter normativo e duradouro, rechaçando o seu contínuo "câmbio". Para Käge, "como ordenamento normativo legal, a constituição é o fundamento de toda a ordem jurídica estatal", e sua estabilidade está relacionada com uma ordem de valores fundamentais da sociedade – "a norma estável é a expressão de um valor fundamental duradouro". Na contínua tensão entre política e constituição, esta última deveria prevalecer. Käge exerce influência sobre vários autores, entre os quais Garcia de Enterría (1994), para quem a constituição teria não somente uma "superlegalidade formal", mas também uma "superlegalidade material". Muito divulgada entre nós foi a concepção de *constituição dirigente* de Canotilho,<sup>87</sup> que manteve seus seguidores mesmo após a revisão de sua tese – no final dos anos 1990, Canotilho adota uma concepção de Constituição "moralmente reflexiva",

---

<sup>85</sup> Normas fundamentais que tratam como deve se dar a intervenção do Estado na ordem econômica. Carl Schmitt (2007, p. 141-146) demonstra que, apesar de os Estados atuais poderem ser qualificados como Estados Econômicos, a maioria deles não possuiria uma constituição econômica, sendo a Constituição de Weimar "'neutra' perante a economia". Já Celso Ribeiro Bastos (2002, p. 89) afirma que ela existe desde as constituições liberais, ainda que implicitamente. Por ser a constituição elemento fundamental em todos os atos estatais, para Bastos, ela sempre conteria uma orientação para atuação estatal na economia. Entretanto, grande parte ou a maioria dos constitucionalistas brasileiros entendem que a Constituição brasileira de 1988 possui uma constituição econômica social-dirigente (SOUZA DE OLIVEIRA, 2006). Porém, caso de fato exista, seria mais adequado sustentar ser ela neutra, diante das alternativas ideológicas propiciadas pelas normas abstratas e diretrizes que a Constituição brasileira de 1988 prevê e a baixa normatividade que possui ao tratar da atuação do Estado na economia. Nesse sentido, confira Cláudio Pereira de Souza Neto e José Vicente Santos de Mendonça (2007, p. 737). O que não impede afirmar que a Constituição federal de 1988 é progressista, como faz Adriano Pilatti (2008), ao demonstrar como uma assembleia constituinte majoritariamente conservadora conseguiu produzir um texto constitucional progressista, apesar das derrotas que os conservadores impuseram a muitas das pautas dos progressistas.

<sup>86</sup> Sobre essa classificação, confira Cláudio Pereira de Souza Neto (2006b, p. 119).

<sup>87</sup> Refere-se ao "primeiro Canotilho", do final dos anos 1970: *Constituição-Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a compreensão das Normas Constitucionais Programáticas* (CANOTILHO, 1982).

seria o "último Canotilho".<sup>88</sup> Eros Grau, em 2002, assim escreveu: "a Constituição do Brasil não é um mero 'instrumento de governo', enunciador de competências e regulador de processos, mas, além disso, enuncia diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Não compreende tão somente um 'estatuto jurídico do político', mas sim um plano global normativo da sociedade e, por isso mesmo, do Estado brasileiro" (GRAU, 2005).

Não obstante, teóricos como Böckenförde e Forsthoff defendem um maior espaço para o legislador e para o administrador na ordem jurídica – ou seja, têm uma visão da constituição como uma *ordem-moldura*. Na obra escrita durante a II Guerra Mundial, Forsthoff (1958) vê a *constituição* como algo, por sua natureza, permanente e estático, enquanto a *administração* significa atividade, movimento e câmbio. Isto seria explicado, segundo o autor alemão, pelo fato de "a matéria de que é feita a administração ser muito mais dúctil do que a da constituição". E, mais tarde, ao comentar o Estado Social na Lei Fundamental, Forsthoff coloca que o Estado Social e Estado de Direito são diferentes e, em determinadas circunstâncias, antagônicos.

Preocupado com a expansão da constituição sobre matérias que considerava próprias da administração e da legislação, Forsthoff afirma que "uma constituição não é uma lei social; ela se dirige à coletividade", sendo "função do legislador concretizar a norma constitucional de tal modo que a sua execução seja possível com a aplicação mesma da lei assim elaborada". Forsthoff critica a concepção da constituição como um "ovo jurídico originário", do qual tudo surge, desde o Código Penal até uma lei sobre fabricação de parafusos.

Crítica similar é feita por Böckenförde (BÖCKENFÖRDE, 1999), para quem a liberdade e a autonomia individuais estariam submetidas ao domínio daqueles que exercem o monopólio da interpretação das normas constitucionais, caso a constituição fosse considerada uma *ordem fundamental de valores* vinculantes de toda a ordem jurídica. Como questiona Böckenförde, "não se

---

<sup>88</sup> Canotilho desenvolveu sua teoria da "constituição dirigente" tendo como referência a Constituição Portuguesa de 1976. Essa Constituição, formulada após a Revolução dos Cravos, previa, por meio de regras e princípios, a alteração de Portugal para um Estado socialista. Acabara-se de sair de um Estado totalitário. Entretanto, já em 1982, tal Constituição foi reformada, eliminando esse "dirigismo". Passou a ter normas que não permitiam afirmar qual ideologia ou direções econômicas deveriam ser adotadas pelo Governo. Ou seja, a Constituição Portuguesa passou a ser uma constituição economicamente neutra. Cf. Vital Moreira (2006) e Ricardo Lobo Torres (1988).

abriria então a porta para um totalitarismo constitucional?". Para ele, ou bem se entende os direitos constitucionais como normas objetivas de princípio ou como valores fundamentais<sup>89</sup> ou, pelo contrário, devem ser entendidos como direitos liberais clássicos (BÖCKENFÖRDE, 1993b, pp. 127-128).

Embora sejam válidas as preocupações de Böckenförde, o fato é que as constituições pós-1945, e especialmente a Constituição brasileira, contêm um amplo leque de disposições a respeito da administração e da regulamentação da vida pública e privada, invadindo espaços classicamente pertencentes ao legislador e ao administrador, bem como atribuindo extensas competências ao Judiciário, as quais vêm sendo gradativamente expandidas nas últimas reformas constitucionais.

Como acentua Zagrebelsky (2003), o novo constitucionalismo surgido no pós-guerra tornou necessária a concordância da antiga "face" do Direito – as regras jurídicas colocadas à disposição do legislador – com a outra "face" – a dos princípios contidos na Constituição. Com isto, para Zagrebelsky, alterou-se o papel da legislação e da jurisdição na determinação do Direito, deixando de haver entre ambas uma relação de hierarquia. O Estado-legislador, que durante um século foi considerado, na tradição europeia, o depositário exclusivo de todo o poder de determinação do Direito, viu seu papel se redimensionar de "senhor do Direito" para apenas "senhor da Lei". Também de acordo com Luis Pietro Sanchís (2003), a ideia de princípios e o método de ponderação que aparecem indissociavelmente unidos "representam um risco para a democracia e para a supremacia do legislador, e, com isso, para a regra da maioria que é o fundamento da democracia". Este, porém, segundo o próprio Sanchís, é um "risco inevitável" quando se quer manter uma versão "forte" de constitucionalismo, na qual a própria Constituição estabelece diretamente alguns direitos, e não simplesmente define "a regra do jogo".<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Consequentemente aceitando o Estado Judicial e a Constituição como sendo a ordem jurídica fundamental da comunidade, ou seja, uma constituição dirigente que força a realização dos princípios básicos nela contidos, que deixam de ser princípios básicos e garantias na relação cidadão-Estado para se transformarem em princípios superiores do ordenamento jurídico; os objetivos e papel do Estado tornam-se exigíveis jurídico-subjetivamente.

<sup>90</sup> Essas conclusões são especialmente relevantes para a afirmação que será feita no sentido de que as Constituições pós-1945 e pós-regimes de exceção reforçaram o deslocamento do *paradoxo da onipotência* do Executivo (e/ou Legislativo) para o Judiciário.

Mas é importante ressaltar que, longe de atribuir um caráter absoluto à constituição, Zagrebelsky prega a coexistência de valores e princípios, sobre os quais a constituição deve se orientar para se manter compatível com a base material pluralística que lhe dá fundamento. Na *maleabilidade (ductibilidad)* constitucional, Zagrebelsky defende a coexistência do jurídico e do político na Constituição, o que não deixa de ser uma ideia de *ordem-moldura*. Veja-se que o próprio Zagrebelsky afirma que "à Lei deve se reconhecer um valor em si mesma", com independência de seus conteúdos e de seus vínculos de derivação a partir dos preceitos constitucionais. O reconhecimento da legislação como função originária – e, pois, a Constituição como ordem-moldura –, para Zagrebelsky, depende necessariamente de que a Constituição não seja concebida como um sistema fechado, mas sim como um contexto aberto de elementos cuja concretização, dentro de certos limites, seja deixada ao legislador.

Na mesma linha de Zagrebelsky, Robert Alexy (2002) defende um modelo intermediário entre a *ordem-fundamental* de Kāgi e a *ordem-moldura* (de cunho liberal) de Böckenförde e Forsthoff. Para Alexy, a separação entre *Estado Jurisdicional* e *Estado de Legislação* tem correspondência com duas diferentes concepções de constituição.

A Constituição pode ser vista como uma *ordem-fundamento* se considerarmos nela incluídos todos os princípios jurídicos e possibilidades de configuração da ordem jurídica. Sob esta ótica, segundo Alexy, a Constituição seria equivalente ao "ovo jurídico originário" de Forsthoff, e o legislador estaria limitado a somente declarar – sob o controle do Judiciário – o que já fora decidido pela Constituição. Esta concepção de constituição certamente não seria compatível com o *princípio democrático* e o *princípio da divisão dos poderes*. Mas a Constituição também pode ser vista como uma *ordem-moldura*, em que existe um espaço no qual o legislador não está obrigado a agir nem proibido de agir; um espaço em que o legislador tem permissão para atuar ou para se omitir, ou seja, um espaço de discricionariedade.

A moldura, conforme Alexy (2002), pode ser entendida do seguinte modo: "a moldura é o que está ordenado e proibido. O que se confia à discricionariedade do Legislador, ou seja, o que não está ordenado ou proibido, é o que se encontra no interior da moldura".

A Constituição como ordem-moldura (a constituição-moldura) preserva *margens de ação* para o legislador, que podem ser de dois tipos: estrutural e epistêmica. O que as normas da Constituição não ordenam nem proíbem se enquadra dentro da *margem de ação estrutural* do legislador, que, por sua vez, pode ser de três tipos: a *margem para fixação de fins*, a *margem para a eleição de meios* e a *margem para a ponderação*. Alexy também chama a atenção para a existência de *margens epistêmicas*, que aparecem "quando são incertos os conhecimentos acerca do que está ordenado, proibido ou confiado à discricionariedade do Legislador pelos direitos fundamentais". A causa dessa incerteza pode residir tanto no conhecimento impreciso sobre as *premissas empíricas* quanto sobre as *premissas normativas*.<sup>91</sup>

Alexy, enfim, propõe a compatibilização das ideias de *ordem-fundamento* e *ordem-moldura*, distinguindo duas ideias de *ordem-fundamento*: quantitativa e qualitativa. Na concepção de *ordem-fundamento quantitativa*, a Constituição não estabelece posições discricionárias, ou seja, para tudo prevê um mandado ou uma proibição. Já na concepção de *ordem-fundamento qualitativa*, a Constituição procura resolver os problemas fundamentais da sociedade que podem – e devem – ser solucionadas pela Constituição, mas deixa muitas outras perguntas a serem respondidas no debate político. Esta última concepção de ordem-fundamento, segundo Alexy, é compatível com a ideia de ordem-moldura.

Alexy, então, utiliza-se de ambas as concepções. Ou seja, afirma que a Constituição é uma ordem-fundamento (qualitativa) numa parte e uma ordem-moldura em outra. Assim, ele consegue justificar sua teoria dos direitos fundamentais, haja vista que não engessaria a atividade do legislador ordinário, não violando o princípio democrático, nem o da separação de poderes – ao não submeter, em todos os casos, o legislador e o administrador ao Judiciário (e ao operador do direito).

Essa também é a leitura do "Canotilho atual",<sup>92</sup> que busca harmonizar a ideia da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico – tal qual Kāgi – com uma leitura mais pluralística, caracterizando a constituição como *ordem-*

---

<sup>91</sup> Deve-se chamar atenção para o fato de Alexy respaldar, portanto, a necessidade da consideração da *incerteza* quando da escolha da técnica interpretativa pelo intérprete. Trata-se de um ponto de contato importante com o novo institucionalismo.

<sup>92</sup> Cf. Canotilho (1998).

*quadro*: "para ser uma ordem aberta, a Constituição terá de ser também uma ordem-quadro, uma ordem fundamental, e não um código constitucional exaustivamente regulador".<sup>93</sup>

### 1.3.2

#### **Pós-positivismo ou neoconstitucionalismo vs. positivismo**

Após a leitura dos autores citados, verifica-se que, hoje, o argumento maior dos positivistas em face dos pós-positivistas e neoconstitucionalistas seria a proximidade destes do jusnaturalismo e a dificuldade/impossibilidade operacional de, para todos os casos, verificar se todas as regras e princípios constitucionais foram obedecidos pelo dispositivo infraconstitucional aplicável ao caso para, somente depois, poder aplicá-lo.<sup>94</sup>

A discussão a respeito da abrangência da Constituição e seu modo de aplicação já era central no debate entre positivistas e jusnaturalistas. O assunto foi trazido novamente à tona pelos positivistas numa tentativa de demonstrar as falhas da *teoria dos princípios*, falhas que a tornaria descabida.

Como se pode ver, o argumento de neoconstitucionalistas, como Eduardo Moreira,<sup>95</sup> no sentido de que em toda interpretação jurídica teria que ser feita uma interpretação conforme a Constituição,<sup>96</sup> é bastante próximo daquela ideia que

---

<sup>93</sup> A tradução feita por Canotilho da expressão alemã não é a melhor, ao menos para a língua portuguesa brasileira. A melhor seria "moldura", e não propriamente "quadro", que não dá ideia apenas de limite ao legislador, mas sim de que toda a área que em tese deveria ser preenchida pelo legislador já estariam definidas pela Constituição. O quadro é não só a moldura, mas também a tela. Não é só o limite, mas também toda a parte interna. Para passar a ideia que a expressão de fato pretende passar, seria preciso explicitar tratar-se de um quadro em branco, que poderia ser "pintado" pelo legislador. Este raciocínio claramente reforça a tese de que a tradução adequada seria "moldura". Cumpre observar, ainda, que a palavra espanhola "marco" pode ser traduzida para o português como "moldura", "quadro", "marco" etc.

<sup>94</sup> A dificuldade seria ainda maior caso se chegasse à conclusão de que tal dispositivo desrespeitou algum princípio constitucional, porque aí seria preciso afastá-lo e construir um novo para regular a hipótese. Não por acaso, Robert Alexy desenvolve um método de aplicação de princípios pelo jurista, uma metodologia para o uso da razão prática na interpretação judicial, uma vez que reconhece que, sem isso, o pós-positivista iguala-se ao jusnaturalista.

<sup>95</sup> Em subtítulo de seu artigo afirma "No neoconstitucionalismo toda interpretação é constitucional". E continua: "Toda decisão legislativa ou judicial está pré-regulada por uma norma constitucional. (...). Já o fenômeno que ocorre com a interpretação nas fases de aplicação judicial revela que toda interpretação jurídica – direta ou indiretamente – é interpretação constitucional, de forma que ela não deixa espaços vazios." (MOREIRA, 2009a, pp. 266-268).

<sup>96</sup> Ou seja, em todo e qualquer caso, após o intérprete identificar a regra aplicável ao caso concreto, seria obrigatório verificar se ela respeita não só todas as regras constitucionais, mas também todos os princípios constitucionais, inclusive os implícitos, cabendo até mesmo a ponderação entre

Forsthoff acusou de transformar a Constituição num "ovo jurídico originário", do qual tudo pode surgir, ou de se enxergar a Constituição como a prateleira de um supermercado, de que se pode retirar qualquer produto que se deseja, ou ainda que a Constituição seria uma massa de argila, moldável pelo intérprete (FORSTHOFF, 1975, pp. 124-125).

Por outro lado, caso os neoconstitucionalistas recuem e aceitem a Constituição como sendo uma ordem-moldura (fixa), seu argumento ficaria próximo ao dos positivistas, pelo menos dos chamados *positivistas inclusivistas* ou *soft*, principalmente aqueles que aceitam e aplicam uma *concepção formal da argumentação*.<sup>97</sup> A diferença entre eles estaria na crença de que a razão pode auxiliar o intérprete a encontrar uma resposta jurídica mais adequada, moralmente adequada, ou seja, o jurista seria capaz de usar a moral, de modo científico, para encontrar a resposta mais adequada ao caso – o que restringiria o âmbito de discricionariedade em sentido amplo não só do legislador, mas também do próprio aplicador da lei, haja vista que surgem outros limites à sua atuação que não apenas os jurídicos formais. De modo sintético: os neoconstitucionalistas apostam na reabilitação da razão prática, entendem que há uma conexão necessária entre direito e moral, que se dá por meio dos princípios, entendem que isto não leva a uma insegurança jurídica maior do que aquela já existente no positivismo, pelo contrário; já os positivistas inclusivistas, de modo geral, aceitam que o direito possa positivizar *comandos morais* (normas morais), mas que a aplicação desta nova "norma jurídica" não teria como ser feita com base racional, mas apenas por meio do bom senso do aplicador da lei.

Alexy poderia ser aí enquadrado. Defende a aplicação de princípios constitucionais cujo comando é abstrato, sem conteúdo positivado, apenas para casos difíceis – naqueles casos em que pela técnica de interpretação tradicional não for encontrado uma regra jurídica específica e válida ou jurisprudência – ou

---

princípios, caso se identifique princípios em conflito e, ainda, caso se chegasse à conclusão de que a regra é inconstitucional, dever-se-ia construir, com base nos princípios constitucionais, uma nova regra a ser aplicável à hipótese, esta, sim, respeitadora da Constituição.

<sup>97</sup> Esta expressão é de Manuel Atienza. Ele afirma que a única diferença entre eles (entre os quais estaria Eugenio Bulygin) e os teóricos da argumentação jurídica (os não positivistas, dentre eles Atienza), quanto ao tema de como os aplicadores da lei devem tomar suas decisões ou justificar suas decisões, é o fato destes, além dos elementos formais (lógicos), também trabalharem com elementos de caráter material e pragmático.

quando da aplicação da regra ou jurisprudência válida ocorresse um resultado evidentemente inadequado, injusto, percebível por qualquer ser humano.

Na verdade, o próprio Alexy, como dito no item anterior, afirma ser inaceitável entender a Constituição como já contendo todas as respostas, ainda que implicitamente – ou seja, como uma "ordem-fundamento quantitativa" –, em que o legislador não teria margem de ação, apenas editaria leis que correspondessem ao que a Constituição determina ou teria desejado. Pela importância, transcreve-se :

Não pode haver dúvida que uma tal inexistência de discricionariedade contradiria o princípio da competência decisória do legislador democraticamente legitimado. Se a objeção de Böckenförde, segundo a qual a teoria dos princípios levaria a uma eliminação de toda competência decisória autônoma do legislador, fosse correta, então, a teoria dos princípios seria atingida no coração. (ALEXY, 2008, p. 581-582).

O próprio Eduardo Moreira assevera ser preciso passar primeiro pelo que chama de "neoconstitucionalismo teórico/normativo" – mais contido, "que se limita às questões estritamente jurídicas, sobretudo de aplicação do direito e de teoria do direito", não adota "os direitos fundamentais implícitos como integrantes do ordenamento" – para somente depois poder-se defender e pôr em prática um "neoconstitucionalismo total/forte".

As propostas ou intenções do movimento neoconstitucionalista, que se considera sucessor do pós-positivismo jurídico, podem ser sintetizadas a partir das principais obras sobre o tema, como a de Miguel Carbonel (2007), Luis Pietro Sanchís (2000 e 2003), Luigi Ferrajoli (2003), Alfonso García Figuera (2003), Manuel Atienza (2009) e a do multicitado Eduardo Ribeiro Moreira (2009a e 2009b). O neoconstitucionalismo propõe: uma aplicação do Direito mais com base em princípios do que em regras, o que acarreta no uso da ponderação em detrimento da subsunção; busca da justiça individual em vez da justiça geral (ÁVILA, 2009, p. 2), descartando o consequencialismo-regra ou o pragmatismo filosófico; prevalência no Judiciário para a obtenção, concretização e garantia dos direitos fundamentais, em vez dos tradicionais Executivo e Legislativo; aplicação da Constituição no lugar da lei, aplicação direta ou maior aplicação da Constituição ou, ainda, aplicação da lei sempre com o "filtro" da interpretação constitucional. O que combina com a visão contemporânea que os

neoconstitucionalistas ou pós-positivistas possuem do constitucionalismo: aplicação de mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção e mais juiz do que legislador (SANCHÍS, 2003, p. 101 e ALEXY, 2004, p. 160).

Já os positivistas rebatem essa visão. Dizem que, apesar de tudo, a Constituição Brasileira é muito mais regulatória – se todos a consideram analítica, como poderia ser principiológica? – do que principiológica (ÁVILA, 2009, pp. 2 e 4), bem como que o Direito, de um modo geral, e não apenas na perspectiva constitucional, é aplicado muito mais numa perspectiva positivista, com base em regras jurídicas, do que não positivista (DIMOULIS, 2011, pp. 216-219 e COMANDUCCI, 2008, pp. 339-343).

A classificação dos autores em positivista, pós-positivista ou neoconstitucionalista não é fácil.<sup>98</sup> Portanto, mais interessante poderia ser a distinção entre positivistas e não positivistas (pós-positivistas e neoconstitucionalistas): estes últimos creem na razão prática, acreditam ser possível lidar cientificamente com a moral, trabalhando seus princípios no âmbito interno do Direito; aqueles não acreditam na razão prática e portanto na cogência dos princípios – princípio como norma jurídica – ou só admitem os princípios previstos na legislação, passíveis de aplicação apenas ou de preferência mediante rigor científico e, ainda assim, quando não houver regra que solucione o caso concreto. Mas, mesmo essa divisão é problemática, haja vista que muitos neoconstitucionalistas, ou os assim chamados pela doutrina, consideram-se positivistas.<sup>99</sup>

---

<sup>98</sup> Alguns exemplos. Robert Alexy, considerado por muitos neoconstitucionalista, não aceita o rótulo, uma vez que defende a aplicação apenas dos princípios positivados e que estes só podem superar a regra quando esta não for clara, não houver jurisprudência sobre o assunto ou quando aferível racionalmente que ela viola um princípio (em casos difíceis). Humberto Ávila considera-se um juspositivista, embora, em linha próxima a de Alexy, reconheça os princípios jurídicos como norma jurídica. Todavia, entende não haver primazia dos princípios sobre as regras jurídicas, mas tão somente "funções e eficácias diferentes e complementares" (ÁVILA, 2009, p. 2). Luís Roberto Barroso considera-se um neoconstitucionalista (BARROSO, 2010). Daniel Sarmiento considera-se um pós-positivista, mas não um neoconstitucionalista, pelo menos não no sentido que identificou (2009).

<sup>99</sup> P. ex., Juigi Ferrajoli (2002), que se considera um "positivista crítico", e Luis Pietro Sanchís (1997), que, ao menos nessa obra, defende um "constitucionalismo positivista". De todo modo, há doutrina abalizada que considera o neoconstitucionalismo uma mescla de certos aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico (ATIENZA, 2004, p. 309).

### 1.3.3

#### A discussão sobre a interpretação jurídica no Brasil atual

Desde a entrada em vigor da Constituição brasileira de 1988, o positivismo jurídico vem sofrendo duras críticas pela doutrina jurídica,<sup>100</sup> muitas de ímpeto retórico (DIMOULIS, 2011, p. 219), mas que, de fato, alteraram a forma de aplicação do direito não só pelos tribunais superiores, mas pelos juízes de primeira instância e servidores públicos de todos os níveis e poderes.<sup>101</sup>

Não obstante as críticas que esta nova aplicação do Direito, chamada de pós-positivista ("à brasileira"), "constitucionalizante" ou "neoconstitucionalista", sofreu e vem sofrendo,<sup>102</sup> e apesar de o positivismo jurídico, especialmente o formalismo, continuar muito mal visto e falado pela maioria dos doutrinadores brasileiros, na prática a maioria absoluta dos casos são aplicados conforme indica o positivismo jurídico, sem contar o modo do ensino jurídico no país.<sup>103</sup> Também a maioria das normas constitucionais são regras, e não princípios. Embora o Título I da Constituição brasileira de 1988 contenha princípios, o seu restante é formado por alguns princípios e por "muitas, muitas regras" (ÁVILA, 2009, p. 4).

De todo modo, muitos casos importantes são decididos pelo Judiciário ou pela Administração Pública pelo que se costuma chamar de "farras dos princípios",<sup>104</sup> consequência da doutrina pós-positivista ensinada no Brasil, um

---

<sup>100</sup> Doutrinador bastante citado no Brasil, Gustavo Zagrebelsky (2003, pp. 33 e 41), p. ex., afirmou que, atualmente, o positivismo jurídico não constitui mais do que "uma inércia mental" e "um puro e simples resíduo histórico". Curiosamente, no Brasil, no final da década de 2000, começou-se a criticar o emprego dos princípios na interpretação jurídica por motivo semelhante, ao se denunciar a "farras dos princípios" na aplicação do direito, como será visto mais à frente.

<sup>101</sup> Cf. José Ribas Vieira (2010 e 2011), Carlos Ari Sundfeld (2009 e 2011), Oscar Vilhena Vieira (2009).

<sup>102</sup> Cf. Humberto Ávila (2009), Daniel Sarmento (2009) e *Workshop Interpretação, Desenvolvimento e Instituições* (FGV, 2009), Dimitri Dimoulis (2011).

<sup>103</sup> Nesse sentido, p. ex., Dimitri Dimoulis (2011) e José Rodrigo Rodrigues (2011, pp. 7-8).

<sup>104</sup> Cf. Carlos Ari Sundfeld (2009, 2011 e 2012, pp.60-84), José Ribas Vieira (2010). Quanto às decisões administrativas, veja, por exemplo, a discussão a respeito do novo marco regulatório das atividades de Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural no Brasil, tanto durante sua elaboração pelo Executivo quanto pela sua votação no Legislativo, especialmente em Daniel Almeida de Oliveira (2010), Marcos Juruena Villela Souto (2009) e Gustavo Binembojn (2009). Destaca-se, para ilustrar, trecho da decisão proferida no REsp 843004, Rel. Min. Luiz Fux, data de publicação 28.09.2007: "24. O estágio atual da ciência jurídica vive a era do pós-positivismo, o que Norberto Bobbio denominava estado principiológico ou sistema jurídico de princípios na acepção moderna de Robert Alexy e Edward Dworkin". Esse trecho e a menção a Dworkin se repetem diversas vezes ao longo do julgado e em vários outros julgados do eminente magistrado. Porém, Dworkin chama-se Ronald, e não Edward, talvez se estivesse pensando em Edward Coke, um dos maiores juristas ingleses, referência em Direito Constitucional. Outro ponto seria que

desvirtuamento da fonte dessa doutrina, na sua maioria estrangeira (ÁVILA, 2009). Sendo o princípio mais importante que a regra, bem como devendo aqueles serem aplicados no seu máximo – um desvirtuamento da tese de Robert Alexy – e exigindo um nível intelectual superior, mais abstrato, filosófico – desvirtuamento ou alargamento da tese de Ronald Dworkin –, os aplicadores do direito "deixam de lado" as regras jurídicas e passam a decidir com base diretamente nos princípios. Não só com os princípios com que mais se identificam, mas também procurando concretizá-los com o conteúdo que entendem levar à melhor decisão.<sup>105</sup> E isso mesmo após as muitas correções feitas pela doutrina nacional a respeito do pós-positivismo anteriormente ensinado e praticado.<sup>106</sup>

---

Bobbio foi um dos maiores defensores do juspositivismo, com profunda obra em sua defesa. Se não incorreto, seria pelo menos injusto citá-lo para justificar o pós-positivismo sem mencionar o seu contraponto em defesa do positivismo. Esse julgado seria representativo da também "farra da doutrina", da citação de alguma doutrina que estivesse em linha com o pensamento do julgador, sem uma discussão a respeito das divergências existentes sobre a matéria. Esse assunto será visto mais adiante.

<sup>105</sup> A respeito de como opera essa "farra dos princípios" e suas consequências negativas sobre o Direito, veja a discussão entre Carlos Ari Sundfeld (2009, 2011 e 2012, pp.60-84), Oscar Vilhena Vieira (2009), Luiz Fernando Schuartz (2009) e Guilherme Leite Gonçalves (2009).

<sup>106</sup> Cf. Luís Roberto Barroso (2007 e 2010), Daniel Sarmiento (2009) e, por exemplo, o julgamento do RE 633.703/2010 (sobre a aplicação conforme à constituição da "Lei da Ficha Limpa"; por seis votos a cinco, o STF decidiu de maneira justamente inversa à decisão do Tribunal Superior Eleitoral, tribunal especializado sobre a matéria. Acórdão de 23/03/2011), ADI 4.638/2011 e MS 31.085/2011 (sobre a competência do Conselho Nacional de Justiça, em que se verifica um ativismo no sentido de ampliação dos poderes do STF, especialmente ao decidir que não se submete ao controle deste órgão. Os julgamentos ocorreram, em pontos relevantes, pela apertada maioria de 6 a 5. Decisões liminares de 19/12/2011, de 02/02/2012 e de 09/02/2012), da ADPF 132/2008 e da ADI 4.277/2009 (sobre a união estável homossexual, em que se verifica um ativismo no sentido de ampliação dos poderes do STF. O julgamento foi unânime. Acórdão de 05/05/2011), da EXT 1.085/2007 (sobre a extradição do declarado refugiado político pelo Executivo, Cesare Battisti, em que se verifica um ativismo no sentido de ampliação dos poderes do STF; o STF, apesar de ter considerado ilegal o refúgio político concedido pelo Executivo, ao final, por 6 a 3, acabou por respeitar a norma constitucional e legal que outorga ao presidente da República a última palavra em casos concretos de extradição. Acórdão de 08/06/2011), RE 598.0999/2009 (questiona se o aprovado em concurso público tem apenas expectativa de direito de ser nomeado, como até então entendia a doutrina e jurisprudência praticamente pacífica, ou se tem direito à nomeação. Julgamento unânime. Acórdão de 10/08/2011), da ADI 3.510/DF (sobre a constitucionalidade da Lei de pesquisas com células-tronco embrionárias. Julgamento por 6 a 5, ou seja, quase vários dispositivos foram considerados inconstitucionais ou modificados pelo STF. Acórdão de 29/05/2008), da ADPF 54/DF (sobre a constitucionalidade da criminalização da interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Julgamento por 7 a 4. Acórdão de 12/04/2012), do HC 91.952/SP e Súmula Vinculante 11 (sobre a constitucionalidade e condições do uso de algemas pelo Executivo. Julgamento unânime. Acórdão de 07/08/2008) e, por fim e talvez um dos mais representativo, o julgamento da Pet 3.388/RR (sobre a constitucionalidade da demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol pelo Executivo, em que o STF extrapola suas competências e impõe dezenove condições para que a reserva fosse mantida de forma contínua. Julgamento por maioria nos diversos pontos enfrentados. Acórdão de 19.03.2009). Sobre o caso Raposa Serra do Sol, veja, ainda, o memorando da Procuradoria-Geral da República, no sentido de que o STF teria extrapolado sua competência ao fixar dezenove condições para a que a reserva fosse demarcada de

Na verdade, o que se verifica é que, mesmo quando o juiz trabalha os argumentos levantados no processo, enfrentando e aprofundando-se nos princípios e argumentos que surgem diante da questão, o resultado do ponto de vista da segurança jurídica e objetividade da interpretação não é muito diverso daquele obtido a partir de uma "farrá dos princípios", não obstante a possibilidade de a fundamentação da decisão ser melhor. Diante da quantidade de princípios jurídicos, da sua abstração (ausência de conteúdo em si) e da não concordância no meio jurídico quanto à hierarquia entre eles e em relação às regras jurídicas, e quanto a como operacionalizar um princípio, verifica-se que os juízes, quando chamados a ingressar no mérito administrativo e legislativo, acabam agindo de forma tão ou mais discricionária do que aqueles que adotam uma postura juspositivista.<sup>107</sup> E, o que é pior, por sentirem-se legitimados, avançam muito mais do que fariam caso adotassem uma postura juspositivista, que não confia normatividade (cogência) aos princípios. Pior porque essa legitimação dificilmente é demonstrável, pelo contrário. Não havendo como racionalmente demonstrar a exigência legal/constitucional de suspensão/alteração da legislação (lei ou ato administrativo normativo), não há legitimidade para o controle judicial (ALEXY, 2006, p. 579). Por essa perspectiva, poder-se-ia concluir que o pós-positivismo, diante da sua potencialidade em ser mal compreendido, mal aplicado e estimular atitudes interpretativas mais ambiciosas (CAMPILONGO, 2009, especialmente pp. 91-92 e ÁVILA, 2009, p. 14), leva a uma atuação ativista do Judiciário, muitas ou na maioria das vezes nocivas ao Direito, e não o inverso,

---

forma contínua e que não teria ouvido a sociedade antes do julgamento (SELIGMAN, 2009), e a análise desse julgamento, no que toca ao uso de elementos externos ao Direito (princípios e argumentação, p. ex.) pelo grupo de pesquisa de José Ribas Vieira e Margarida Lacombe Camargo (RIBAS VIEIRA, 2010).

<sup>107</sup> Carl Schmitt, em obra densa sobre a ética dos valores e os perigos da tentativa de seu uso e hierarquização – *A tirania dos valores* –, certamente produto de reanálise após as consequências práticas da jurisprudência dos valores, alertava em 1960: "O valor maior tem o direito e até mesmo o dever de submeter o valor inferior, e o valor, como tal, tem toda a razão de aniquilar o sem-valor como tal." (SCHMITT, 1961, p. 75). E que a palavra "valor" era invocada com frequência por Hitler, citando seu discurso de 10 de novembro de 1938: "A história universal está feita por homens. Antes a fizeram os homens e hoje a fazem os homens. O decisivo é o *valor* desses homens, e, de certo modo também, o número. O *valor* do homem alemão é incomparável. Nunca me deixarei persuadir de que algum outro povo possa ter tanto *valor*. Estou convencido de que nosso povo, sobretudo hoje, em seu contínuo melhoramento, representa o *valor supremo* que existe atualmente neste mundo" (SCHMITT, 1961).

como acredita grande parte da doutrina brasileira<sup>108</sup> – essa nocividade será examinada mais adiante.

Não é por acaso que o juspositivismo aproxima-se do *minimalismo judicial* (DIMOULIS, 2011, p. 235). O minimalismo judicial (PETERS, 2000 e SUNSTEIN, 2001 e 2008) é uma doutrina interpretativa (de postura interpretativa) que tem uma forte ligação com a *teoria das virtudes passivas* de Alexander Bickel (SUNSTEIN, 2001, p. 39) e com a *teoria do judicial review* de John Hart Ely (SIEGEL, 2005, pp. 2018-2019), para os quais os tribunais deveriam focar-se em garantir procedimentos confiáveis para a tomada de decisão política e intervir mais enfaticamente nas hipóteses de falhas na representação política igualitária e nas hipóteses de restrição à liberdade de expressão.<sup>109</sup> Tendo como ideia básica a democracia e o papel de cada um dos poderes no seu desenvolvimento e manutenção, o minimalismo defende que a fundamentação de uma decisão deve dizer apenas o necessário para a solução do caso concreto, não desenvolvendo padrões para solução de questões controversas que devem se repetir em outros casos; estes padrões devem ser desenvolvidos pelos poderes políticos (Legislativo e Executivo) (SUNSTEIN, 2001, pp. 3-4). Consiste num esforço de limitação da "amplitude e profundidade das decisões judiciais" (SUNSTEIN, 2001, p. 259). Visa não comprometer as gerações futuras com interpretações jurídicas baseadas em ideais e concepções conjecturais.<sup>110</sup> Ou seja, o minimalista adota uma postura modesta, não acredita ser capaz de em um processo judicial resolver *desacordos razoáveis*; promove a deliberação democrática nos espaços políticos próprios, ou seja, nas instituições politicamente responsáveis, aquelas em que seus membros respondem perante a sociedade diretamente (Legislativo e Executivo). Por fim, é interessante registrar que o minimalismo é uma doutrina interpretativa estadunidense que tenta definir critérios para uma postura já tradicionalmente

---

<sup>108</sup> Essa crença exacerbada no Judiciário por quase toda a doutrina brasileira é afirmada por Dimitri Dimoulis (2011, p. 219) e Oscar Vilhena Vieira (2009, p. 159), mas pode ser verificada também pelas críticas e propostas de correção feitas durante o Workshop Interpretação, desenvolvimento e instituições (FGV, 2009).

<sup>109</sup> O que também se aproxima da ideia de Habermas e Garapon, como será visto quando da exposição do debate "substancialistas vs. procedimentalistas".

<sup>110</sup> Cass Sunstein (2001, p. 259): "Certas formas de minimalismo permitem a promoção de objetivos democráticos não só por deixarem questões pendentes de decisão, mas também por viabilizarem a convergência de opiniões com o tempo e incentivarem processos de deliberação democrática".

adotada pela Suprema Corte americana, mesmo durante a sua fase "ativista", como foi o caso da Corte Warren (SUSTEIN, 2001).

Importante verificar, neste momento, a discussão específica a respeito do positivismo formalista. O adjetivo "formalista", apesar de possuir distintas concepções, há muito tempo é usado quando se quer denegrir um modelo ou técnica interpretativa (SCHAUER, 2011, pp. 65-66). Essa prática não seria de espantar em países anglo-americanos, tendo em vista sua tradição pragmatista ou instrumental do direito – característica do estilo interpretativo *common law*. O curioso é que ocorre aqui no Brasil, país de tradição romano-germânica, em que o formalismo já foi a única doutrina interpretativa disponível, numa ascendente desde a promulgação da Constituição de 1988.<sup>111</sup> Curioso, ainda, o fato de muitos autores, para defender o positivismo jurídico e, mais ainda, o formalismo, estejam indo buscar obras de autores de língua inglesa, enquanto à primeira vista deveria ocorrer o inverso – afinal, a cultura romano-germânica tem séculos de tradição formalista. Uma explicação seria a forte influência de autores norte-americanos sobre a aplicação principiológica do Direito, que "virou febre" no Brasil. Para reverter esse quadro ou ao menos realinhar a doutrina da interpretação jurídica no Brasil, seria uma boa estratégia demonstrar que existem autores norte-americanos de alto nível defendendo justamente o inverso do que foi dito ser o entendimento no sistema jurídico deles.

O formalismo, no Brasil e no mundo, é frequentemente condenado por conferir uma ênfase excessiva nas palavras que compõem o texto da regra (SCHAUER, 2011, p. 66). O problema é que isso encerra a própria ideia da utilidade da regra: possibilitar decisões sem maiores questionamentos, adotando-se o comando descrito num texto legal. Ou seja, condenar uma ênfase excessiva nas palavras que compõem o texto normativo é condenar, na verdade, o próprio uso de regras para se tomar decisões (SCHAUER, 2011, p. 66), o que quebraria o padrão do Estado de Direito – submissão ao Direito, especialmente a regras jurídicas pré-estabelecidas.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> A esse respeito, embora se referindo ao positivismo em geral, a já citada obra de Dimitri Dimoulis (2011) e José Rodrigo Rodriguez (2011, pp. 7-8).

<sup>112</sup> Sobre o padrão e a lógica do estado de direito, baseando-se, entre outras, nas obras de Kelsen e Hart, em resposta ao *realismo jurídico*, veja Oscar Vilhena Vieira (2011). Vilhena Vieira e Luiz Fernando Schuartz (SCHUARTZ, 2009; VILHENA VIEIRA, 2009, p. 160) relembram que o estado de direito tem um padrão, que é o padrão do seguimento de regras. Cada Poder tem uma

O juspositivismo não acredita na *razão prática*, mas apenas na *razão teórica* (ROUANET, 1989, p. 131 e DIMOULIS, 2011), uma vez que entende que "os julgamentos morais não podem ser estabelecidos ou defendidos, como podem afirmações de fato, por argumentos racionais, evidência ou prova (não cognitivismo em ética)" (HART, 1986, p. 18). As proposições normativas, ou seja, aquelas internas ao Direito, escapam à razão, uma vez que esta foi reduzida pelos positivistas à *razão científica* (razão teórica) – eliminaram a distinção entre *razão teórica* e *razão prática* –, não podendo ser fundamentadas "à luz da única instância racional que sobreviveu à dissolução da razão kantiana – a razão teórica" (ROUANET, 1989, p. 31).

Apesar disso, os doutrinadores brasileiros, mesmo os que se consideram positivistas, costumam aceitar essa tentativa de uso da *razão prática* ou da prática argumentativo-interpretativa, quando não houver norma clara que resolva um caso sob julgamento.<sup>113</sup> Essa postura parece ser a conclusão mais lógica: subsumem-se os fatos à norma quando ela for clara, quando não for, busca-se a decisão por meio da razão (prática) ao invés de confiar na discricionariedade do juiz. E, quando não se acredita na razão prática, reconhece-se como adequada uma decisão que supera uma norma legal específica desde que atendido o esforço argumentativo-interpretativo, entendido como fundamento necessário para uma decisão judicial.

Mas esse raciocínio, especialmente o que crê na razão prática, negligencia aspectos relevantes, como o fato de os aplicadores do Direito não se restringirem aos juízes – inclui os servidores públicos em geral, o legislador, o cidadão, além de juízes de primeira instância e dos de tribunais superiores –, bem como o fato de a crença na possibilidade de chegar a um resultado ótimo por meio da razão prática estimular os aplicadores da lei a ultrapassarem suas competências técnicas

---

racionalidade distinta que lhe confere legitimidade. Quanto aos poderes responsáveis por aplicar a lei, o Executivo seria informado pela racionalidade consequencialista – gerar o maior bem possível ao maior número de pessoas. Já o Judiciário seria informado por outra racionalidade, uma racionalidade limitada a decisões em casos individuais, ainda que atingindo um número grande de pessoas. O Judiciário seria uma instituição desenhada especialmente para garantir o estado de direito, ainda que não o faça sozinho. Portanto, a racionalidade que lhe confere legitimidade não pode ser diferente daquela do estado de direito e nem semelhante à do Executivo, sob pena de termos vários governos distribuídos entre os poderes da República, o que faria o Direito perder parte relevante de seu papel.

<sup>113</sup> Cf., por todos, Carlos Maximiliano (2011), Dimitri Dimoulis (2011, pp. 226-228), Humberto Ávila (2009, pp. 5-6), Daniel Sarmento (2009), Luís Roberto Barroso (2007, 2009 e 2010), Carlos Ari Sundfeld (2009 e 2012, pp.60-84), Laurindo Dias Minhoto (2009), Celso Fernandes Campilongo (2009), José Reinaldo de Lima Lopes (2009), Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2009), Luiz Fernando Schuartz (2009).

(limites da razão humana, de acesso e processamento de dados) e legais (separação dos poderes), gerando um direito ruim ou pior do que aquele produzido por um comportamento estritamente positivista. Não são motivos muito distintos desses apresentados que levaram a adoção do juspositivismo por Hans Kelsen (2000 e 2007) e Herbert L. A. Hart (2007), como será exposto mais à frente.

Hart aceitava a positivação de princípios morais, bem como que, às vezes, a própria legislação exigia do juiz a aplicação (e concretização) desse princípio. Mas entendia não ser possível ou confiável uma metodologia científica de sua aplicação (HART, 2007, pp. 335-339).

Kelsen também aceitava a positivação de princípios morais, embora não o recomendasse, tanto no caso da Constituição quanto no da legislação infraconstitucional, a fim de que não oportunizasse "o perigo de uma transferência de poder – não previsto pela Constituição e altamente inoportuno – do Parlamento para uma instância externa a ele".<sup>114</sup> Kelsen identifica a discricionariedade judicial com a do Legislativo e a do Executivo, todos criam direito, da edição de uma norma constitucional à aplicação de um regulamento executivo pelo juiz, diferenciando-as quanto ao grau (extensão e profundidade) e hierarquia (KELSEN, 2007, pp. 125-126).

Enfim, a doutrina brasileira mais abalizada aceita que a interpretação/aplicação do Direito deve ser feita nos limites da razão prática (não positivistas, incluindo pós-positivistas e neoconstitucionalistas) ou nos limites da sua capacidade argumentativo-interpretativa (positivistas). A diferença estaria no fato de a primeira (não positivista) acreditar que a escolha política correta ou mais adequada pode ser encontrada pelo intérprete por meio da ciência (técnica), podendo afastar regras e comprimir princípios jurídicos que, no caso concreto, estariam impedindo a concretização da escolha política adequada. A segunda parte da doutrina (positivista), hoje em minoria na Teoria do Direito,<sup>115</sup> ao contrário, não acredita na razão prática, entendendo que a sua aplicação mascara, na verdade, uma usurpação das competências do Parlamento e do Executivo pelo

---

<sup>114</sup> "a qual pode tornar-se o expoente de forças políticas totalmente distintas daquelas que se expressam no Parlamento" (KELSEN, 2007, pp. 262-263).

<sup>115</sup> José Rodrigo Rodriguez demonstra essa impressão (2011, p. 8). Dimitri Dimoulis também (2011). O levantamento bibliográfico entre autores brasileiros também apontou nesse sentido: poucos não defendem a aplicação de princípios de maneira obrigatória ou não acreditam que a razão deva indicar a resposta adequada ao caso concreto.

jurista. Embora, de fato, teoricamente, a postura positivista não garanta uma maior segurança jurídica,<sup>116</sup> e, ainda teoricamente, seria justamente o inverso,<sup>117</sup> a prática brasileira parece revelar o contrário – seja pelo não entendimento correto das teses pós-positivistas, seja pela adaptação dessas teses ao que se considerou ser "a necessidade brasileira", gerando um apoio da doutrina e aceitação pelo Judiciário de uma postura nada modesta em relação à concretização do direito.<sup>118</sup>

Por outro lado, não se pode deixar de mencionar o comportamento não raro de doutrinadores brasileiros defendendo a aplicação da regra em sentido totalmente diferente do nela contido, a fim de se ter "uma melhor aplicação do Direito", sobre o fundamento de apenas estarem interpretando não formalisticamente a regra. Essa conduta é, em geral, festejada pela doutrina e pela jurisprudência nacional.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Como defende Dimitri Dimoulis (2011, pp. 238-241), em contraposição a Walter Ott (1992 Apud DIMOULIS, 2011, p. 238) e Humberto Ávila (2009), os quais consideram que o fato de as teorias não positivistas defenderem o recurso a fontes extrajurídicas e confiarem na subjetividade do aplicador leva a uma maior imprevisibilidade e insegurança na aplicação do direito do que as teoria positivistas.

<sup>117</sup> Como já dito, o objetivo das teorias não positivistas mais interessantes, como a de Dworkin, a de Alexy, a de Manuel Atienza, é justamente conferir uma maior previsibilidade e segurança às decisões judiciais, haja vista que não aceitam a discricionariedade judicial, como fazem os positivistas – p. ex. Hart e Kelsen. No lugar da discricionariedade judicial, exigem o uso da razão prática, de uma técnica que revele o conteúdo dos princípios jurídicos presentes no sistema jurídico em questão.

<sup>118</sup> A esse respeito, confira a opinião dos ministros dos tribunais superiores brasileiros em *Anuário da Justiça Brasil 2012* (CONJUR, 2012). Diversas obras citadas e que serão citadas consideram haver falta de ação ou ação defeituosa por parte dos Poderes políticos brasileiros que deve ser corrigida pelo Judiciário. Até mesmo juristas estrangeiros, ao saberem da muito aludida peculiar característica brasileira de desrespeito do Direito pelos Poderes políticos e do patrimonialismo, admitem que suas teorias não devam ser aplicadas aqui, tendo em vista que desenvolvidas para um país democrático em que as instituições políticas minimamente funcionam. Essa ressalva, embora não necessariamente dirigida especificamente ao Brasil, pode ser encontrada em Mauro Cappelletti (1999), Stephen Griffin (2005), Habermas (2010), e é usada por autores brasileiros para ou não aplicá-las ou adaptá-las "à realidade brasileira". Por todos, José Guilherme B. C. Pinto (2005), Denis de Castro Halis (2004), Luís Roberto Barroso (2009 e 2010).

<sup>119</sup> Mesmo na doutrina do Direito Administrativo, em que há a máxima "a Administração só age quando a lei determina e na forma que a lei determinar", essa é uma prática comum. Por exemplo, veja o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU), ora estendendo, ora eliminando um comando contido na Lei 8.666/93 (licitações e contratos administrativos), em atitude certamente não formalista, mas também sem uso da doutrina não positivista. Tal comportamento seria motivado, provavelmente, por ser um órgão de controle, que aprecia o ato já praticado, em regra, e pela rigidez e dificuldade de entendimento e sistematização da legislação que o orienta (a Lei 8.666/93), capaz de levar a invalidação de todo um procedimento complexo em virtude da menor inadequação à regra legal. Para um exemplo específico, veja a doutrina de Marçal Justen Filho (2009) a respeito da interpretação do Art. 48, inciso II c/c Art. 48, § 1º e § 2º, todos da Lei 8.666/93. O autor argumenta que o melhor seria, em vez de usar o percentual de garantia exigido pela lei, adotar outro percentual de garantia, por ser mais justo e coerente. Ou seja, elimina a lógica subjacente à regra legal, por considerá-la ruim, e coloca no lugar outra lógica que leva a um

### 1.3.4

#### **A função das regras vs. o papel dos *standards*: superação da análise comparativa com os princípios**

Os princípios, ao menos na concepção anglo-saxônica contemporaneamente muito em uso no Brasil, não contêm conteúdo em si. Indicam fins a atingir. Não os meios de atingi-lo. Daí a sua abstração e não rara possibilidade de servir tanto para defender uma prática quanto para atacá-la.<sup>120</sup> Por isso, em geral, é incomum haver divergência quanto à aplicação de um determinado princípio. O debate ocorre, de modo muitas vezes inconciliável, no plano da sua operacionalização: sobre qual deve ser o comportamento exigido para atendê-lo. Os julgamentos por maioria nos tribunais superiores, comumente com quase todos os ministros entendendo de maneira distinta uns dos outros, são exemplificativos.

---

comando totalmente distinto do determinado pela regra citada, sem considerá-la inconstitucional, violadora de um princípio maior ou qualquer base que levasse à sua invalidação. Essa doutrina é a adotada pelo TCU e, portanto, também, por praticamente toda a Administração Pública federal. A vinda dos princípios na concepção anglo-saxônica – norma que prevê o fim a ser atingido, não a conduta para atingi-lo – acabou por reforçar esse comportamento. Passa-se a impressão de que quase tudo é resolvido por meio da ponderação e do princípio da razoabilidade. Veja, por exemplo, invocando o princípio da razoabilidade e a interpretação teleológica (busca da finalidade da regra jurídica), o festejado Acórdão nº 361/2007 do TCU: "19.2.2 Quanto ao alegado em relação à alínea 'b.4)', sou da opinião que há razoabilidade nas ponderações oferecidas no sentido de oferecer prazo para o contratado apresentar as garantias contratuais exigidas. 19.2.3 Apesar de existir cláusula determinando que a prestação das garantias fosse concomitante à celebração da avença, entendo que a liberalidade adotada pela Dataprev de conceder reduzido prazo para tal prestação não prejudicou a finalidade dessas garantias nem se constituiu em vantagem indevida para as contratadas em detrimento de terceiros, até mesmo porque a contratação foi realizada com dispensa de licitação". Importante ressaltar não ser o Tribunal de Contas um órgão jurídico, mas um órgão contábil. Todavia, este seria mais um indicador de que tenderia a se comportar de maneira juspositivista e, mais ainda, formalista – por não ser ilustrado nas técnicas jurídicas, conhecimento que possibilitaria um maior aprofundamento e desenvoltura no trato e desenvolvimento da aplicação das normas jurídicas.

<sup>120</sup> Um exemplo seria o princípio do direito à saúde. Ninguém discorda dele, mas uns podem defender, com base nele, a superação da legislação que somente permite o custeamento pelo SUS das cirurgias previstas no orçamento e/ou autorizadas pela junta médica administrativa competente e autorizar o custeamento de uma cirurgia nos Estados Unidos que melhore ou possa salvar a vida de uma pessoa. Outros podem defender justamente o contrário, alegando que essa cirurgia não traria resultados satisfatórios, por não ter sido avalizada pela junta médica oficial, ou, ainda que fosse útil, seriam usados recursos capazes de salvar centenas de outras vidas, em vez de apenas uma, com o fornecimento de medicamentos e suplementos alimentares capazes de erradicar a mortalidade infantil, p. ex.. Sobre o princípio do direito à saúde, há o exemplo de que apenas três decisões judiciais, para três casos individuais, comprometeram mais da metade de todo o orçamento anual de um estado brasileiro. Cf. Luís Roberto Barroso (2007).

A doutrina estadunidense, embora também discuta a aplicação dos princípios morais no direito, ao debater os ganhos e perdas no uso dos tipos normativos disponíveis, costuma investigar as *regras* em comparação com os *standards* (padrões),<sup>121</sup> que seriam uma espécie que poderia abrigar não só princípios morais, mas também conceitos indeterminados, propósitos e outros. *Standard* é uma norma que indica um padrão a ser exigido ou seguido. Portanto, a discussão "regras vs. *standard*" dispensa ou posterga a discussão teórica mais elementar a respeito da influência ou não da moral no direito, uma vez que apenas reconhece a existência de normas que contenham ou sejam padrões de conduta – o que é uma simples constatação fática, objetiva.<sup>122</sup> Pode: *i*) constituir-se num conceito jurídico indeterminado, *ii*) conter apenas um fim a ser atingido, *iii*) revelar um padrão de conduta a ser exigido ou *iv*) indicar um padrão de como interpretar determinada(s) norma(s) legal(is). Na verdade, é assim que o Direito apresenta-se: exigindo uma conduta já determinada – *regra posta pura*, para usar o termo de Larry Alexander (2011, pp. 176-181) – ou exigindo um fim ou padrão de conduta a ser seguido ou exigido, seja este mais ou menos abstrato, o qual, apesar de não desqualificar a norma como posta (lei editada e cogente), exigirá discussão a respeito de propósitos (políticos) ou questões morais de fundo (*princípios morais* ou norma não postulada/postas) a cada aplicação.

Mais relevante do ponto de vista operacional do que a discussão entre princípios e regras é a discussão a respeito dos ganhos e perdas com a utilização de normas mais precisas (regras) e menos precisas (*standards*) e da postura interpretativa que diferentes instituições devem adotar em relação a elas. O principal motivo seria o fato de nesta última discussão não importar o conceito de direito que se tenha e se se acredita ou não na razão prática. Isso porque trabalha

<sup>121</sup> Cf. Louis Kaplow (1992), Vincy Fon e Francesco Parisi (2007), ambos com formação jurídica e econômica, Frederick Schauer (1991 e 2009, loc. 2295-2462), Larry Alexander (1999 e 2011, pp. 176-180), Kathleen Sullivan (1995), Cass Sunstein (1995), Adrian Vermeule (2006, pp. 68-70 e 218-219; 2009, pp. 110-111).

<sup>122</sup> Elucidativa, aqui, a argumentação de Larry Alexander (2011, pp. 176-180). Discutindo a aplicação de *normas práticas* (prescritivas), ele utiliza apenas os tipos normativos *regra* e *standard* para tratar das *normas postas* (*postuladas*), diferenciando-as caso contenham em si ou não termos morais ou valorativos vagos ou controversos em sua hipótese normativa. Ou seja, os *standards* são normas que dependem, em cada aplicação, da resolução de questões morais de fundo (*princípios morais*), enquanto as *regras* não. Alexander, ao diferenciar a *regra posta* ou *postulada* da *regra moral*, utiliza o termo "princípio moral" para evitar confusão com o termo "regra" da regra posta. Ou seja, reserva o uso de "princípio" apenas às regras morais que seriam naturalmente invocadas quando da aplicação de uma norma posta que utilizasse *standards* e não apenas *regra pura*.

com proposições sintéticas relativas ao mundo objetivo dos fatos, processável pela razão aceita por todas as correntes de pensamento da Teoria Geral do Direito: a razão teórica. Olhando-se para o Direito Positivo, verificar-se-á que, entre as suas normas postas (positivadas), existem umas que contêm termos valorativos vagos ou controversos (termos morais, políticos, costumeiros etc.). Estas últimas exigirão dos seus aplicadores, faticamente, uma reflexão prévia para identificar como devem agir (qual decisão tomar) – uma reflexão a respeito das questões morais, políticas ou técnicas de fundo que emergem daquele *standard*. A questão a respeito de se a razão prática habilita o aplicador do direito a definir essas questões morais e políticas de fundo, inclusive possibilitando-o de corrigir o resto da legislação que não a invoca (as regras jurídicas), é uma questão que pode ser posta à parte e discutida posteriormente. O que possibilita, inclusive, e independente de se acreditar ou não na razão prática, verificar se realmente, no plano operacional, o uso da razão prática na atualização e correção da legislação por parte de todos os juízes, servidores públicos, legisladores e cidadãos é a melhor estratégia interpretativa, tendo em vista a teoria moral que se defenda – seja ela qual for.

Portanto, propomos a modificação do foco da análise da discussão "princípio vs. regras" para a discussão "*standards* (ou padrões) vs. regras".

#### 1.4

#### **Interpretação jurídica e considerações de segunda ordem: a *teoria interpretativa de institucionalismo empírico-imparcial***

William N. Eskridge (1987 e 1990), Richard A. Posner (1996, 2003 e 2009), Frederick Schauer (1988, 1991, 2006 e 2009), Cass Sunstein (2001, 2005, 2008 e 2011) e Adrian Vermeule (2006) afirmam que, em geral, as teorias da interpretação jurídica que analisaram, incluídas as dos grandes teóricos, pecam por defender uma interpretação e aplicação jurídica ideal num mundo real. Pecam por justificar suas teorias em conceitos abstratos ou valorativos, enquanto negligenciam ou analisam de maneira enviesada as contingências reais à sua aplicação concreta. Esses autores defendem ou propõem teorias interpretativas focadas na análise dessas contingências, esperando que elas sejam realmente úteis aos julgadores e possibilitem um bom direito.

As teorias da interpretação analisadas e desenvolvidas no Brasil também pecam por negligenciar, em maior ou menor medida, as contingências à sua aplicação concreta ou por terem uma percepção enviesada dessas contingências. A principal, talvez, seja enxergar qualidades em excesso no Judiciário e não enxergar diversas qualidades do Legislativo e dos órgãos administrativos, exagerando seus defeitos. Sob determinadas condições e sobre algumas matérias, o Legislativo e os órgãos administrativos possuem maior capacidade para aplicar um bom direito do que o Judiciário. Como é o caso das normas jurídicas cujo texto seja vago, ambíguo ou principiológico, ideia chave para a conclusão deste trabalho. Um dos objetos do presente trabalho será, portanto: tentar desmitificar a tese de que (i) o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição e que, por isso, detém a última palavra sobre o que é ou não inconstitucional, inclusive quanto aos princípios jurídicos e morais; e que (ii) sempre que houver princípios em colisão, especialmente os constitucionais, será preciso aplicar o princípio da proporcionalidade ou fazer a ponderação de interesses. Em alguns casos, é melhor que a decisão final sobre a constitucionalidade de um ato estatal seja do Legislativo ou do Executivo. De modo semelhante, será visto que o Legislativo e o Executivo detêm maior capacidade para aplicar o princípio da proporcionalidade e realizar a *ponderação* de princípios do que o Judiciário, alcançando um direito melhor nessas hipóteses do que conseguiria o Judiciário. Serão vistos, inclusive, os danos que o uso da ponderação pelo Judiciário gera e pode gerar ao sistema constitucional e à qualidade do direito, enquanto os benefícios que o uso dessa técnica (ponderação) pelo judiciário gera são pequenos ou bastante incertos.

Verificar-se-á que o objetivo de muitas dessas teorias era somente encontrar ou indicar como encontrar, em condições ideais, a melhor decisão (*first-best consideration*). Quanto a isso, não há qualquer problema. É mesmo salutar a discussão a respeito da decisão ideal sobre um caso específico ou sobre o melhor método interpretativo. O problema surge quando essa teoria ideal (*first-best theorizing*) pretende ser aplicada em concreto. Nessa hipótese, há diversas peculiaridades do mundo real que fazem com que o seu comportamento não seja o mesmo daquele em condições ideais, pelo simples fato de não ser possível extrair de princípios substanciais (*first principles*), considerados isoladamente, decisões sobre como os intérpretes devem agir no mundo real (VERMEULE, 2006, p. 16). Por isso, toda teoria interpretativa abstrata deve, necessária e previamente,

enfrentar questões do plano operacional antes de ser aplicada concretamente. Entre essas questões, estão as *premissas institucionais*, relacionadas à limitação de capacidade interpretativa das instituições responsáveis pela aplicação do direito – Judiciário, Legislativo, Executivo, mercado, sociedade civil.

Apesar do grande sucesso das teorias ideais de interpretação (*first-best interpretive theorizing*), especialmente após a Segunda Guerra Mundial (VERMEULE, 2006, p. 16), nos Estados Unidos e Europa, e, após o início dos anos 1990, no Brasil, uma indispensável dimensão da teoria interpretativa – a institucional – continuar sem ser adequadamente estudada e entendida.

É verdade que diversas obras sobre interpretação jurídica desenvolvidas ou discutidas no Brasil tratam das capacidades institucionais, principalmente após o início das discussões a respeito da judicialização. O problema é que elas o fazem, geralmente, de maneira abstrata e com uma pré-caracterização das instituições sob análise. Quando a capacidade institucional é enfrentada, a análise é feita com base em premissas preconceituosas ou enviesadas: tem-se uma visão cor-de-rosa de algumas instituições analisadas e uma visão negativa a respeito da capacidade das outras, não se fazendo uma análise das capacidades reais dessas instituições em aplicar, no mundo real, o Direito. Seria feita, apenas, uma pseudoanálise institucional, não uma que refletisse o mundo real.<sup>123</sup>

Observamos que é possível aplicar a mesma classificação utilizada por Vermeule em sua obra (VERMEULE, 2006, pp. 16-18) às teorias aqui analisadas: teorias interpretativas estritamente filosóficas (*out-and-out philosophizing*), teorias interpretativas de institucionalismo estilizado (*stylized institutionalism*) e teorias interpretativas de institucionalismo assimétrico (*asymmetrical institutionalism*).

O modelo que propomos, portanto, com base teórica nos advogados-economistas Neil Komesar (1994) e Einer R. Elhaunge (1991),<sup>124</sup> bem como nos juristas Douglas G. Baird and Robert K. Rasmussen (1999),<sup>125</sup> Schauer (1988,

---

<sup>123</sup> Essa é a *falácia das teorias interpretativas (the nirvana fallacy)* que Adrian Vermeule (2006, pp. 15-18) indica nas teorias que analisou.

<sup>124</sup> Demonstram a incapacidade de as teorias interpretativas de institucionalismo assimétrico garantirem conclusões aceitáveis sobre interpretação legal e/ou constitucional.

<sup>125</sup> Utilizam uma *teoria interpretativa de institucionalismo empírico-imparcial* para verificar os benefícios e os malefícios do uso de determinadas técnicas interpretativas por determinadas instituições a incidir sobre normas de um marco regulatório específico – no caso, a metodologia da

1991, 2009), Sunstein (2001, 2005, 2008 e 2011), Barry Friedman (2004) e Vermeule (2006, p. 18) é o da *teoria interpretativa de institucionalismo empírico-imparcial* (*an institutionalism that is evenhandedly empirical*).

Essa teoria questionaria, por exemplo, se a razão prática, reabilitada por Jürgen Habermas, John Rawls e companhia (MAIA, 2008, especialmente pp. 37-47), seria tão bem executada nas instituições jurídicas quanto seria nas instituições políticas. Habermas parece apontar que a razão prática seria mais bem exercida pelas instituições políticas, ao tratar da competência do tribunal constitucional,<sup>126</sup> criticar a *jurisprudência de valores* (HABERMAS, 1996, p. 256), e discordar de Robert Alexy quando não aceita ser o *discurso jurídico* um *caso especial do discurso prático em geral*; que princípios são *mandados de otimização*, porque exigiria, para aplicá-los, de uma análise custo-benefício, o que poderia prejudicar os direitos individuais ao serem sopesados aos bens coletivos; e que cada discurso de aplicação inclui também um discurso de *fundamentação* (FERREIRA, 2006). Quando Habermas afirma que (i) os tribunais devem ter "uma compreensão procedimental da Constituição", devendo "se mover dentro dos limites autorizados pelo direito" (HABERMAS, 1996, p. 279); (ii) "as decisões de princípio proferidas pelas Cortes Constitucionais não podem ser equiparadas (...) a emissões de juízos que 'ponderam objetivos, valores e bens coletivos'" (CITADINO, 2004, pp. 212-213) e que, portanto, a jurisdição constitucional deve dizer "qual pretensão e qual conduta são corretas em um dado conflito e não como equilibrar interesses ou relacionar valores" (HABERMAS, 1996, pp. 260-261); ele estaria dizendo que os tribunais teriam boas condições de garantir e fazer cumprir as *regras constitucionais*, o mesmo não ocorrendo em relação aos princípios constitucionais substantivos. Chegaremos a uma conclusão semelhante após

---

*common law* e a interpretação formalista; juízes generalistas (de tribunais) e juízes especialistas (primeira instância); e o Código de Falências.

<sup>126</sup> "A existência de tribunais constitucionais não é autoevidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do estado de direito. E mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões. E tais controvérsias constituem um indício da necessidade de clarificação, resultante do enfaixamento *institucional* de funções, que são nitidamente diferenciadas numa teoria da constituição." (HABERMAS, 2010, p. 298). E num estado democrático de direito, a corte constitucional deve "entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador político" (HABERMAS, 1997, p. 99).

considerar a análise empírica das capacidades do Judiciário, do Legislativo e dos órgãos administrativos e distinguir o texto constitucional em textos claros e específicos e textos que contenham grandes conceitos (ou textos vagos, ambíguos ou principiológicos).

## 1.5

### **Alguns métodos interpretativos: o formalismo, o textualismo, o conceitualismo e o originalismo.**

Definir o formalismo não é tarefa fácil, tendo em vista que possui concepções divergentes e nenhum documento do qual retirar seu significado (SUNSTEIN, 2011, p. 203). De todo modo, sabe-se que a lei, diferentemente da moral, é essencialmente formalista (ALEXANDER, 2011, p. 165). Ou seja, a lei utiliza textos e, assim, tem por padrão normatizar por meio da linguagem. Como o Estado de Direito determina que a atuação do Estado e a solução dos litígios ocorram por meio da lei e, como na maioria dos casos o aplicador da lei não será quem a criou, importante para o seu cumprimento que a linguagem exposta na norma seja observada por quem a aplicar, sem que se discuta (rediscuta) ou invoque propósitos ou princípios de fundo sobre o que deve ser feito – a decisão a respeito do que deve ser feito, em geral, foi tomada quando da criação da lei.<sup>127</sup>

Formalismo seria, então, a postura de aplicar a norma jurídica com base na prescrição contida no seu texto, sem se deixar ater ou sensibilizar com os objetivos substantivos que seriam buscados por ela e sem recorrer a propósitos ou princípios morais de fundo. O formalista entende que a decisão compete a quem cria a norma jurídica, e não ao aplicador dela, ainda que se possa entender existir um papel criativo durante a aplicação do direito. Só haveria delegação dessa competência se houvesse norma com esse tipo de prescrição – tal delegação não

---

<sup>127</sup> A respeito, veja os já citados Schauer (2011, p. 66: condenar uma ênfase excessiva nas palavras que compõe o texto normativo é condenar, na verdade, o próprio uso de regras para se tomar decisões) e Oscar Vilhena Vieira (2009: afirmando que o padrão e a lógica do estado de direito é o uso de regra). Interessante a enfática resposta do *justice* (juiz da Suprema Corte estadunidense) Antonin Scalia, quando o acusam de julgar de maneira formalista: "É claro que é formalista! O império da lei se trata de forma." (SCALIA, 1998, p. 25). Por fim, Adrian Vermeule (2006, p. 186) conclui que todos os métodos de interpretação jurídica concordam que o texto claro e específico é a melhor fonte individual de informação interpretativa.

seria algo que se possa deduzir. Decorrem do formalismo o *conceitualismo* ou *essencialismo*,<sup>128</sup> o *textualismo*,<sup>129</sup> o *originalismo*.<sup>130</sup>

Frederick Schauer (2011, p. 65-67), no talvez mais citado artigo sobre o tema nos EUA – e também no Brasil, constatado no levantamento das obras brasileiras mais recentes –, demonstra a correlação que há entre formalismo, regra e linguagem, uma correlação que, devidamente entendida, traz nova perspectiva na discussão sobre a aplicação do direito pelo Judiciário. Essa constatação incrementa, em muito, as chances de o formalismo sair vitorioso no debate a respeito de qual a melhor técnica interpretativa, bem como indica uma nova acepção para o termo (formalismo). Schauer constata que, apesar dos usos "absurdamente" divergentes do termo *formalismo*, existiria sim um núcleo comum a todas elas: "o conceito de tomada de decisão de acordo com regras".<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Vermeule (2006, p. 72) considera os partidários do conceitualismo/essencialismo formalistas, já Larry Alexander não (2011, p. 166). Observe, contudo, que Vermeule coloca o conceitualismo ou essencialismo como doutrina de justificação do textualismo, por exemplo, quando diz que John F. Manning (um textualista) se utiliza desse expediente para justificar o formalismo (VERMEULE, 2006, p. 72). Pelo conceito que defendemos, os conceitualistas e os textualistas são formalistas, embora não componham a vertente mais instigante dessa categoria. A Suprema Corte dos EUA, de vez em quando, a adota, p. ex., quando faz a distinção entre "*manufacturing*" e "*commerce*" (VERMEULE, 2006, p. 72). Também no Brasil, temos o exemplo de sua adoção pelo Min. César Peluso, o qual, em voto proferido no TSE, entendeu que "no próprio seio do conteúdo significativo da expressão sistema proporcional, está o primado dos partidos políticos e sua consequente titularidade sobre as cadeiras conquistadas nas eleições". Cf. Alexandre Garrido, Fernando Gama, José Ribas, Juliana Neuenschwander, Margarida Camargo e Noel Struchiner (2008, pp. 64-66).

<sup>129</sup> Seu grande nome contemporâneo seria John F. Manning (1997).

<sup>130</sup> Cujo grande representante na Suprema Corte dos EUA é o juiz Antonin Scalia (1998). Nessa obra, o *justice* defende que o juiz deve explorar a esquecida arte da interpretação legal, bem como resistir à tentação de usar a intenção da lei e história legislativa. Considera incompatível com a democracia permitir que o significado de uma lei seja determinado por aquilo que os juízes pensam que os legisladores pretendiam com ela e não por aquilo que o legislador realmente prescreveu. Embora seja da essência da *common law* a criação do direito pelo Judiciário, para ele é claro que, se há lei, os juízes devem interpretá-la, focando-se em seu texto. Quanto ao Direito Constitucional, a linha é a mesma. Discorda do entendimento de que a Constituição deve ser atualizada sem alteração do seu texto, defendendo o significado original da Constituição, embora não seja a favor do *strict constructivism*, o qual impediria a aplicação da Constituição às circunstâncias modernas. De todo modo, nega interpretação que crie novos direitos constitucionais ou negue direitos antigos usando princípio constitucional. Alerta que tal discricionariedade judicial pode levar, na verdade, à destruição do *Bill of Rights*, uma vez que se a maioria dos juízes resolverem agir deste modo não se saberia ao certo quais direitos constitucionais se mantêm e quais novos se possui.

<sup>131</sup> Schauer (2011, p. 65) cita, como exemplo, Herbert L. A. Hart "(formalismo como recusa em admitir a necessidade de se realizar escolhas na área de penumbra do significado das regras)"; Morton J. Horwitz "(formalismo como recusa em admitir que o direito tem funções instrumentais)"; Karl N. Lewellyn "(formalismo como ênfase excessiva na formulação escrita canônica das regras)"; Roberto Mangabeira Unger "(formalismo como um modelo contido e comparativamente apolítico de tomada de decisões)"; Duncan Kennedy "(formalismo como a ideia de que a aplicação de regras é um trabalho mecânico, e de que essa aplicação mecânica de regras é

Constata-se, ainda, que as normas não se aplicam por si, o aplicador legitimado tem o poder de decidir a respeito de qual método interpretativo adotar. Assim, a justificativa tem papel preponderante para o julgador adotar uma ou outra postura interpretativa. E, nesse ponto, é possível identificar dois tipos de justificativa do formalismo: *i*) o que o justifica por meio das próprias normas legais e por meio de uma fonte superior, como a moral ou os princípios constitucionais; e *ii*) o que justifica o formalismo por meio da demonstração de que seria a técnica interpretativa que gera as melhores consequências, comparativamente às demais técnicas interpretativas (SCHAUER, 1991 e 2011; SUSTEIN, 2011; ALEXANDER, 2011). A partir daí, e entendendo que uma teoria da interpretação deve observar também o plano operacional, é possível entender o formalismo de duas formas, formas estas totalmente independentes uma da outra (VERMEULE, 2006, pp. 4-5 e 72-73): *a*) o formalismo enquanto a postura interpretativa correta diante do que diz a Constituição e a moral (*first-order decision*), geralmente concluindo que o sentido da norma legal deve ser obtido a partir das palavras, das frases ou do texto legal como um todo, e sempre recusando considerações morais e políticas; e *b*) o formalismo enquanto estratégia interpretativa (*second-order decision*), concluindo que os tribunais devem esforçar-se para julgar com base em regras, em vez de *standards*, com base no sentido mais aparente ou superficial do texto legal, sempre tendo como destaque a importância da previsibilidade e a importância de aderir ao entendimento comum a respeito dos comandos constitucionais e legais, uma vez que essa postura interpretativa gera melhores consequências, seja qual for a teoria conceitual-valorativa adotada, quando comparada a suas adversárias não formalistas. Os defensores desta última concepção de formalismo entendem que a técnica interpretativa não tem como ser defendida nem atacada com base em um princípio constitucional autoevidente, seja em razão do texto ou da estrutura da Constituição; na natureza da democracia ou da linguagem; ou ainda numa concepção ou definição do direito. A escolha da técnica interpretativa mais adequada ou correta seria uma questão empírica e contingente, e não meramente conceitual/teórica.

---

justa)"; Peter L. Strauss "(formalismo como a recusa em reconhecer as consequências práticas de decisões judiciais)"; Mark V. Tushnet "(formalismo como um estreitamento artificial do escopo das escolhas envolvidas na interpretação do direito)".

Quando se falar em formalismo neste trabalho, o formalismo a que se estará referindo, como regra geral, é o formalismo enquanto estratégia interpretativa.

## 1.6

### **A discussão substancialistas vs. procedimentalistas. Substituição pela discussão formalistas vs. não formalistas**

A interpretação jurídica sempre teve como questão central a objetividade. Os estudiosos de hermenêutica mais reverenciados, em geral, concordam que o intérprete deve "revelar" o conteúdo do texto legal. Mesmo aqueles que defendem a atualização da legislação pela interpretação entendem que isso deve ser feito de modo a fazer cumprir a regra positiva (objetivamente).<sup>132</sup> Independente de concordarem se o intérprete tem ou deve ter um papel criativo, concordam que ele não deve invadir a competência do legislador (criar norma jurídica) – seja qual for o âmbito da competência legislativa defendida –, mantendo-se na sua competência (aplicar a norma jurídica criada por outrem).<sup>133</sup> Como a função do intérprete é justamente interpretar/aplicar texto (legal) criado por outrem, não há como defender que ele esteja desobrigado de respeitar esse texto (legal), independente de se entender haver, na interpretação, criação (legal).<sup>134</sup> Em conclusão, sempre foi objeto central na discussão sobre interpretação jurídica o nível de objetividade que deve ser exigido do intérprete (e do aplicador) da lei e quais os meios (técnicas interpretativas) de se obter e controlar essa objetividade.

---

<sup>132</sup> Por exemplo, Carlos Maximiliano, tomando por base a obra de E. R. Bierling (1911 Apud MAXIMILIANO, 2011, p. 226), de Cogliolo (1888 Apud MAXIMILIANO, 2011, p. 226) e de Jeremy Bentham: "Não pode o intérprete alimentar a pretensão de melhorar a lei com desobedecer às suas prescrições explícitas. Deve ter o intuito de cumprir a regra positiva, e, tanto quanto a letra o permita, fazê-la consentânea com as exigências da atualidade. (...). Sem esbarrar de frente com os textos, ante a menor dúvida possível o intérprete concilia os dizeres da norma com as exigências sociais" (MAXIMILIANO, 2011, p. 226).

<sup>133</sup> Cf. as opiniões expostas no Workshop Interpretação, Desenvolvimento e Instituições (FGV, 2009).

<sup>134</sup> Kelsen (2007, pp. 125-126 e 251) explica que todos os operadores do Direito têm parcela na sua criação. A diferença é de quantidade (KELSEN, 2007, p. 251: "entre o caráter político da legislação e o da jurisdição há apenas uma diferença quantitativa, não qualitativa"). O legislador cria a lei e, nesse ato, está aplicando a Constituição. A autoridade administrativa, ao explicitá-la por meio do regulamento executivo, também cria direito, mas em nível inferior ao do legislador. Portanto, ela aplica o direito e, ao mesmo tempo, cria direito. O juiz e os servidores públicos em geral, ao aplicarem a lei e o regulamento executivo, também criam direito, mas em nível inferior a ambos.

Essa discussão (a objetividade do intérprete) não se restringe apenas às normas constitucionais, normas responsáveis por garantir direitos fundamentais e o processo democrático – nas Constituições democráticas, claro. Ela perpassa por todo o Direito, sejam normas mais abstratas sejam normas bastante específicas e claras. Então, talvez mais interessante do que debater "substancialismo vs. procedimentalismo"<sup>135</sup> fosse debater "formalismo vs. não formalismo". Debater se o intérprete pode ou deve se afastar do texto legal, seja para garantir o procedimento, seja para garantir o próprio conteúdo do direito gerado pelos poderes políticos. A classificação proposta, não por acaso, é mais útil ao projeto empreendido no presente trabalho: a defesa do desenvolvimento de uma teoria interpretativa com base na análise institucional empírica imparcial.

De modo semelhante, também é mais interessante deslocar a discussão entre positivistas e pós-positivistas ou neoconstitucionalistas<sup>136</sup> para o debate sobre o formalismo vs. não formalismo. Este último independe do entendimento que se tenha a respeito dos princípios e da razão prática. Sua discussão gira em torno de se poder ou não afastar do texto legal para decidir, seja utilizando normas morais, normas práticas, interpretações teleológicas, histórica ou sistemática. Na discussão formalista vs. não formalista, muitos positivistas passam a juntar-se aos pós-positivistas no polo não formalista, haja vista que defendem a aplicação, por exemplo, da interpretação teleológica – a intenção da norma ou do legislador – e da interpretação histórica – a história legislativa e/ou o significado das expressões à época em que foi produzida a legislação.

A distinção "formalista vs. não formalista" é mais útil do ponto de vista operacional, da aplicação do Direito. Ela é mais palpável do que a distinção "positivista vs. não positivista ou neoconstitucionalista". Para ilustrar, muitos neoconstitucionalistas se consideram positivistas<sup>137</sup> e há doutrina abalizada que considera o neoconstitucionalismo uma mescla de certos aspectos do positivismo, do jusnaturalismo e do realismo jurídico.<sup>138</sup>

---

<sup>135</sup> Se o controle de constitucionalidade deve visar principalmente à garantia do procedimento de criação do direito ou se deve adentrar na discussão do próprio conteúdo do direito gerado através desse procedimento legal tutelado.

<sup>136</sup> Se seria possível aplicar racionalmente os princípios e se os princípios seriam de aplicação cogente pelo intérprete.

<sup>137</sup> P. ex., Juigi Ferrajoli (2002), que defende um "positivista crítico", e Luis Pietro Sanchís (1997), que defende um "constitucionalismo positivista", como já citado.

<sup>138</sup> Cf. Manuel Atienza (2004, p. 309).

Utilizaremos, portanto, a classificação "formalista vs. não formalista" para avançar.

## 1.7

### **Conclusão. Acerto de premissas para avançar a discussão**

Observou-se, nas discussões a respeito da interpretação jurídica, reflexo da tensão entre os valores básicos que informam o direito: segurança e justiça.<sup>139</sup> Isso não é surpresa, diante da relação direta entre *o modo de aplicar o direito* e o direito em si.<sup>140</sup> As maiores preocupações dos teóricos do direito, em relação à interpretação jurídica, acabam, no final, convergindo em: evitar resultados absurdos (justiça ou equidade) e evitar uma incerteza do direito acima do tolerável (segurança).

As discussões entre juspositivistas e jusnaturalistas e entre juspositivistas e pós-juspositivistas, basicamente, giram em torno desses dois pontos acima. Discutem, primeiro, (a) a necessidade/importância de o Direito ser permeado pela moral (uma análise *first-best* ou *de primeira ordem*) e, segundo, (b) a possibilidade de o Direito fornecer um método de aplicação da lei/constituição que realmente consiga permeá-la dos valores e princípios morais (uma análise *de segunda ordem*) e que tenha uma previsibilidade mínima, ao menos.<sup>141</sup> Caso esse método inexista, fica fortalecida a tese positivista, a qual confia à discricionariedade do tribunal dizer o conteúdo de um princípio ou valor quando a lei assim exigir, a exemplo do que acontece quando há, num dispositivo legal, um conceito jurídico indeterminado. Caso esse método exista ou, se ainda não existe, for passível de elaboração, fica fortalecida a tese pós-positivista. O motivo seria que, com um método racional e confiável de aplicação da moral no Direito (visando à justiça), a previsibilidade mínima do direito seria preservada, além de ficar resguardado que o aplicador da lei não será o mesmo que a criará

---

<sup>139</sup> Veja-se, a respeito, Pedro Eiró (1997: trabalha, como sendo *os valores do direito*, a justiça e a segurança); Miguel Reale (1999); Tércio Sampaio Ferraz Jr. (1973); e Reis Friede (2009, p. 22: afirma existir uma infinidade de valores no Direito, destacando-se, preponderantemente, os valores justiça e segurança, que seriam os valores vertentes do Direito).

<sup>140</sup> Elucidativa, neste ponto, a obra de Eros Roberto Grau (2003).

<sup>141</sup> Cumpre observar, contudo, que a conclusão quanto a "(b)", na verdade, é uma premissa para poder responder "(a)" de maneira realista, como propõe o presente trabalho ao aludir aos conceitos *first-best* (ou considerações de primeira ordem) e *second-best* (ou considerações de segunda ordem).

(segurança). Ilustrativo é o esforço metodológico de Robert Alexy para que a aplicação dos princípios constitucionais não transforme a Constituição num "ovo jurídico originário", do qual tudo surge, ou numa prateleira de supermercado, em que o cliente escolhe o produto (interpretativo) que desejar.<sup>142</sup>

Chegou-se à conclusão de que existem casos difíceis. Quanto a eles, "o direito vigente não é suficiente para a determinação precisa de um estado de coisas" (HABERMAS, 2010, p. 251). Conseqüentemente, o Direito Positivo não é suficiente para indicar a decisão a ser tomada. Nisso concordam tanto positivistas quanto pós-positivistas.<sup>143</sup> Se o caso é difícil ou impossível de o jurista resolver com algum grau de objetividade no Direito Positivo, não seria melhor o jurista ser deferente ao ato da Administração Pública e/ou do Legislativo caso ele exista, em vez de tentar buscar a solução que considere mais adequada, ideal ou correta? Caso se concorde com Habermas (2010, pp. 115-116), Kant e Rousseau que "o princípio da democracia não pode ser subordinado ao princípio moral" ou ao menos que, "no Estado democrático de direito, compete à legislação política a função central" (HABERMAS, 2010, p. 243), a resposta, ao menos a princípio, é positiva. A proposta do presente trabalho é comprovar ser esta a melhor postura por meio de dados concretos, ao invés de apenas por conceitos teóricos-abstratos.

O debate brasileiro sobre a interpretação jurídica, por seu turno, ainda está muito focado no tipo de interpretação mais legítima ou sobre os métodos a serem adotados pelo juiz para que sua decisão reflita o mais próximo do direito ideal (busca perfeccionista). O debate quanto às contingências da vida real que impedem a concretização desse perfeccionismo ainda é incipiente. Embora os juristas brasileiros continuem reclamando da baixa qualidade e/ou quantidade de fundamentação das decisões judiciais, do uso inadequado dos princípios e da doutrina pelos juízes, poucos percebem que tal situação pode decorrer dessas contingências. Pode não ser possível ao Judiciário aplicar os princípios e a doutrina do modo como exigido pelos doutrinadores brasileiros. Essa exigência pode ser, na verdade, um dos fatores que levaram ao baixo grau de fundamentação das decisões judiciais. Quanto mais distante do texto legal exige-se ou permite-se

---

<sup>142</sup> Conforme visto no item "1.3.1."

<sup>143</sup> Tal qual Herbert L. A. Hart, Hans Kelsen e Eugenio Bulygin, apontando para a inevitabilidade do arbítrio ou discricionariedade judicial, bem como pós-positivistas, tal qual Manuel Atienza, defendendo a necessidade de construção de *standards* de procedimento e decisão pela ciência jurídica nestes casos (os difíceis).

ao juiz ir, mais ele deve fundamentar sua decisão. Quanto mais fonte externa ao texto legal o juiz (ou qualquer outro decisor) emprega, mais difícil será para ele justificar sua decisão, nos moldes exigidos pela boa doutrina. Não parece ser coincidência, portanto, o fato de os juristas estarem notando uma piora crescente na fundamentação das decisões judiciais<sup>144</sup> ao mesmo tempo em que se observa um incremento na postura pós-positivista (*rectius*, não formalista) do Judiciário.

Por outro lado, a divisão entre positivistas e pós-positivistas ou neoconstitucionalistas é prescindível para o estudo pretendido. A distinção entre formalistas e não formalistas é suficiente. Algo semelhante ocorre na distinção regras vs. princípios. É suficiente e mais produtivo, para o nosso caso, trabalhar a distinção entre regra e *standard*.

Apesar dos ataques que o positivismo sofreu desde o final da Segunda Guerra Mundial e os ataques crescentes ao formalismo jurídico, inclusive pelos positivistas, talvez seja possível, hoje, buscar um consenso em torno da técnica interpretativa. Ela se daria por meio de uma análise mais prática/empírica do que teórica/conceitual. Essa análise do plano operacional da interpretação/aplicação do direito concluiria, acreditamos, que tal consenso se daria em favor do formalismo jurídico, ao menos no âmbito judicial. A constatação da limitação humana e da limitação das instituições responsáveis pela aplicação do direito indicaria que a interpretação jurídica não deve ser feita do mesmo modo por todos. As instituições mais capazes de criar e aplicar o direito deveriam fazê-lo mais livre ou ousadamente – de um modo menos formalista ou não formalista. As menos capazes deveriam ser mais reverentes às anteriores – adotando uma interpretação mais formalista ou, simplesmente, formalista. Sendo possível separar umas das outras, por meio da constatação lógico-empírica, é provável que estudiosos de alto nível concordem entre si – seja qual for a concepção de direito que defendam (formalista ou não formalista) e os valores morais e políticos que considerem prevalentes.

Foi observado, contudo, que existiriam dois tipos de formalismo. O que será estudado e defendido é o formalismo enquanto estratégia de interpretação.

---

<sup>144</sup> Cf., por todos, o Min. Sepúlveda Pertence, no HC 78.013-RJ, STF, e Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos: "provavelmente nunca se motivou tão pouco e tão mal" (BARROSO e BARCELLOS, 2010, pp. 293-294).