

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

LORENA DE MELO FREITAS

MARIA ODERLÂNIA TORQUATO LEITE

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

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

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

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

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

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

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

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

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

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

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

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

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

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

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

T314

Teorias do direito e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/ UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: Lorena de Melo Freitas, Maria Oderlânia Torquato Leite – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-206-4

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teorias do Direito. 3. Realismo Jurídico.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

TEORIAS DO DIREITO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

O XXV ENCONTRO DE BRASÍLIA reuniu pela quarta vez o Grupo de Trabalho (GT) "Teorias do Direito e Realismo Jurídico", proposto inicialmente no CONPEDI UFPB. O núcleo da discussão no GT toca em vários temas como se pode perceber pela exposição dos artigos que compõem este livro.

Basicamente o leitor encontrará aqui os seguintes âmbitos de desenvolvimento do debate, inicialmente os artigos de cunho mais puramente teórico, e nestes também incluídos aqueles que concentram a análise a partir de um marco teórico, no caso são destaques Hart, Dworkin, Gadamer e Alexy. Ainda no plano da teoria do direito temos alguns artigos com foco no debate entre linguagem e direito, estes porém já transitam do âmbito mais abstrato para o concreto e preparam o terreno para o diálogo de viés constitucional, aí destacando-se o protagonismo do Judiciário, o ativismo judicial etc como temas afins.

Assim, o debate sobre o realismo jurídico, expressando na sua versão norte-americana o foco no protagonismo do poder judiciário e na sua versão escandinava o cerne linguístico para percepção do jurídico, ambas vertentes encontram guarida nos dezenove capítulos que compõem este livro resultado do GT ocorrido no XXV Encontro Nacional do CONPEDI entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, na Capital Federal, numa parceria com o Curso de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, da UNB - Universidade de Brasília, com a Universidade Católica de Brasília – UCB, com o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF, e com o Instituto Brasiliense do Direito Público – IDP.

Em apertada síntese, compõe o primeiro momento do livro os artigos com as seguintes abordagens teóricas do direito: "TEORIA DA NORMA: UMA FORMA ESTRUTURADA DE ANÁLISE DO DIREITO", que propõe a conciliação de dois postulados para o modelo teórico de norma jurídica que permite uma compreensão ampla e estruturada do Direito. De um lado, a semiologia permite compreender o processo de interpretação e a formação de sentido para o jurista, e, de outro, a ideia de norma como mandamento condicional hipotético possibilita sua análise estrutural; "A TEORIA CRÍTICA DO DIREITO E A CONSTRUÇÃO DO PÓS-POSITIVISMO" no presente trabalho o objetivo é explorar as mudanças ocorridas no direito contemporâneo, sobretudo, no pós-guerra, destacando o papel ocupado pela teoria crítica da sociedade, nos moldes da Escola de Frankfurt, quanto à leitura da estrutura jurídica no contexto das sociedades plurais e complexas que marcam os tempos hodiernos; "AS

BASES E OS DESAFIOS DA CIÊNCIA DO DIREITO : UMA ANÁLISE DA NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS" cuja análise proposta visa compreender a maneira pela qual os princípios adquiriram tal característica e, especialmente, o papel cumprido por eles quanto à sua eficácia jurídica; "A DISTINÇÃO CONCEITUAL DOS DIREITOS POSITIVOS E NEGATIVOS, E O CONFLITO ENTRE O SIGNIFICADO CLÁSSICO E O SIGNIFICADO CONTEMPORÂNEO DE SEUS CONTEÚDOS" neste o estudo resulta do intento de estabelecer um conceito que harmonize fundamentos jurídicos reconhecidamente opostos, demonstrando a separação essencial do conteúdo jurídico dos direitos positivos e negativos.

Ainda num âmbito teórico mas focado no aspecto linguístico-argumentativo, três artigos vêm em sequência: "FONTES DO DIREITO NO CONSTRUCTIVISMO LÓGICO-SEMÂNTICO E NA TEORIA COMUNICACIONAL DO DIREITO: DADO OU CONSTRUÍDO?" analisando a teoria das fontes do direito a partir da dogmática tradicionalista, da escola do Constructivismo Lógico- semântico e da Teoria Comunicacional do Direito, respondendo, para cada um desses paradigmas, se o direito é "dado" ou "construído"; "SIGNIFICADO, PROCESSO E LINGUAGEM" defendendo a tese que não há compreensão fora de seu contexto, e o contexto significa na medida em que uma comunidade determina e atua quando com ele defrontada. Dessas considerações busca-se analisar como a filosofia do direito reagiu a essas mudanças, e as saídas propostas na filosofia do direito contemporânea; e "O PAPEL DO ARGUMENTO SILOGÍSTICO NA JUSTIFICATIVA DA DECISÃO" que busca demonstrar o papel central e contemporâneo do silogismo na argumentação jurídica como importante instrumento para justificar uma decisão judicial.

Passando para o foco autoral e assim sendo o critério de agrupar temas, seguem os artigos: "DISCRICIONARIEDADE E DECISÃO JUDICIAL: ENTRE HART E DWORKIN" cujo trabalho se destina a analisar a teoria de Hart e de Dworkin no que diz respeito, principalmente, aos seguintes quesitos: regras, regras de reconhecimento, princípios e discricionariedade judicial; Ainda explorando a discricionariedade o artigo "CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA X NEOCONSTITUCIONALISMO: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL" objetiva traçar as semelhanças e distinções entre o garantismo e o (neo)constitucionalismo, aqui avaliado como um constitucionalismo principialista; e concentrado no debate entre aqueles autores, "O DEBATE JURÍDICO ENTRE DWORKIN E HART: UMA ANÁLISE DA RELAÇÃO ENTRE DIREITO E A MORAL EM “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” E “O CONCEITO DO DIREITO” tem como objeto de estudo a exposição do debate travado entre Ronald Dworkin, e de H. L. A Hart em especial, as três teses sobre o que seria o Positivismo Jurídico e contrastá-las com as ideais de Hart; Já cotejando Dworkin com Gadamer, o artigo intitulado "OS PRINCÍPIOS

NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: DIRETRIZES DE REGULAÇÃO A PARTIR DOS TRABALHOS DE RONALD DWORKIN E HANS-GEORG GADAMER" traz a questão da hermenêutica constitucional, na qual se possa ancorar a legitimidade jurídico-normativa dos Princípios e nesse caminho teórico, apresentam-se diretrizes para a delimitação de um núcleo objetivo de legitimação do Poder Jurisdicional, com base na "resposta correta" em Dworkin e na "correção da interpretação", proposta por Hans-Georg Gadamer; Passando para o referencial em Alexy, temos os artigos: "A TESE DO CASO ESPECIAL NA FORMA DA TEORIA DO DISCURSO: UM ESTUDO EM ROBERT ALEXY" cuja tese do caso especial desenvolvida na forma da teoria do discurso pode ser considerada o elemento de destaque da teoria do direito de Robert Alexy, uma vez em que nela já se encontram as bases de todo seu pensamento, inclusive a teoria dos princípios e o conceito de direito; e "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 1.856/RJ – UM ENSAIO CRÍTICO A PARTIR DO PENSAMENTO DE ROBERT ALEXY" ao abordar a "lei do sopesamento" de Robert Alexy que se propõe a determinar qual "deve ser" o princípio a ser utilizado em caso de colisão entre princípios e tenta demonstrá-lo na decisão dada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2011 na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856/RJ, quando a Suprema Corte decidiu sobre o angustiante problema das "rinhas ou brigas de galo"; sobre a proporcionalidade, o artigo "MODELO CONSTITUCIONAL E A RACIONALIDADE NAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DA TÉCNICA DA PROPORCIONALIDADE" estuda a ponderação dos princípios através da técnica da proporcionalidade, que visa atribuir racionalidade as decisões, mas não elimina o subjetivismo, pois não há uma aplicação objetiva com valores pré-definidos, ainda que propicie obrigatoriedade de uma forte argumentação jurídica na fundamentação da decisão.

Com cerne constitucional, o bloco final de artigos encerram o livro, são eles: "O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE DAS LACUNAS LEGISLATIVAS" no qual se observa que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes; "CIRCUNSTÂNCIAS FAVORECEDORAS DO PROTAGONISMO DO PODER JUDICIÁRIO NO DEBATE E SOLUÇÃO DE QUESTÕES POLÍTICO-SOCIAIS" com um análise pontual sobre as circunstâncias que favorecem o importante papel atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais, na proteção dos interesses das minorias e no debate político; "NORMAS DECLARATÓRIAS DE PRINCÍPIOS PROGRAMÁTICOS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA" o

presente propõe uma análise dos impactos da classificação das normas constitucionais declaratórias de princípios programáticos, na visão da teoria tripartite do ilustre jurista José Afonso da Silva, no atual panorama de constitucionalização simbólica; "O CONSTITUCIONALISMO PÓS-SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA EVOLUÇÃO DO PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO PARA A EFETIVAÇÃO DAS CONSTITUIÇÕES SUBSTANCIALISTAS" tratando da evolução do constitucionalismo até o neoconstitucionalismo, com foco nas Constituições Brasileiras de 1946 e 1988 e a atuação do Supremo Tribunal Federal para a efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, tem por objetivo principal compreender por que a Corte Constitucional pátria vem dominando o cenário político não obstante a atipicidade desse movimento; e continuando o debate sobre o protagonismo judicial "ATIVISMO JUDICIAL NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REALIDADE BRASILEIRA SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL" parte da investigação da expressão "ativismo judicial" para analisar a interpretação judicial do tipo construtiva ou autorrestritiva tendo como objeto de estudo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre desaposentação.

Eis, pois, uma breve apresentação dos artigos com o fito de estimular o leitor a diretamente ir para os artigos. Boa leitura!

Profa. Dra. Lorena Freitas

Adjunta IV UFPB/PPGCJ - líder do Grupo de Pesquisa/CNPq "Realismo Jurídico"

Profa. Dra. Maria Oderlânia Torquato Leite

Adjunta I - URCA

**O NEOCONSTITUCIONALISMO E O MODERNO MÉTODO DE
INTERPRETAÇÃO DE NORMAS JURÍDICAS ATRAVÉS DA CRIAÇÃO
JUDICIAL DO DIREITO, UMA OBRIGAÇÃO POSITIVA DOS JUÍZES DIANTE
DAS LACUNAS LEGISLATIVAS**

**THE NEOCONSTITUTIONALISM AND THE MODERN METHOD OF
INTERPRETATION OF LEGAL RULES THROUGH THE JUDICIAL CREATION
OF LAW, A JUDGES POSITIVE OBLIGATION TOWARDS LEGISLATIVE GAPS**

Rossana Marina De Seta Fisciletti ¹
Sergio Silveira De Oliveira ²

Resumo

Neste trabalho observa-se que um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito é a separação dos Poderes, mas atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, pois uma corrente neoconstitucionalista ou pós-positivista vem impondo uma nova visão sobre as formas de relacionamento entre os Poderes. O Legislativo, por exemplo, é a autoridade constituída para a elaboração das normas, mas ao mesmo tempo, a Constituição Federal conferiu ao Judiciário diversas garantias para que a discricionariedade judicial de interpretar e integrar o direito seja preservada, principalmente diante da lacuna e insuficiência de normas que asseguraram direitos à sociedade.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Lacunas legislativas, Criação judicial do direito

Abstract/Resumen/Résumé

In this work we see that one of the main principles of the Democratic State of Law is the separation of powers, but at present it is preferred to mention collaboration of powers as a neoconstitutionalist ideology or postpositivist has imposed a new vision about the ways of relationship between these powers. The legislature, for instance, is the authority responsible for the development of regulations but at the same time the Constitution gave the Judiciary several guarantees, so that the right to interpret and integrate is preserved, especially on the gap and insufficient rules that ensured rights to society.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Neoconstitutionalism, Legislative gaps, Judicial creation of law

¹ Doutoranda em Direito (UVA), Mestre em Direito (UGF), Pós-graduada em Gestão da Educação a Distância (UFF), Professora UNESA e Pesquisadora IESUR/FAAr. Advogada.

² Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/RJ, Mestrando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida e diretor jurídico de Escritório de Advocacia.

1. Introdução

Os juízes e tribunais são órgãos de produção jurídica. Esta assertiva, à primeira vista e sob a ótica normativista, está na contramão do Estado Democrático de Direito, principalmente no que diz respeito ao sistema de separação dos Poderes da União, uma vez que a autoridade constituída e competente para a elaboração de normas é o Legislativo e não o Judiciário.

Contudo, a partir do estudo da nova fase que vivencia o Direito, consagrada como neoconstitucionalismo, observa-se que a assertiva inicial é verdadeira e não foge aos ideais constitucionais: os juízes, na difícil tarefa de decidir sobre a vida e bens de particulares, têm discricionariedade de interpretar o direito segundo ordem de valores implícita e explícita. Até mesmo a Constituição confere diversas garantias para que tal discricionariedade judicial seja preservada.

Como órgão de criação judicial, o Judiciário se difere do Legislativo em muitos aspectos, que serão aqui analisados. Porém, o resultado final demonstra que as normas jurídicas produzidas pelos juízes são tão obrigatórias quanto às produzidas pelos legisladores.

Entre as características do neoconstitucionalismo, adiante examinadas, chamou atenção o método de interpretação da lei com base em princípios, realizada pelos juízes. Onde encontrar a legitimidade para criação judicial do Direito? Quais os aspectos dos órgãos de produção jurídica e os limites da interpretação judicial? As indagações e soluções são frutos da construção teórica realizada por LUIS PRIETO SANCHÍS, catedrático de Filosofia do Direito da Universidade Castilla-La Mancha. Com base em suas orientações é que este breve estudo foi elaborado. A metodologia da pesquisa empregada é a revisão bibliográfica sobre o tema e o estado da arte.

1.1. Marco teórico: o neoconstitucionalismo de Luis Prieto Sanchís

Segundo SANCHÍS, o neoconstitucionalismo é uma forma de organização política que vem ganhando espaço desde meados do século passado, sendo um modelo histórico, que não reúne, em todas as suas manifestações, elementos de uniformidade absoluta, mas, a partir de conceitos gerais compartilhados pode-se falar de algo diferente: um modelo que converge tradições constitucionais: a do modelo norte-

americano cujo traço marcante é a ideia de supremacia constitucional e consequente garantia jurisdicional; e a do modelo europeu, que se destaca pela organização de um projeto político articulado, detalhado, condicionador das futuras decisões coletivas através do reconhecimento de direitos e princípios amplamente catalogados.

A grandeza conceitual e metodológica do neoconstitucionalismo é ensinada por Sanchís, como uma revisão de algumas teses centrais do positivismo, em versão mais ortodoxa, resumindo-se de forma mais esquemática e simplificada e entendendo ser, o constitucionalismo, modelo ideal de Estado de Direito, por conectar o conjunto de valores ou princípios de natureza moral com o Direito. Desta conexão resultam algumas consequências:

A primeira é que a validade das normas ou decisões deve estar adequada a Constituição e na moral que recria a argumentação constitucional.

A segunda destaca uma nova forma de interpretar a teoria do Direito: através de um ponto de vista a adoçando interno ou comprometido por parte do jurista, um trabalho construtivo e não somente descritivo por parte do estudioso do Direito.

A terceira refere-se ao problema da obediência ao Direito, a qual Sanchís (2003, p. 101), não acredita que o modelo de Estado constitucional, nem qualquer outro modelo, modifique as crenças a respeito das relações entre Direito e moral, da obrigação de obediência ou da perspectiva que seja adotada para o conhecimento do Direito.

A quarta consequência refere-se ao garantismo propiciado pelo constitucionalismo contemporâneo, uma vez que só pode prosperar a partir de um Estado Democrático de Direito, que realiza um juízo de validade das leis, não só de critérios formais ou relativos ao órgão competente e ao procedimento (quem legisla e como faz), senão também aos critérios substantivos ou de conteúdo que proporcionem os direitos constitucionais, tanto os civis e políticos, como os sociais¹.

A nova ótica interpretativa, trazida pelo neoconstitucionalismo, é objeto do

¹ Segundo Sanchís (2003, 105): “En conclusión, el constitucionalismo no equivale sin más a garantismo, pero sí representa el único marco institucional en que éste puede realizarse; como modalidad del Estado de Derecho que impone límites formales y sustantivos al legislador democrático; como filosofía política crítica que requiere partir de una idea del Estado como instrumento artificial diseñado al servicio de una moral pública basada en los derechos; y como teoría del Derecho capaz de poner de relieve las antinomias y lagunas internas al sistema, las contradicciones entre los distintos niveles normativos. Lo que ocurre es que, partiendo de las premisas del constitucionalismo, ya hemos visto que no todos sus desarrollos han de terminar abrazando la propuesta garantista, al menos no en todos sus aspectos. Esto es sólo una posibilidad, acaso la más fecunda y atractiva”.

presente estudo.

2. Interpretação normativa segundo Hans Kelsen

KELSEN, em sua Teoria Pura, afirma que para um órgão jurídico interpretar, antes é necessário fixar o sentido das normas que vai aplicar, interpretando-as e obedecendo a hierarquia piramidal², consagrada em sua doutrina. Duas espécies de interpretação foram propostas pelo jurista austríaco: a realizada pelo órgão que o aplica e a realizada por pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.

Na escola formalista de Kelsen (2003, p. 390), o Direito a ser aplicado, forma uma moldura e “dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível”. Dessa forma, o teórico reconhece as várias possibilidades de interpretação:

Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente.³

Para Kelsen a interpretação pode se dar de forma autêntica ou não autêntica. A interpretação é autêntica quando feita pelo órgão aplicador do Direito, quando cria o Direito, não só em caráter geral (para todos os casos iguais), como também no caso concreto, através da criação de uma norma individual.

Quando feita pela ciência jurídica, a interpretação é considerada como não

² Para Kelsen, as normas têm uma graduação, denominada “escalão”, que se relacionam e são divididas em normas de escalão superior e normas de escalão inferior, como exemplo a relação entre a Constituição (escalão superior) e a lei (de escalão inferior); entre a lei e sentença judicial. “A norma do escalão superior regula o ato através do qual é produzida a norma do escalão inferior, ou o ato de execução, quando já deste apenas se trata; ela determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar”. Todavia, afirma Kelsen, a determinação nunca é completa, pois a norma de escalão superior não pode vincular todos os aspectos do ato, deixando uma margem de livre apreciação “de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 388.

³ Kelsen alerta para o fato de que os métodos de interpretação conduzem a um resultado ‘possível’, que não pode ser considerado como o ‘único correto’: “Só que, de um ponto de vista orientado para o Direito positivo, não há qualquer critério com base no qual uma das possibilidades inscritas na moldura do Direito a aplicar possa ser preferida à outra”. Ibidem, p.391.

autêntica, pois não se trata de uma criação jurídica, apenas de realização de possíveis significações de uma norma jurídica, deixando a escolha a cargo do órgão competente para aplicação do Direito. A interpretação científica ou não autêntica não está comprometida com a vontade do legislador, pois tenta revelar todas as significações possíveis que a norma possa ter, sendo capaz de ter um efeito prático, como assinala Kelsen (p. 397):

(...) É que uma tal interpretação científica pode mostrar à autoridade legisladora quão longe está a sua obra de satisfazer à exigência técnico-jurídica de uma formulação de normas jurídicas o mais possível inequívocas ou, pelo menos, de uma formulação feita por maneira tal que a inevitável pluralidade de significações seja reduzida a um mínimo e, assim, se obtenha o maior grau possível de segurança jurídica.

Na esteira do raciocínio Camargo (1999, p. 112):

Interpretar para Kelsen é estabelecer esta moldura das várias possibilidades de significação da lei. Interpretar não é buscar um significado, nem mesmo o mais adequado ao caso. Kelsen acredita que não temos como verificar no âmbito do direito, qual seja a interpretação correta, muito porque os métodos apresentados pela teoria tradicional mostraram-se insuficientes a tamanha pretensão.

O modelo científico trazido por Kelsen analisa a norma posta pela autoridade competente. O enfoque é dado a Constituição como norma fundamental e que impõe sua adequação lógica às demais normas, hierarquicamente inferiores. Trabalha o direito dentro da realidade, do dado concreto: são válidas às normas produzidas pela autoridade constituída e reconhecidamente competente e em consonância com a ordem constitucional. O positivista não tem discurso de natureza valorativa, visa reconstruir práticas existentes. Não trabalha valores, sem antes ter os pés no chão.

O normativismo kelseniano, sem dúvida, colaborou com o desenvolvimento não só de uma teoria da ordem jurídica, como também de uma teoria da própria Constituição e supremacia desta às demais normas. Contudo, a rápida evolução social e conseqüentemente do Direito, busca respostas além do normativismo. É que o sistema de encontrar soluções previamente elaboradas, redigidas e catalogadas pelo legislador, encontra-se insuficiente nos dias atuais⁴.

⁴ Na lição de Sanchís (2003, p. 126): La teoría del Derecho positivista ya no puede ser, por tanto, legalista porque la ley ya no es la única ni la suprema fuente del Derecho; conserva, sin duda, una gran importancia que no es preciso subrayar, pero ahora su función no es <<crear>> el sistema, sino <<integrar-se>> en un sistema ya dado y en permanente renovación donde su palabra es sólo una de las que pueden pronunciarse, no la única, ni la última.

Herbert Hart (2001, p. 148) acenou para este fato ao lançar a tese de que as normas possuem uma textura aberta, uma vez que não se fecham, permitindo o desenvolvimento pelos tribunais e juízes, “os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso”. Percebeu Hart (1994, 313) que o mundo é caracterizado por um número infinito de aspectos e combinações, sendo inviável antecipar todas as coisas, estabelecer regras que excluíssem a possibilidade de outra escolha, afinal os legisladores são incapazes de antecipar o futuro. Esta margem de incerteza é “bem-vinda, no caso de muitas regras jurídicas, de forma que pudesse tomar-se uma decisão judicial inteligente quando a composição do caso não previsto fosse conhecida e as questões em jogo na sua decisão pudessem ser identificadas e, assim, resolvidas racionalmente”.

3. O neoconstitucionalismo e a nova proposta interpretativa

Como o desabrochar de uma rosa perfumada, o neoconstitucionalismo surge, com ares de mistério, festejado e digno de tributo, como nas linhas poéticas de Schier (2005):

Após a escuridão de um longo período, a luz se acende! Veio mostrar a clareza, apontar os caminhos, evitar os choques, permitir o início de um novo momento em que podemos olhar o que outrora estava escondido nas sombras de um quarto fechado. Antes, porém, nos primeiros momentos da luz, em questão de segundos ou por vezes minutos, a claridade agride a retina, ofusca o olhar, confunde os objetos... causa confusão!!!

De acordo com Sanchís, os princípios predominam sobre as regras, pois não são hierarquizados⁵, para que sejam aplicados no momento oportuno, ponderados pelo juiz. Alexy (2003, p. 94) informa que essa teoria expressa a ideia de que os princípios são *mandatos de otimização* e é denominada “teoria dos princípios”.

Para Alexy, segundo a teoria dos princípios, estes são normas que ordenam

⁵ O polêmico caso do editor Siegfried Ellwanger, condenado pelo crime de racismo, criou jurisprudência no STF: “As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o 'direito à incitação ao racismo', dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.” (HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-03, DJ de 19-3-04).

que algo realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas⁶. Consequentemente, os princípios⁷ são mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e na medida requisitada em que devam ser cumpridos, dependendo das possibilidades fáticas e jurídicas (p. 95). Já as regras são *mandatos definitivos*, uma vez que, para que tenham validade, ordenam que se faça exatamente do modo exigido. Aponta, ainda, que a distinção entre regras e princípios é apenas qualitativa e não de graduação. Assim, toda norma pode ser uma regra ou um princípio.

Alexy percebeu que a distinção entre regras e princípios se mostra clara diante da colisão entre princípios e conflitos entre regras.

Neste esteio, observa-se que o neoconstitucionalismo representa a superação do positivismo e ressalta a atividade de produção do direito pelos juízes, ou seja, daqueles que não podem se eximir da solução de conflitos e da aplicação de normas.

4. Conflitos entre regras e princípios

Os conflitos entre regras podem ser solucionados de duas maneiras: introduzindo uma cláusula de exceção ou declarando a invalidade de uma delas (Alexy, p. 96).

O conflito entre princípios é realizado pela técnica da ponderação.

O conflito de regras é exemplificado por Alexy (p. 97), com uma ordem imposta por uma escola, de que os alunos só podem sair da sala de aula após ouvirem o sinal da saída, a exceção se verifica na hipótese de alarme sonoro de incêndio, quando os alunos poderão abandonar a sala de aula.

⁶ Como na interessante decisão do STF, no caso da cantora mexicana Gloria Trevi, que ficou grávida dentro do sistema prisional no Brasil: “Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda. (...) Bens jurídicos constitucionais como ‘moralidade administrativa’, ‘persecução penal pública’ e ‘segurança pública’ que se acrescem, — como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, — ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.” (Rcl 2.040-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento em 21-2-02, DJ de 27-6-03).

⁷ ALEXY (2003, p. 104), informa que GÜNTHER se opõe a ideia da teoria das normas, afirmando que não existem princípios, somente normas aplicadas de maneiras diferentes, não é uma distinção que esteja na estrutura das normas. Alexy reconhece que a crítica de Günther tem razão quando este diz que é difícil saber quando tratar a norma como regra ou como princípio, contudo, a resposta encontra-se na interpretação dos casos.

Sobre o conflito entre princípios, Alexy (p. 97-99), traz o exemplo de um acusado sofrendo um ataque cardíaco durante seu julgamento pelo Tribunal. Poderia a sessão ser interrompida para que o acusado seja hospitalizado e garantir o seu direito à vida ou daria prosseguimento à sessão no Tribunal para garantir o funcionamento adequado do sistema penal? O Tribunal terá que solucionar o conflito, estabelecendo uma relação entre eles, condicionada ao caso concreto. Assim, o direito à vida, por ser fundamental terá um peso maior. O que resulta em uma *lei de colisão*, que expressa o fato de que entre os princípios de um sistema não existem relações absolutas de precedência⁸:

5. Colaboração de Poderes

A Constituição separa os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, mas os mantém harmônicos e independentes entre si (artigo 2º, da CF/88). A tendência da colaboração de poderes é verificada por Silva (2003, p. 109):

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara dos Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes.

O referido jurista ensina que a harmonia entre os poderes é verificada através das normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas entre os órgãos de cada poder, porém, nem a divisão de funções, nem a independência são absolutas (Silva, p. 110):

Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.

⁸ Alexy (2003, p. 100): La tarea de la optimización consiste en establecer dichas relaciones de manera correcta. Como quiera que, según la ley de colisión, establecer una relación de precedencia condicionada es siempre establecer una regla construida con ocasión del caso concreto, debe concluirse que el nivel de los principios y el nivel de las reglas de ningún modo están separados. Resolver un caso mediante una ponderación significa decidirlo por medio de una regla que se fundamenta teniendo en cuenta los principios que juegan en sentido contrario. En esta medida, los principios son razones necesarias para las reglas.

E é no plano da harmonia entre os poderes que se desenvolve a coincidência da atividade precípua do Legislativo pelo Judiciário: a produção de normas jurídicas.

6. Os Tribunais como órgãos de produção jurídica

Os juízes criam Direito? O assunto pode causar divergências, como bem salienta SANCHÍS ao dizer que não se trata de uma discussão de postura progressista ou conservadora, senão de extrair as consequências político-jurídicas da questão.

A expressão órgão de produção jurídica, trazida por Sanchís (2005, p. 223), tem a ver com a natureza da função jurisdicional e a posição dos tribunais, mostrando o caráter de criadores do Direito, mas sugerindo também a responsabilidade que ostentam como órgãos de sistema jurídico e político.

A figura do juiz, segundo Sanchís, não deve continuar como sendo um sujeito irresponsável, hercúleo investigador da melhor moral, que explica e justifica o Direito positivo, embora, não queira dizer com isso que os juízes são órgãos de um “criacionismo” radical, afinal não se trata de uma concepção irracional da interpretação⁹. Os valores e princípios morais que inspiram as sentenças judiciais não são mais objetivos, nem mais legítimos ou justos que os do legislador (2005, p. 224).

Figuerola (2003, p. 166) aponta para o fato de que a ponderação remete necessariamente a um raciocínio jurídico complexo cujas premissas vão além do Direito positivo e cuja aplicação não responde propriamente ao esquema subsuntivo da aplicação do Direito como é concebido tradicionalmente.

7. Aspectos dos Órgãos de produção jurídica

Sobre a posição definida pelos tribunais dentro do sistema jurídico, Sanchís revela três aspectos (2005, p. 225):

- a) que os juízes produzem normas jurídicas obrigatórias, mesmo quando eventualmente não utilizam as prescrições legais;
- b) que as decisões judiciais podem ser derivadas de criações preexistentes ou

⁹ SANCHÍS (2005, p. 223) esclarece que nem toda interpretação equivale uma nova criação, a maior parte das decisões judiciais são previsíveis, por conta do Direito objetivo, da cultura jurídica firmada pelas decisões precedentes.

novas.

c) que os elementos ideológicos e morais que se conjugam com o Direito preexistente para elaboração de uma decisão judicial, não são melhores dos que os ponderados por qualquer outro órgão de produção jurídica.

7.1. Jurisdição e legislação: diferenças

Não é possível estabelecer uma diferença qualitativa ente jurisdição e legislação, pois em ambos os casos o Direito criado é obrigatório e válido. Porém a diferença é percebida sob o prisma quantitativo ou de grau, afinal o Legislativo tem como função primordial a elaboração das leis e, neste sentido, sua competência é disciplinada e limitada pela Constituição, que estabelece sua atividade como órgão produtor de normas, o mesmo não ocorre com o Judiciário.

No Brasil, um exemplo típico de órgão do Poder Judiciário¹⁰ proferindo decisão com força de lei, é o Supremo Tribunal Federal tendo em vista sua competência para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, através do controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, I, “a”, da CF/88). Nestes casos, a decisão do STF terá os seguintes efeitos: *Erga omnes*, uma vez que será oponível contra todos; *Ex tunc*, retroagindo para alcançar todos os efeitos jurídicos, da lei ou ato normativo inconstitucional ou *Ex nunc*, conforme artigo 27, da Lei 9.868/99, quando, por razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringe os efeitos da declaração ou decide que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento¹¹ que venha a ser fixado; *Vinculante*, todos os órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário, estarão vinculados à decisão do STF; *Eficácia preclusiva*, após a formação da coisa julgada, ou seja, a questão objeto da ação declaratória não poderá ser rediscutida.

¹⁰ Hans Kelsen foi o precursor e organizador do modelo de Tribunal Constitucional: “Se o controle da constitucionalidade das leis é reservado a um único tribunal, este pode deter competência para anular a validade da lei reconhecida como “inconstitucional”, não só em relação a um caso concreto, mas em relação a todos os casos a que a lei se refira – quer dizer, para anular a lei como tal”. Op.Cit., p. 303.

¹¹ Segundo MORAES (2001, p. 601), o STF deverá escolher, para produção dos efeitos, “qualquer momento entre a edição da norma e a publicação oficial da decisão. Dessa forma, não poderá o STF estipular como termo inicial para a produção dos efeitos da decisão, data posterior à publicação da decisão no Diário Oficial, uma vez que a norma inconstitucional não mais pertence ao ordenamento jurídico, não podendo permanecer produzindo efeitos”.

Guastini (2005, p. 56) afirma que não existe um texto normativo com um só significado determinado antes da interpretação. Ao usar o vocábulo ‘norma’ para referir-se ao significado do texto, então se pode dizer que cada interpretação de um mesmo texto normativo produz uma norma diversa.

Ao descrever o fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, Guastini, revelou que, uma das condições para considerar um sistema com grau maior ou menor de constitucionalização, dentre outras¹², é a “interpretação conforme as leis”, a qual o juiz elege a interpretação correta, decidindo qual interpretação é preferível, quando da escolha entre duas possibilidades: interpretar uma norma que contraria a Constituição, considerando-a como inconstitucional; ou interpretar uma norma adequada, considerando-a em conformidade com a Constituição (p. 56-57).

Outro aspecto estudado por Sanchís (2005, p. 226-227), a partir da obra de Fuller e Winston¹³, é o caráter institucional da produção jurídica do juiz e do legislador: o primeiro decide no presente, diante dos fatos, levando em conta a oitiva das partes e o contraste de argumentos trazidos por elas e a produção de provas, elementos que servem de base para fundamentação da decisão. O segundo tem produções de natureza política e negociais, uma vez que decide para o futuro, em abstrato, levando em conta programas de atuação política, um objetivo político geral, defendido, por exemplo, por um grupo ou partido. As fontes materiais para sustentar a lei e a sentença não se constituem em elemento central de distinção entre legisladores e tribunais, senão na dimensão formal, *el modus operandi*, o que singulariza a cada um dos órgãos de produção jurídica.

Dentro de um sistema de Constituição rígida, o Legislativo é órgão autônomo de criação do Direito, quer dizer, não se pode reprovar que suas decisões modifiquem o Direito precedente. Por outro lado, o juiz¹⁴ deve encontrar no cumprimento da

¹² Guastini (2005, p. 50) sustenta que a constitucionalização do sistema jurídico é uma questão de graduação, no sentido de que um ordenamento pode estar mais ou menos constitucionalizado, dependendo de quantas e quais das seguintes condições de constitucionalização estejam satisfeitas: rigidez constitucional; garantia jurisdicional; força vinculante; sobre-interpretação ou interpretação extensiva; aplicação direta das normas constitucionais; interpretação conforme as leis; influência da Constituição sobre as relações políticas. Quando todas as condições da lista estiverem satisfeitas, se trata de um ordenamento jurídico completamente impregnado pelas normas constitucionais.

¹³ FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. (1978, p. 353-409).

¹⁴ Como salienta AGUIAR JÚNIOR (1989, p. 18), “a natureza do trabalho intelectual que o Juiz realiza coloca-o diante de teorias divergentes, de múltiplas opções interpretativas, de diversos conteúdos adaptáveis aos conceitos abertos, enquanto que a natureza decisória de sua atividade lhe impõe a escolha de apenas uma das alternativas, com a eliminação definitiva das demais”.

Constituição e da lei o fundamento primeiro de sua legitimidade, daí sua natureza de órgão heterônomo.

Entre juiz e legislador existem muitas diferenças, os juízes gozam de ‘virtudes’ que os legisladores não possuem: independência; apolitismo e imparcialidade. As virtudes judiciais são tidas como condições indispensáveis para que o juiz seja autêntico, capaz de resolver conflitos e definir a situação jurídica dos jurisdicionados¹⁵.

Sanchís (2005, p. 234) defende que o juiz elabora sua sentença como a única possível diante dos aspectos fáticos e normativos submetidos ao seu conhecimento, diferenciando-se do legislador, que adota decisões variáveis ante avaliações de oportunidade e execução de certo projeto político. O juiz, via de regra, atua com base em princípios neutros e gerais, ajustando suas decisões a um modelo de universalidade e generalidade, ou seja, estaria disposto a decidir semelhantemente em casos análogos.

A motivação das sentenças judiciais é mais uma forma de distinção, um verdadeiro instrumento de controle da produção jurídica, pois possibilita a crítica ao comportamento do órgão judicial, revelando que detém um poder delegado e não soberano (Sanchís, 2005, p. 240):

Que los jueces hayan de motivar equivale a negarles facultades creativas de <<propio imperio>>, supone que han de explicar y justificar por qué adoptan una decisión y no otra, implica, en definitiva, que ostentan un poder delegado y no soberano.

O processo de motivação de sentença não constitui apenas em requisito que define a legitimidade do Direito judicial, permitindo o controle e a crítica social, é também um direito fundamental, uma garantia constitucional (art. 93, IX, da CF/88).

O controle da produção de normas elaboradas pelo legislador, segundo Sanchís, se dá através de sua eleição, ou seja, o legislador responde ante os eleitores, sem prejuízo do sistema de fiscalização constitucional.

8. Legitimidade da criação judicial do Direito

O poder de criar dado ao Judiciário tem sido considerado por alguns como

¹⁵ Virtudes do ‘bom juiz’ verificadas por Sanchís (2005, p. 232), que ressalva o fato de que a imparcialidade judicial é muito mais possível quando o juiz aplica a norma pré-existente, quando não é o órgão criador.

uma grave lesão do princípio democrático.

É objetivo prioritário do Estado Constitucional de Direito, como assinala Figueroa (2003, p. 167), restringir qualquer poder suscetível de exercício arbitrário, e reforçar esta limitação com a incorporação de certos direitos, visando restringir o poder do legislador e, transitivamente, do juiz. No entanto, não é bem assim que isto ocorre, diz o jurista, os princípios constitucionais apresentam natureza “bifronte”: por um lado constituem um limite na medida em que encerram um núcleo de significado irrenunciável, ao mesmo tempo sua ponderação confere uma maior margem de discricção.

A legitimidade do poder criativo do juiz¹⁶ encontra-se respaldada na Constituição, que prevê a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos (artigo 95, I a III, da CF/88), são garantias para existência de um Judiciário independente e imparcial e que define o desenvolvimento do Direito Judicial. Sanchís (2005, p. 243) declara que o Direito Judicial apresenta uma legitimidade indireta, mediata e frágil.

Deste modo, o juiz possui obrigações positivas, pois, mesmo que não existam leis sobre o questionamento submetido à sua apreciação, não pode deixar de dizer o direito.

Além das garantias previstas em sede constitucional, o artigo 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, prevê que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Semelhante norma é prevista no artigo 140, do Novo Código de Processo Civil, que dispõe: O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

8.1. Problemática da justificação judicial

¹⁶ Opinião diversa é a de J A Almeida Paiva: Todavia, à guisa de atender aos reclamos sociais (art. 5ª da LINDB), de procurar compor os conflitos segundo o bem comum e o interesse da coletividade, o juiz jamais poderá deixar de cumprir a lei, substituindo a vontade do legislador, que certa ou errada, é a vontade do povo através do Congresso Nacional. Pode sim o juiz pelos meios próprios reconhecer a inconstitucionalidade da lei infraconstitucional, mas enquanto ela não for alterada, deverá obedecê-la, cumpri-la e fazer respeitá-la, sob pena de comprometer a essência do Poder Judiciário que é a garantia, certeza e segurança dos jurisdicionados frente ao Judiciário. Em última análise, se há lei ela deve ser cumprida; se há lacunas, o juiz poderá supri-las; se a lei deve ser mudada, caberá aos poderes competentes fazê-lo, nunca ao Juiz, sob pena de inversão total da lógica jurídica, do constitucional sistema tripartite dos Poderes da República. Artigo: *A função do juiz é interpretar e aplicar a lei, não legislar!* Disponível em:< <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/939-a-funcao-do-juiz-e-interpretar-e-aplicar-a-lei-nao-legislar>>. Acesso em 15 mar. 2016.

Acerca da legitimidade, existe um problema de fundo, que não pode ser deixado de mencionar: qual é o critério material ou substantivo em que os juízes justificam suas decisões? Contam com algum ponto de referência, que não seja a subordinação à lei, capaz de explicar e legitimar suas sentenças?

Sanchís (2005, p. 247) afirma que existe alguma lógica especial para o raciocínio judicial, uma ordem de valores explícita ou implícita, interiorizada no magistrado, que é portador de uma consciência supra-individual, não subjetiva: *“el juez dispone de un orden de valores que le proporciona la solución justa más allá de la ley, e incluso contra la ley, y es a ese orden a quien deberá endosarse la responsabilidad”*.

Os valores superiores e os princípios constitucionais desempenham uma função essencial como critérios orientadores das decisões judiciais, uma vez que os juízes devem ponderar os interesses em conflito não à luz de sua consciência, supostamente portadora do espírito jurídico da comunidade, senão atendendo a ideologia jurídico-política cristalizada no texto constitucional. (Sanchís, 2005, p. 250).

Se por um lado a Constituição é um estímulo para o Direito judicial, pois o juiz não se limita a verificar a norma, como também interroga acerca da legitimidade constitucional da norma e da solução mais adequada à luz da perspectiva constitucional, por outro lado, a Constituição cerceia o arbítrio do juiz na hora de buscar princípios e valores, além das fontes positivadas.

8.2. Limites da interpretação judicial

Crer que os juízes e tribunais são órgãos de produção de normas jurídicas, não significa abrir um espaço infinito para toda e qualquer decisão seja fundamentada além do direito positivado. O juiz deve lançar mão deste artifício somente quando encontra dificuldades reais, que não estejam reproduzidas nas leis vigentes. Preceitua Sanchís (2005, p. 253): *“Los valores no son entidades lingüísticas vacías ni meras fórmulas de estilo capaces de dar cobertura <<filosófica>> a cualquier decisión”*.

Outra problemática trazida por Sanchís (2005, p. 255), objeto de estudo da Teoria da Justiça é a da justificação das decisões judiciais quando o juiz não

compartilha com os valores elencados na Constituição e nas leis. Deve o juiz justificar conforme a lei, restando a ele mentir ou fingir?

O referido jurista afirma que o juiz guiado por uma moral oculta no Direito positivo, mente acerca dos valores dominantes, vindo a ditar uma sentença ilegal ou inconstitucional, atuará de acordo com sua consciência. Porém, a questão não se refere ao plano institucional, pois a primeira fonte de legitimidade reside no fiel cumprimento de normas e valores estabelecidos ou que se inferem do Direito positivo, ainda que pareçam moralmente discutíveis (2005, p. 256).

A jurisprudência obtém sua legitimidade a partir do fiel cumprimento dos valores, princípios e normas que formam o ordenamento jurídico. Porém as decisões judiciais apresentam com frequência uma dimensão criativa, mas, quando possuam uma grande produção jurídica, não podem ser justificadas invocando a execução de um Direito superior. Conforme ressalva Sanchís (2005, p. 256), a responsabilidade política da decisão é do juiz, as garantias de independência, imparcialidade, motivação, não o eximem da responsabilidade: *“en un sistema auténticamente constitucional, también los tribunales han de rendir cuentas de sua actuación”*.

Sobre a motivação, cabe perguntar se esta é realmente um instrumento eficaz para o exercício de críticas sobre as decisões judiciais ou apenas possui um caráter simbólico ou formal, por não revelar nada ou dizer pouco sobre as autênticas razões da sentença, assevera Sanchís (2005, p. 259):

Es verdad que aunque así fuera, la motivación no sería despreciable pues, cuando menos, sirve para recordar la naturaleza del Derecho judicial. En la actualidad, sin embargo, creo que el estilo de la jurisprudencia, sobre todo de la ordinaria, no facilita precisamente o desarrollo de todas las posibilidades de la censura social y especializada, y ello al menos por dos razones que aparecen íntimamente vinculadas. En primer lugar, y además de utilizar un género literario de difícil comprensión y a veces farragoso, las resoluciones judiciales suelen presentarse, casi sin excepción, como una consecuencia lógica de la aplicación de la ley; por innovador que sea el fallo, la argumentación que lo fundamenta pretende aparecer como una operación exclusivamente técnica.

Como é difícil modificar um estilo jurisprudencial, Sanchís (2005, p. 258) recomenda algumas medidas para que as decisões não encubram a dimensão ideológica e, conseqüentemente, a responsabilidade do juiz: emprego de linguagem e construção gramatical mais transparente, uma redação direta das sentenças e uma potencialização de decisões monocráticas, elemento que facilitaria a personalização da Justiça, frente ao caráter mais difuso da responsabilidade colegiada.

9. Considerações finais

Algumas conclusões podem ser extraídas deste breve estudo:

Embora o neoconstitucionalismo seja um processo em constante desenvolvimento, com resultados a serem avaliados e aperfeiçoados no futuro, algumas de suas propostas vêm ganhando espaço no cenário jurídico, como a ótica interpretativa diferente da apresentada no positivismo jurídico kelseniano, que não mais satisfaz o ordenamento jurídico, em razão da rápida evolução da sociedade.

O Direito e a moral podem ser duas esferas distintas que podem se relacionar ou não. A teoria defendida por Figueroa com muita propriedade, não prega a vinculação entre Direito e moral como fazem os jusnaturalistas; nem cria um véu de separação entre Direito e moral como fazem os positivistas. Faz uma aliança entre as duas ideias, por não serem antagônicas. O Direito e a Moral são independentes entre si, comparados como o sal e a água, elementos independentes, que podem misturar-se. É uma teoria que veio para ficar.

Os princípios gozam de normatividade e, na hipótese de conflito entre eles, se soluciona mediante a técnica da ponderação, ou seja, a partir da valoração, do sopesamento dos princípios em conflito, a fim de definir, no caso, o de maior valor.

Os juízes gozam de independência, imparcialidade e apolitismo, sendo esta a principal diferença da tarefa criativa exercida entre juízes e legisladores, uma vez que estes não gozam de tais virtudes.

As normas produzidas pela via judicial são obrigatórias e válidas, tanto quanto as produzidas pela via legislativa, nem melhores, nem piores, como se depreende do estudo da obra de Luis Prieto Sanchís. A motivação é um instrumento de controle e limitação da interpretação judicial e, por esta razão deve ser redigida com uma linguagem clara, possibilitando o entendimento das razões ideológicas do juiz, uma vez que estas são validamente reconhecidas como parte do processo interpretativo do órgão judicial.

Para uma última análise, vale ressaltar que o juiz não é escravo da lei, mas submetido ao ordenamento jurídico vigente para, de acordo com o seu compromisso com a justiça, buscar acréscimos normativos e principiológicos para responder, aplicar e dar efetividade ao sistema de fins e valores sociais, ainda que a norma legislativa

deixe de lado solicitações e expectativas comuns imanentes à sociedade.

Referências:

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. **Ajuris**, v. 16, n. 45, pp. 7-20, mar. 1989. Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/458>>. Acesso em 02 abr. 2016.

ALEXY, Robert. **Tres escritos de los derechos fundamentales y la teoría de los principios**. Universidad Externado de Colombia: 2003.

ARIZA, Santiago Sastre. **Ciência jurídica positivista y neoconstitucionalismo**. Madrid: McGraw Hill, 1999.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 fev. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 22 jan. 2016.

_____. Presidência da República. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em 04 abr. 2016.

_____. Presidência da República. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 04 abr. 2016.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FIGUEROA, Alfonso García. La teoría del Derecho em tiempos del constitucionalismo. In: **Neoconstitucionalismo(s)**. Miguel Carbonell [Org.]. Madrid: Trotta, 2003.

_____. El paradigma jurídico del neoconstitucionalismo – un análisis metateórico y una propuesta de desarrollo. In: **Racionalidad y Derecho**. Alfonso García Figueroa [Coord.]. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I. The Forms and Limits of Adjudication. **Harvard Law Review**, vol. 92, n. 2, dez. 1978, p. 353-409. Disponível em <

<https://people.rit.edu/wlrgsh/Fuller.pdf>>. Acesso em 30 mar. 2016.

GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización” del Ordenamiento Jurídico. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

HART, Herbert L.A. **O conceito de direito**, 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

_____. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PAIVA, J A Almeida. **A função do juiz é interpretar e aplicar a lei, não legislar!** Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/939-a-funcao-do-juiz-e-interpretar-e-aplicar-a-lei-nao-legislar>>. Acesso em 15 mar. 2016.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Trotta, 2003.

_____. **Interpretación Jurídica y Creación Judicial del Derecho**. Bogotá: Temis, 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Rede**, Salvador, BA, n. 4, dez. 2005. Disponível em: <<http://direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>> Acesso em 15 mar. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.