

**O CASO DA ADPF 132: DEFENDER O TEXTO DA
CONSTITUIÇÃO É UMA ATITUDE POSITIVISTA
(OU “ORIGINALISTA”)?**

// THE CASE ADPF 132: IS DEFENDING THE
CONSTITUTIONAL TEXT A POSITIVIST (OR
ORIGINALIST) ATTITUDE?

Lenio Luiz Streck

>> RESUMO // ABSTRACT

Nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem adotado posturas interpretativas que extrapolam os limites constitucionais postos para a sua atividade. Os fundamentos adotados pela Corte para justificar tais posturas ainda se mantêm atrelados à superação do “positivismo”, à superação da razão (do legislador, considerado inerte) pela vontade (do julgador), onde o texto constitucional passa a depender dos juízos subjetivos dos Ministros e tem sua normatividade enfraquecida. O presente artigo pretende, então, demonstrar o que significa, realmente, o positivismo e porque tal viravolta realizada pela Corte não o supera, além de apresentar os efeitos colaterais do ativismo judicial do Supremo. // In the last years, the Brazilian Constitution has been taken by a theoretical line that admits and defends the need for judicial activism to solve political and social problems presented by everyday life. The last attempt was a constitutional lawsuit – known in Brazil as “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” ADPF n. 182 (Claim of Fundamental Principle Violation) – which purposes the judicial regulation marriage of same-sex persons. In this article it is problematized by demonstrating how such intent would express a serious democratic risk because it has become the judicial review in an everlasting constitutional power, although it is founded on good intentions.

>> PALAVRAS-CHAVE // KEYWORDS

Ativismo judicial; hermenêutica; Supremo Tribunal Federal; positivismo; uniões homoafetivas. // Judicial activism; hermeneutics; Brazilian Federal Supreme Court (STF); legal positivism; same-sex marriage.

>> SOBRE O AUTOR // ABOUT THE AUTHOR

Professor da Universidade do Vale do Rio Sinos (UNISINOS). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). // Professor of University of Vale do Rio Sinos (UNISINOS). PhD in Law from UFSC.

1. INTRODUÇÃO

Antes de adentrar a discussão central que intitula o presente texto, cumpre, de forma sucinta, fazer uma reconstrução das ações constitucionais que firmaram o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) no que diz respeito ao status jurídico das uniões homoafetivas.

O STF julgou conjuntamente¹ a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277² e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132³, que foram ajuizadas, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Estado do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral. Ambas as ações tinham como objetivo o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidades familiares.

O Ministro-Relator Ayres Britto votou no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal (CF) ao artigo 1.723⁴ do Código Civil, excluindo qualquer possibilidade de compreensão que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como família. Segue uma breve exposição dos principais fundamentos do acórdão objeto deste estudo.

O relator argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF, veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, assim, ninguém poderia ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Sentenciou que “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta para desigualação jurídica”⁵. Destarte, concluiu que qualquer depreciação da união estável homoafetiva colide, portanto, com o supracitado artigo da Constituição e com um dos principais objetivos da Carta Magna, qual seja, a promoção do bem de todos.

Ademais, sustentou que o silêncio normativo da Constituição quanto às formas de uso dos órgãos sexuais não poderia ensejar uma compreensão restritiva. Citando Hans Kelsen e sua norma geral negativa, o ministro Ayres Britto declarou que aquilo que “não está juridicamente proibido ou obrigado, está juridicamente permitido (*idem*)”⁶. Desse modo, entende, sob o paradigma do constitucionalismo fraterno⁷ e em consonância com o pluralismo sócio-político-cultural tutelado pela Constituição brasileira, que a liberdade sexual deveria ser compreendida como direito fundamental, tendo em vista a autonomia da vontade, a privacidade e a intimidade, o direito à busca da felicidade, o direito a possuir uma família, entre outros. Acerca do conceito de família⁸, o relator defendeu que, longe de se ter um conteúdo ortodoxo, fechado, unívoco ou delimitado pela técnica jurídica, trata-se de uma categoria sócio-cultural e de um princípio espiritual. Dessa forma, diante da expressa proteção constitucional, a família deveria ser tutelada nas diversas formações e possibilidades encontradas no cotidiano. Nesse prisma, o direito deve tratar de modo isonômico as famílias, sejam essas heteroafetivas ou homoafetivas, avançando, assim, na seara dos costumes e contribuindo para a eliminação de preconceitos.

Em referência aos vocábulos homem/mulher⁹, presentes nas normas constitucionais atinentes ao tema, o ministro declarou que esses tinham

como função principal asseverar a horizontalidade dessas relações. Dito de outro modo, igualar, na família, o homem e a mulher, afastando-se da hierarquização do patriarcalismo presente na cultura brasileira. Ainda defendeu a inexistência de diferenciação terminológica entre “família” e “entidade familiar”, sendo os mesmos sinônimos perfeitos.

De um modo geral, todos os ministros acompanharam o entendimento do relator. Os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso suscitaram uma divergência quanto à fundamentação do acórdão, pois entendiam que as uniões homoafetivas não se enquadravam nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Não obstante, as duas ações foram julgadas procedentes, sendo realizada uma “interpretação conforme a Constituição” do art. 1.723 do Código Civil, permitindo que as uniões contínuas, duradouras e públicas de casais homoafetivos sejam consideradas como uniões estáveis, enquanto família.

Importante esclarecer que a abordagem seguinte apresenta-se como uma crítica ao modo que o STF encontrou para juridicizar as relações homoafetivas em equiparação às uniões heteroafetivas, já que: a) colidem com disposição constitucional expressa; b) fragilizam a democracia brasileira e a separação dos poderes; e c) reforçam um pragmatism(o) judicial no qual a Constituição, como uma *tábula rasa*, apenas constitui os sentidos que os intérpretes lhe impõem discricionariamente. Ressalto que a análise tem como matriz a Crítica Hermenêutica do Direito e a dworkiniana posição de que “não importa o que o intérprete pensa a respeito de determinado assunto”. Isso é, pessoalmente, sou favorável a que as uniões homoafetivas tenham todos os direitos. Por vezes, a Constituição não diz tudo o que a gente quer... E, quando não diz, não é conveniente torcê-la.

2. A CRÍTICA AO ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – O IMAGINÁRIO “ATIVISTA”

No Brasil, o termo *ativismo judicial* vem sendo empregado de um modo *tábula rasa*.¹⁰ Note-se: nos Estados Unidos, a discussão sobre o governo dos juizes e sobre o ativismo judicial acumula mais de duzentos anos de história. Não se pode esquecer, por outro lado, que o ativismo judicial nos Estados Unidos foi feito às avessas num primeiro momento (de modo que não se pode considerar que o ativismo seja sempre algo positivo). O típico caso de um ativismo às avessas foi a postura da Suprema Corte estadunidense com relação ao *New Deal*, que, aferrada aos postulados de um liberalismo econômico do tipo *laissez-faire*, barrava, por inconstitucionalidade, as medidas intervencionistas estabelecidas pelo governo Roosevelt.¹¹ As atitudes intervencionistas a favor dos direitos humanos fundamentais ocorreram em um contexto que dependia muito mais da ação individual de uma maioria estabelecida do que pelo resultado de um imaginário propriamente ativista. O caso da Corte Warren, por exemplo, foi resultante da concepção pessoal de certo número de juizes e não de um *sentimento constitucional* acerca desta problemática.

Já no Brasil, esse tema assume feições dramáticas. Basta lembrar, nesse sentido, que *ativismo judicial* aparece como um *princípio* no anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo (art. 2º, letra i). Por certo, tal projeto de lei não foi ainda analisado pelo Poder Legislativo, mas a simples menção ao *ativismo judicial* como um “princípio norteador” (*sic*) do processo coletivo brasileiro já dá conta do estado de profundo impasse teórico que impera na doutrina.

É nesse contexto que um bom exemplo do tipo simplificado/corriqueiro de *ativismo judicial* que permeia o imaginário dos juristas brasileiros pode ser extraído exatamente do julgamento na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, já delineada no início deste texto. Veja-se: a medida foi ajuizada em 2009 pelo Ministério Público Federal, objetivando o reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo e a garantia dos mesmos direitos reconhecidos às uniões entre heterossexuais.

A ação pretendia, inicialmente, que fosse reconhecida e colmatada a pretensa omissão do Poder Legislativo em regulamentar os direitos dos casais homossexuais, muito embora a própria Constituição, no seu art. 226, §3º, aponte para outra direção. Indeferida liminarmente, a petição foi reapresentada, desta vez buscando uma *verfassungskonforme Auslegung* (interpretação conforme a Constituição) do art. 1.723 do Código Civil¹², no sentido de oferecer proteção integral às uniões homoafetivas.

A perplexidade que surge deve-se à seguinte questão: de que modo poderia haver a referida omissão se a própria Constituição determina que é dever do Estado *proteger a união entre o homem e a mulher*? A força normativa da Constituição implica ou não a obediência aos limites semânticos?

Onde estaria a omissão, *já que é um comando constitucional* que determina que a ação do Estado seja no sentido de proteger a união entre homem e mulher? Note-se: não podemos falar em hierarquia entre normas constitucionais. Caso contrário, estaríamos aceitando a tese de Otto Bachof a respeito da possibilidade de existência de normas constitucionais inconstitucionais. O mais incrível é que a referida ADPF também pretendeu anular as várias decisões que cumpriram literalmente o referido comando constitucional. Trata-se, pois, de um hiperativismo.

De plano, salta aos olhos a seguinte questão: a efetivação de uma medida desse jaez importa transformar o Tribunal em um órgão com poderes permanentes de alteração da Constituição, estando a afirmar uma espécie caduca de *Verfassungswandlung*, que funcionaria, na verdade, como um verdadeiro processo de *Verfassungsänderung*, reservado ao espaço do Poder Constituinte derivado pela via do processo de emenda constitucional.

O risco que surge desse tipo de ação é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz *graves efeitos colaterais*. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de *ativismo judicial*. O Judiciário não pode substituir o legislador (não esqueçamos, aqui, a diferença entre *ativismo* e *judicialização*: o primeiro, fragilizador da autonomia do

direito; o segundo, ao mesmo tempo, inexorável e contingencial).¹³ Desnecessário referir as inúmeras decisões judiciais que obrigam os governos a custearem tratamentos médicos experimentais (até mesmo fora do Brasil), fornecimento de remédios para ereção masculina e tratamento da calvície...!

3. LACUNAS NA CONSTITUIÇÃO?

De pronto, deveria ser desnecessário assinalar que não cabe ao Poder Judiciário “colmatar lacunas” (*sic*) do constituinte (nem originário e nem derivado). Ao permitir decisões desse jaez, estar-se-á incentivando que o Judiciário “crie” uma Constituição “paralela”, estabelecendo, a partir da subjetividade assujeitadora de seus integrantes, aquilo que “indevidamente” – a critério do intérprete – não constou no pacto constituinte.

Há limites hermenêuticos para que o Judiciário se transforme em legislador. Veja-se que um dos argumentos utilizados – ao menos no plano retórico para justificar as referidas decisões – é o de que o Judiciário deve assegurar a união estável (portanto, equiparação ao casamento) de casais homossexuais porque o Legislativo não pretendia fazer isso a curto prazo, por não dispor de “condições políticas” para elaborar legislação a respeito. Mas – permito-me dizer – é exatamente esse argumento que se contrapõe à própria tese: *em uma democracia representativa, cabe ao Legislativo elaborar as leis (ou emendas constitucionais)*.

O fato de o Judiciário – via justiça constitucional – efetuar “correções” à legislação (filtragem hermenêutico-constitucional e controle *stricto sensu* de constitucionalidade) não significa que possa, nos casos em que a própria Constituição aponta para outra direção, construir decisões “legiferantes” (lembro, aqui, a Recl. 4335-4/AC¹⁴, em que o STF, em decisão ainda não terminada, a pretexto de fazer “mutação constitucional” – *sic*, “eliminou” do texto constitucional o inciso X do art. 52).

A Constituição reconhece união estável entre homem e mulher. Isso não significa que, por não proibir que essa união estável possa ser feita entre pessoas do mesmo sexo, a própria Constituição possa ser “colmata-da”, com um argumento kelseniano do tipo “o que não é proibido é permitido” (como se Kelsen pudesse ser lido de forma simplista desse modo). Fosse assim, inúmeras não proibições poderiam ser transformadas em permissões. Observemos: a Constituição de 1988 também não proíbe ação direta de inconstitucionalidade de leis municipais face à Constituição Federal (o art. 102, I, “a”, refere apenas a possibilidade de arguição que trate de leis federais e estaduais). E, nem por isso, torna-se possível falar em ADI contra lei municipal em sede de STF. Os munícipes poderiam alegar que a Constituição originária violou o princípio da isonomia e que a falta de um mecanismo desse quilate viola direitos fundamentais etc. Mas nada disso pode ser “colmata-do” por um ato voluntarista do Judiciário (veja-se que a ADPF acabou resolvendo o problema, ao admitir-se o sindicamento de leis municipais em face da Constituição sempre que não houver outro modo de solucionar a querela; mas, insista-se: foi por

via legislativa a alteração do estado da arte). Ainda para exemplificar: a legislação civil trata apenas da alteração do prenome. Isso não significa, entretanto, a partir da máxima “o que não é proibido é permitido”, que o Judiciário possa determinar a alteração do apelido de família, na hipótese de alguém se sentir humilhado pelo sobrenome que carrega, alegando, v.g., o princípio da dignidade da pessoa humana. Em síntese: não há um “lado b” da Constituição a ser “descoberto” axiologicamente. A resposta correta para o caso da união estável (homoafetiva) dependia de alteração legal-constitucional e não de uma atitude ativista do STF. Veja-se, v.g., o caso espanhol, em que o problema foi resolvido via legislativo.¹⁵

4. BONS ATIVISMOS?

A ADPF 132, julgada procedente pelo STF, tem efeitos colaterais graves. Por duas razões, para dizer o mínimo:

a) explicitamente, porque há uma tentativa de instauração de uma verdadeira jurisprudência da Valoração (*Wertungsjurisprudenz*), na medida em que se pretende criar uma “abertura de espaços jurídicos” para a criação de algo que depende da regulamentação do Poder Legislativo;

b) implicitamente, porque a argumentação da Procuradoria Geral da República leva à repristinação da ideia superada de que poderia haver normas constitucionais inconstitucionais, na medida em que o próprio §3º do artigo 226 da Constituição Federal seria inconstitucional (*sic!*) ao declarar que a proteção do Estado se destina à união entre o homem e a mulher, contrariando assim princípios sensíveis da Constituição, como é o caso da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

O que preocupa neste tipo de pedido de tutela judicial é que ele traz consigo – de modo subterrâneo – uma ideia que tem ganhado terreno e aceitação por parte da dogmática jurídica nacional: a necessidade de se recorrer a “bons ativismos judiciais” para resolver questões que a sociedade em constante evolução acarreta e que os meios políticos de decisão (mormente o legislativo) não conseguem acompanhar. Ora, as experiências históricas que nos foram legadas e que permitem desenvolver um conceito de *ativismo judicial* não apontam para o “bem” ou para o “mal” das atividades desenvolvidas sob este signo.

Certamente, o que temos de modo substancial sobre o tema são as experiências oriundas dos Estados Unidos e da Alemanha. No contexto norte-americano, como nos lembra Christopher Wolfe, em seu *The rise of modern Judicial Review*¹⁶, o ativismo judicial pôde nomear desde as posturas conservadoras que perpetuaram a segregação racial e impediram as transformações econômicas que o *New Deal* de Roosevelt tentava operar na primeira metade do século 20, até as posturas tidas como progressistas ou liberais da *Corte de Warren* na década de 1960. Na Alemanha, como já afirmamos, a atividade do Tribunal Constitucional Federal também chegou a ser classificada por alguns autores como ativismo judicial, originando a corrente chamada *Jurisprudência dos Valores* (de se ressaltar que é exatamente a jurisprudência da valoração que será duramente

criticada por Habermas, que a enquadrará como uma postura do Poder Judiciário que coloniza o espaço público e impede a tomada de decisões pela via democrática).

Em todos esses casos, o mais correto é dizer que não há como determinar a “bondade” ou a “maldade” de um determinado *ativismo judicial*. O mais correto é dizer que questões como essa que estamos analisando não devem ser deixadas para serem resolvidas pela “vontade de poder” (*Wille zur Macht*) do Poder Judiciário. Delegar tais questões ao Judiciário é correr um sério risco: o de fragilizar a produção democrática do direito, cerne da democracia. Ou vamos admitir que o direito – produzido democraticamente – possa vir a ser corrigido por argumentações teleológicas-fáticas-e/ou-morais?

Que tipo de democracia queremos? Não se trata de ser contra ou a favor da proteção dos direitos pessoais e patrimoniais dos homossexuais. O risco que exsurge desse tipo de ação – e, agora, da decisão do STF – é que uma intervenção dessa monta do Poder Judiciário no seio da sociedade produz graves efeitos colaterais. Quer dizer: há problemas que simplesmente não podem ser resolvidos pela via de uma ideia errônea de *ativismo judicial*. O Judiciário não pode substituir o Legislativo.

Explico. Em um regime democrático, como bem afirma Ronald Dworkin, em seu *A Virtude Soberana*¹⁷, é preciso fazer uma distinção entre preferências pessoais e questões de foro de princípio. O judiciário pode intervir, e deve, sempre que estiver em jogo uma questão de princípio. Mas não cabe a esse poder exarar decisões que manifestem preferências pessoais de seus membros ou de uma parcela da sociedade. Isso por um motivo bastante simples: a democracia é algo muito importante para ficar à mercê do gosto pessoal dos representantes do Poder Judiciário. Se assim fosse, os próprios interesses dos homossexuais estariam em risco, uma vez que a regulamentação das relações entre pessoas do mesmo sexo dependeria da “opinião” e da “vontade” daquele que julga a causa. Isto é, e se o STF decidisse o contrário? Estariam, os engajados politicamente na causa, conformes com isso? E o que poderiam fazer nesse caso? Apenas exercer pressão política, via movimento social, que exatamente deve(ria) ser utilizada como mecanismo para solucionar esse problema jurídico!

Se a questão é analisada por um juiz/ministro favorável aos movimentos das minorias e da regulamentação de tais relações, sua decisão é no sentido da procedência; por outro lado, um ministro conservador e alheio a essa “mutação dos costumes” pode julgar improcedente o pedido.

E é isso que, num caso como esse, não pode acontecer. A decisão a ser tomada em tais casos precisa ser levada à cabo no espaço político, e não no jurisdicional, justamente para evitar que sua resolução fique à mercê das opiniões pessoais dos ministros da Corte Constitucional.

Ou seja, a decisão deve ser construída no contexto de uma sociedade dialogal, em que o Poder Judiciário tem sua função, que não consiste em legislar. Em suma, uma questão como essa, justamente pela importância da qual está revestida, não pode ser resolvida por determinação de um Tribunal. É necessário que haja uma discussão mais ampla, que envolva

todos os segmentos da sociedade, cujo *locus* adequado encontra-se demarcado nos meios democráticos de decisão.

De todo modo, há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia Jurisprudência dos Valores pelo Supremo Tribunal Federal (ou pelos demais tribunais da República). Basta notar que a ADI 4277 (inicialmente ADPF 178) foi distribuída por dependência a ADPF 132, que já havia sido ajuizada pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro. As razões de ambas estão fundadas em uma alegada violação de princípios constitucionais (lesão a direito) e nas frequentes denegações de direitos aos homossexuais. Tudo isso porque a união entre pessoas do mesmo sexo é uma “realidade fática inegável”, fruto do processo de “liberalização dos costumes”, já reconhecida em outros países, sendo que a ausência de tratamento “com mesmo respeito e consideração” em relação às uniões estáveis entre pessoas de sexos diferentes representa um “menosprezo à identidade e à dignidade” dos homossexuais. Trata-se da assunção de um sociologismo com roupagens jurídicas, mais do que argumentos que tratem de valores éticos e sua regulação jurídica. A ação menciona, ainda, a violação aos seguintes princípios constitucionais: 1) dignidade da pessoa humana, 2) igualdade, 3) vedação de discriminações odiosas, 4) liberdade e 5) proteção da segurança jurídica.

Não deixa de ser instigante o fato de se mencionar o princípio da segurança jurídica como argumento autorizador da medida ajuizada pela Procuradoria Geral da República. Não houve, ao que parece, qualquer preocupação com a procedência da ação, que pode, no futuro, gerar uma instabilidade interpretativa no que se refere à força normativa do texto constitucional pela fissura provocada no texto da Constituição através de um protagonismo da Corte Constitucional. Ou isso somente é motivo de preocupação quando o “ativismo é ruim”? “Bons ativismos” são tolerados?

Em outras palavras, a segurança jurídica mostra-se ofendida não por deixar sem regulamentação legal a convivência entre pessoas do mesmo sexo, mas, sim, no momento em que a Corte altera, a pretexto de um “esquecimento do constituinte” (*sic*) ou de uma “descoberta valorativa” (*sic*), ou, ainda, do saneamento (incorreto) de uma “inconstitucionalidade da própria Constituição” (*sic*), o texto da Constituição, como se Poder Constituinte fosse, gerando um tipo de *mal-estar institucional gravíssimo*.

Importante salientar, ainda, que a própria utilização da ADPF como mecanismo apto a sanar a “omissão do legislador” é equivocada. Isso porque, em casos de omissão, o manejo adequado dos mecanismos de jurisdição constitucional aponta para a propositura de um Mandado de Injunção (artigo 5º, LXXI, da Constituição Federal). Ora, o Mandado de Injunção é ação de efeitos concretos que manteria o equilíbrio institucional entre os poderes da República, ao passo que a ADPF, pela sistemática dos efeitos da decisão, faz que o Judiciário haja como se legislador fosse, criando, efetivamente, uma regra geral e abstrata. Sem contar que, nesse caso, a atuação do Judiciário não atingiria simplesmente a atuação

do legislador ordinário, mas provocaria um rompimento com a própria ordem constitucional, alterando formalmente o texto do §3º do art. 226. De todo modo, mesmo o *mandamus* injuntivo não teria espaço constitucional, pelo simples fato de que o texto constitucional aponta para o contrário da pretensão. Ou seja, não é possível superar o limite do texto: levemos o texto (constitucional) a sério.

E note-se que a questão do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo já vinha sendo discutida judicialmente, existindo decisões de primeira e segunda instâncias sobre o assunto. Também nesses casos houve um nítido excesso do Poder Judiciário no sentido de romper com o texto da Constituição. Isso é um sintoma daquilo que aqui estamos chamando de “represtinação da Jurisprudência dos Valores”. Ora, a despeito do texto da Constituição propiciar um tecido normativo “fechado” demais, setores do direito pensam que é preciso “abrir” esse sentido da normatividade constitucional com um uso aleatório e descompromissado dos princípios constitucionais. Princípios esses invocados a partir de uma espécie de “anemia significativa”, em que a grande revolução operada pelo neoconstitucionalismo — os princípios representam a inserção do mundo prático no direito — acaba por ser obnubilada por algo que se pode denominar pan-principiologismo¹⁸.

5. DISCRICIONARIEDADE VERSUS INTERPRETATIVISMO (ORIGINALISMO)?

Em *Verdade e Consenso e Hermenêutica Jurídica e(m) crise*, faço, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, severas críticas ao poder discricionário dos juizes. Ataco, fundamentalmente, o positivismo jurídico, entendendo este a partir de seu ponto fulcral: a discricionariedade. Não vou me alongar nesse ponto neste espaço delimitado. Apenas quero registrar que positivismo não é apenas o exegético; há vários outros positivismos “pós-exegéticos”, que apostam em axiologismos e voluntarismos. Ou seja, para mim, é tão positivista o “juiz boca-da-lei” como o “juiz proprietário dos sentidos da lei”. Colocar um no lugar do outro não representa nenhum avanço na teoria do direito. Esse, aliás, parece ser o grande problema das diversas posturas neoconstitucionalistas.

Alguns críticos de meus trabalhos parecem que não entenderam o modo como combato a discricionariedade. É o caso de Eduardo Appio, que, em obra recente, apresenta críticas a pontos específicos de minha obra, catalogando-a – em título específico de seu trabalho – sob o rótulo de “interpretativismo hermenêutico de Lenio Streck”¹⁹. Appio utiliza-se desse argumento para criticar minha posição em relação à decisão do STF no caso da ADPF 132, objeto destas reflexões. De plano, um problema se apresenta. Parece-me claro que há uma articulação equivocada do conceito de *interpretativismo*.

Como é cediço, *interpretativistas* são as posturas teóricas que defendem uma interpretação *originalista* da Constituição. Na medida em que tais teorias surgem nos Estados Unidos, trata-se de um originalismo

com relação à Constituição norte-americana. Sendo mais claro, há uma disputa histórica entre os teóricos norte-americanos – pelo menos desde o clássico artigo de Thomas Grey, que, pela primeira vez, estabeleceu e classificou desse modo a diferença metodológica em relação à interpretação da Constituição²⁰ – sobre como deve ser encarada, metodicamente, a interpretação da Constituição. Segundo Grey, duas são as posições que se contrapõem: o *interpretativismo* e o *não interpretativismo*. O *interpretativismo* relaciona-se à postura originalista, em que os limites de liberdade de conformação do legislador devem se dar nos limites do texto escrito; ou seja, basta a grafia constitucional para que os limites ao processo político sejam determinados e instaurados. Já as posturas *não interpretativistas* postulam uma espécie de política constitucional, aproximando-se das ideias defendidas pelo realismo jurídico. Ora, por certo que, ao defender a possibilidade e a necessidade de respostas corretas em direito (ou, na fórmula que proponho: respostas adequadas constitucionalmente), não é possível ter-me como um *interpretativista* (originalista). Isso por um motivo simples: quando afirmo tal tese, tenho por pressuposto que a dicotomia *interpretacionismo/não interpretacionismo* está, há muito, superada, e que os problemas daí decorrentes já tenham sido sanados. Isso porque, quando, em *Law's Empire*, Dworkin enfrenta o aguilhão semântico e o problema do pragmatismo, há uma inevitável superação das teses clássicas sobre a interpretação da Constituição Americana.

Ou seja, o problema da resposta correta não se resume à identificação da sentença judicial com o texto da lei ou da Constituição. Se pensássemos assim, estaríamos ainda presos aos dilemas das posturas semânticas. Quando se fala em resposta correta, há uma série de acontecimentos que atravessam o direito, que ultrapassam o mero problema da “literalidade do texto”.

Daí a confusão operada por Appio: para ele, quando assevero que os limites semânticos do texto devem ser respeitados, como no caso do problema envolvendo o casamento de pessoas do mesmo sexo, conclui de minha abordagem um inexplicável viés de contenção judicial em benefício de uma estrita exegese, de acordo com a literalidade da norma²¹. Ainda no âmbito da série de equívocos e confusões feitas pelo autor no decorrer do texto, veja-se a afirmação no sentido de que a hermenêutica filosófica “não aponta um caminho a ser seguido, pois apenas recomenda que o intérprete deve deixar a interpretação fluir naturalmente”²², como se eu estivesse a propor uma modalidade de *laissez-faire* hermenêutico.

É preciso insistir: a hermenêutica por mim trabalhada é anti-relativista e antidiscricionária, o que significa dizer que o *sentido não está à disposição do intérprete* (o que é diferente de dizer que há uma “exegese de estrita literalidade”). Por fim, cabe anotar que, desde a primeira edição do meu *Súmulas no Direito Brasileiro*, anterior ao lançamento de *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*, já defendia uma explícita doutrina em sentido abissalmente diverso ao que agora é dito nessa estranha sinopse tipológica, o que me faz cogitar uma incontroversa má interpretação acerca do correspondente conteúdo dos meus textos, que nem mesmo o “deixar fluir” hermenêutico permitiria em tão notórios equívocos.

Por isso, é preciso evitar a seguinte confusão: quando assevero que os limites semânticos do texto devem ser respeitados (minimamente), como no caso do problema envolvendo a união de pessoas do mesmo sexo, não se pode concluir de minha abordagem um inexplicável viés de contenção judicial em benefício de uma estrita exegese, de acordo com a literalidade da norma. Longe disso! É preciso insistir: dizer que o sentido não está à disposição do intérprete é diferente de dizer que há uma “exegese de estrita literalidade”.

Numa palavra: temos uma Constituição que é o Alfa e o Ômega da ordem jurídica democrática. Uma Constituição dirigente e compromissória. Viver em uma democracia tem seus custos. Nesse caso um custo básico: os pré-compromissos constitucionais só podem ser liberados por aqueles que a própria Constituição determina (o Poder Constituinte derivado).

Se tudo o que não está previsto na Constituição pode ser “realizado” pelo Poder Judiciário, não precisaríamos sequer ter feito a Constituição: o Judiciário faria melhor (ou o Ministério Público!). A propósito: depois de ter vingado a tese da referida ADPF, há uma série de reivindicações que devem desde já ser encaminhadas ao Poder Judiciário (e que possuem amplo apoio popular...!). Preciso enumerá-las?

Propugnando sempre pela preservação do grau de autonomia atingido pelo direito e na democracia, penso que melhor mesmo é confiar na Constituição e na forma que ela mesma impõe para a sua alteração e para a formulação de leis. Afinal, duzentos anos de constitucionalismo deveria nos ensinar o preço da regra contramajoritária. Ulisses no comando do seu barco sabia do perigo do canto das sereias...! Ah, os fatos sociais...; o velho positivismo fático. Ah, as maiorias... Mas, como saber a sua vontade, senão pela via do parlamento? Ou isso, ou entreguemos tudo às demandas judiciais! E não nos queixemos depois do “excesso de judicialização” ou de “ativismos”...!

6. A HERMENÊUTICA, O PROTAGONISMO JUDICIAL E O POSITIVISMO JURÍDICO: O PROBLEMA DECORRENTE DA SUBSTITUIÇÃO DO JUIZ BOCA DA LEI PELO JUIZ DOS PRINCÍPIOS (OU OS PROBLEMAS DECORRENTES DO SALTO DA RAZÃO PARA A VONTADE)

Falar de “hermenêutica” é uma tarefa complexa. No senso comum (teórico dos juristas)²³ essa palavra sofre de uma verdadeira “anemia significativa”. Sobre ela se diz “qualquer coisa sobre qualquer coisa” (para recuperar, aqui, um jargão que cunhei para enfrentar os relativismos próprios das teorias que se pretendem críticas e pós-positivistas).

Dizer que hermenêutica é a “arte de interpretar” ou que “hermenêutica é ciência da interpretação” não resolve nada. Do mesmo modo, dizer que a Constituição exige mecanismos (*sic*) ou métodos próprios para a sua interpretação é absolutamente temerário, além de não resistir a trinta segundos de uma discussão filosófica.

Na verdade, os estudos sobre a interpretação ganharam fôlego nos últimos anos em face do advento das Constituições do segundo pós-guerra. A

partir disso, surgiram as mais diversas concepções. De um lado, diz-se, no atacado, que “estamos na era dos princípios”, que “princípios são a positividade dos valores”, que os “princípios gerais do direito agora estão transformados em princípios constitucionais”, que os princípios são o modo de a moral corrigir o direito, que princípios são mandados de otimização, que “o método da ponderação” (*sic*) é o mais adequado para o enfrentamento da complexidade dos textos constitucionais e que a subsunção agora foi “substituída pela ponderação” (embora ela, a subsunção, ainda seja indispensável para os “casos fáceis” etc). É “o que se diz por aí”. Portanto, são incontáveis os equívocos que colonizam a teoria do direito nessa quadra da história.²⁴

Tão grave é essa problemática que, aos poucos, a regra da ponderação proposta por Alexy foi transformada em um “princípio” (*sic*). Para piorar a situação, a aludida “ponderação” é aplicada diretamente pelos “intérpretes”, colocando um “princípio (ou valor)” em cada prato da balança (*sic*), para, ao final, exsurgir o resultado: o valor (*sic*) que será preponderante. Muitos ainda falam em “ponderação de interesses” (como que a repristinar a *Interessenjurisprudenz* de Philipp Heck). Um princípio supera o outro... E, fruto de quê? A resposta é singela: fruto da discricionariedade (para dizer o menos) do intérprete “sopesador”. E o que foi o julgamento da ADPF 132, senão o exercício de um amplo poder discricionário (ou arbitrário)?

Outro problema advém da confusão feita acerca dos “métodos de interpretação”. Com efeito, por vezes, o jurista-escritor apega-se a Savigny, trazendo os tradicionais métodos gramatical, axiológico, teleológico, lógico-sistemático e histórico-evolutivo. Isso é feito sem qualquer juízo crítico acerca do papel exercido por esses métodos historicamente e sem qualquer observação acerca do que, de fato, ocorreu no século XIX na Alemanha, que lutava entre o historicismo e o pandectismo. Como se estivesse sob um véu de ignorância, o senso comum teórico ignora esse aspecto. Se os juristas soubessem disso, provavelmente não citariam Savigny. Ou, no mínimo, seriam honestos e contextualizariam a obra do mestre.

Outros autores “descobriram” (bem tardiamente) que o juiz não é mais a boca da lei (são os que fazem a dicotomia “positivismo-jusnaturalismo”, ou algo similar, conforme será demonstrado na sequência). Escuto muito em palestras – e leio em alguns livros – que, para esses autores “descobridores”, haveria dois tipos de juizes: o juiz-boca-da-lei e o juiz-dos-princípios. Aqui cabe o “mundo”, por assim dizer, uma vez que, no lugar desse juiz exegeta (positivista primitivo), a vulgata do “pós-positivismo” colocou o “juiz proprietário dos sentidos”, um juiz solipsista (*Selbstsüchtiger*). E por que isso acontece(u)? Porque o campo jurídico (no sentido de Bourdieu) ainda não deslindou devidamente a problemática denominada “o que é isto, o positivismo jurídico?”.

Para a maioria, falar de positivismo é lembrar o velho exegetismo, em que texto e norma são (eram) a mesma coisa, assim como vigência e validade. Por isso, a minha advertência: quando falamos em positivismos e pós-positivismos, torna-se necessário, já de início, deixar claro o “lugar da fala”, isto é, sobre “o quê” estamos falando.

Com efeito, de há muito, minhas críticas são dirigidas primordialmente ao positivismo normativista pós-kelseniano, isto é, ao positivismo que admite discricionariedades²⁵ (ou decisionismos e protagonismos judiciais – enfim, há que se ter claro que o positivismo desse tipo é denominado “normativista” porque o “juiz produz norma” e, na medida em que ele tem o poder de produzir normas, o que ele decide vale – eis o cerne do oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito²⁶). Na verdade, a discricionariedade é característica de todo e qualquer positivismo.

Ou seja, não é (mais) necessário dizer que o “juiz não é a boca da lei” etc., enfim, podemos ser poupados, nesta quadra da história, dessas “descobertas da pólvora”. Isso porque essa “descoberta” não pode implicar um império de decisões solipsistas, das quais são exemplos as posturas caudatárias da Jurisprudência dos Valores (que foi “importada” de forma equivocada da Alemanha), assim como os diversos axiologismos, o realismo jurídico (que não passa de um “positivismo fático”), a ponderação de valores (pela qual, pelo menos em *terrae brasiliis*, o juiz literalmente escolhe um dos princípios que ele mesmo elege *prima facie*) etc.

Mesmo aqui, em considerações finais, essa questão merece ser melhor explicada: o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.

Nessa algaravia conceitual, alguns manuais chegam a apresentar a tese kelseniana de separação entre direito e moral na ciência do direito como o desligamento da moral com o direito, o que torna “aplicar a letra da lei” uma atitude positivista. Kelsen, deste modo, segundo uma equivocada interpretação, teria sido um positivista que pregava uma interpretação pura do direito. Diz-se, assim, que, para ele, a lei deveria ser aplicada de forma literal (*sic*). De fato, não é raro de se ver, esse tipo de confusão. Não é raro ver também juristas autodenominados críticos (e pós-positivistas ou não positivistas), pregando a máxima kelseniana de que a “interpretação da lei é um ato de vontade”. Já nesse caso, sem saber, tais juristas assumem o “outro lado” kelseniano, isto é, o lado em que Kelsen diz que a interpretação é um ato de vontade, mas assim o diz, porque, para ele, o juiz não faz ciência, e, sim, política jurídica.

A partir disso, a confusão é interminável, chegando até aos debates no Supremo Tribunal Federal. Forma-se uma espécie de “estado de natureza da compreensão do direito”, em que cada um defende sua tese. Resultado: para “fugir” do formalismo exegetico (porque, no imaginário dos juristas, positivismo é sinônimo de exegetismo), parcela considerável da doutrina acaba optando pelo relativismo (filosófico), ou seja, ao confundirem a verdade com um conceito apodídico, dizem que “a verdade é sempre relativa”. É o pragmat(ici)smo conquistando as últimas trincheiras do direito. A decisão da ADPF 132 parece que se encaixa perfeitamente nesse

contexto. Basta ver algumas posições expressas pelos Ministros durante o julgamento:

Min. Gilmar Mendes: “A eliminação ou a fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o **sentido normativo original determinado pelo legislador**. Por isso, muitas vezes, a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.”²⁷

Min. Luiz Fux: “De sorte que, esse momento, que não deixa de ser de ousadia judicial - mas a vida é uma ousadia, ou, então, ela não é nada -, é o momento de uma travessia. **A travessia que, talvez, o legislador não tenha querido fazer, mas que a Suprema Corte acenou, por meio do belíssimo voto do Ministro Carlos Ayres, que está disposta a fazê-lo.**”²⁸

Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição, têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa.

Urge, pois, renovar esse mesmo espírito emancipatório e, nesta quadra histórica, estender a garantia institucional da família também às uniões homoafetivas.

Min. Ricardo Lewandowski: “É certo que o Judiciário não é mais, como queriam os pensadores liberais do século XVIII, mera **bouche de la loi**, acrítica e mecânica, admitindo-se uma certa criatividade dos juízes no processo de interpretação da lei, sobretudo quando estes se deparam com lacunas no ordenamento jurídico. Não se pode olvidar, porém, que a atuação exegética dos magistrados cessa diante de limites objetivos do direito posto. Em outras palavras, embora os juízes possam e devam valer-se das mais variadas técnicas hermenêuticas para extrair da lei o sentido que melhor se aproxime da vontade original do legislador, combinando-a com o *Zeitgeist* vigente à época da subsunção desta aos fatos, a interpretação jurídica não pode desbordar dos lindes objetivamente delineados nos parâmetros normativos, porquanto, como ensinavam os antigos, *in claris cessat interpretatio*.”²⁹

Min. Joaquim Barbosa: “E por acreditar que não foi esta a intenção do legislador constituinte, eu entendo que cumpre a esta Corte buscar na rica *pallette* axiológica que informa todo o arcabouço constitucional criado em 1988; verificar se o desprezo jurídico que se pretende dar a essas relações é compatível com a Constituição. **Aí, sim, estará esta**

*Corte a desempenhar uma das suas mais nobres missões: a de impedir o sufocamento, o desprezo, a discriminação pura e dura de um grupo minoritário pelas maiorias estabelecidas.*³⁰

E veja-se como isso é sintomático. No Brasil, há vários autores que sustentam posições ditas “progressistas”, afirmando que o juiz é o canal pelo qual os valores sociais invadem o direito. O intrigante é que muitas dessas posições – e o Brasil é pródigo nesse tipo de produção – falam em pós-positivismo e chegam a citar Dworkin como sendo o autor que “elevou os princípios à condição de norma e, com isso, teria libertado os juizes das amarras da estrita legalidade”.

Ora, é cediço que Dworkin constrói sua tese exatamente para combater as mazelas do positivismo de Herbert Hart (que, por sinal, também pode ser enquadrado como um positivista normativista). O ponto central do combate de Dworkin diz respeito ao poder discricionário que Hart atribui aos juizes para solver aquilo que ele chamava de casos difíceis. Note-se: o autor, tido na unanimidade como um dos corifeus do chamado pós-positivismo, é um antidiscrecionário convicto (e, como corolário necessário, anti-relativista), muito embora certos setores da comunidade jurídica digam que Dworkin é jusnaturalista e que seu “Juiz Hércules” é um subjetivista.³¹ Como veremos, nada mais equivocado e injusto.

Portanto, parece óbvio dizer que, se alguém sustentar sua tese em Dworkin, terá o ônus de ser antidiscrecionário, a menos que reduza sua posição a um sincretismo metodológico ingênuo que permanece cego para as diferenças existentes. Aliás, esse sincretismo não é difícil de ser encontrado na doutrina brasileira, *v.g.* os que defendem ponderação em etapas, citando, para sustentar sua tese, por mais incrível que isso possa parecer, nada mais, nada menos do que o círculo hermenêutico gadameriano. Penso que isso é inaceitável. Isso seria algo como colocar o sujeito da modernidade no seio dos trabalhos aristotélicos. Ou, então, “juntar”, num mesmo balaio, as posições de Alexy e Dworkin; ou tentar fechar os *gaps* da teoria habermasiana com a ponderação de Alexy.

Qual é, afinal, o ponto fulcral da discussão? Tentarei explicar isso mais detalhadamente. No campo jurídico, na era das grandes Constituições, ninguém quer (mais) ser positivista (com exceção, é claro, de Ferrajoli, Peces-Barba e Prieto Sanchis, para referir os mais importantes). Todos se consideram pós-positivistas ou não positivistas. Ouve-se muito, em sala de aula, conferências e seminários, críticas ao positivismo. Quando alguém defende a aplicação de um determinado texto jurídico, logo é taxado de positivista. Defender a aplicação da “literalidade” de uma lei, por exemplo, passou a ser um pecado mortal. Mas fazer a defesa da “literalidade da lei” seria uma atitude positivista?

No âmbito do direito, essa mensurabilidade positivista será encontrada, num primeiro momento, no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos. O positivismo era uma postura ideológica feita para sustentar aquilo que foi positivado pelo novo sujeito histórico: o legislador revolucionário. Positivismo quer dizer, então: uma teoria para assegurar o produto que,

de forma discricionária, o legislador colocou como o modo de manter o poder.

Essa primeira fase era o “legalismo”. É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; e ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual, que se encontra na raiz da chamada Jurisprudência dos Conceitos).

No que tange às experiências francesas e alemãs, isso pode ser debitado à forte influência que o direito romano exerceu na formação de seus respectivos direitos privados. Não em virtude do que comumente se pensa – de que os romanos “criaram as leis escritas” –, mas sim em virtude do modo como o direito romano era estudado e ensinado. Isso que se chama de exegetismo tem sua origem aí: havia um texto específico em torno do qual giravam os mais sofisticados estudos sobre o direito. Esse texto era – no período pré-codificação – o *Corpus Juris Civilis*.

A codificação efetua a seguinte “marcha”: antes dos códigos, havia uma espécie de função complementar atribuída ao Direito Romano. Aquilo que não poderia ser resolvido pelo Direito Comum seria resolvido segundo critérios oriundos da autoridade dos estudos sobre o Direito Romano – dos comentadores ou glosadores. O movimento codificador incorpora, de alguma forma, todas as discussões romanísticas e acaba “criando” um novo dado: os Códigos Civis (França, 1804 e Alemanha, 1900).

A partir de então, a função de complementaridade do Direito Romano desaparece completamente. Toda argumentação jurídica deve tributar seus méritos aos códigos, que passam a possuir a estatura de verdadeiros “textos sagrados”. Isso porque eles são o *dado* positivo com o qual deverá lidar a Ciência do Direito. É claro que, já nesse período, apareceram problemas relativos à interpretação desse “texto sagrado”.

De algum modo, se perceberá que aquilo que está escrito nos Códigos não cobre a realidade. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do direito para que essa obra não seja “destruída”? E, ao mesmo tempo, como excluir da interpretação do direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de interpretar a realidade? Num primeiro momento, a resposta será dada a partir de uma análise da própria codificação: a Escola da Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha.

Esse primeiro quadro, eu denomino de positivismo primevo ou positivismo exegetico (ou legalista). A principal característica desse “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap³², poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Código) seria o suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso no qual

representariam as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.

Num segundo momento, aparecem propostas de aperfeiçoamento desse “rigor” lógico do trabalho científico proposto pelo positivismo. É esse segundo momento que podemos chamar de *positivismo normativista*. Aqui há uma modificação significativa com relação ao modo de trabalhar e aos pontos de partida do “positivo”, do “fato”. Primeiramente, as primeiras décadas do século XX viram crescer, de um modo avassalador, o poder regulatório do Estado – que se intensificará nas décadas de 30 e 40 do século XX – e a falência dos modelos sintático-semânticos de interpretação da codificação se apresentaram completamente frouxos e desgastados. O problema da indeterminação do sentido do Direito aparece, então, em primeiro plano.

É nesse ambiente, nas primeiras décadas do século XX, que aparece Hans Kelsen (cuja obra maior, a segunda versão da Teoria Pura do Direito, é publicada em 1960). Por certo, Kelsen não quer destruir a tradição positivista que foi construída pela *Begriffjurisprudenz* (Jurisprudência dos Conceitos). Pelo contrário, é possível afirmar que seu principal objetivo era reforçar o método analítico proposto pelos conceitualistas de modo a responder ao crescente desfalecimento do rigor jurídico que estava sendo propagado pelo crescimento da Jurisprudência dos Interesses e da Escola do Direito Livre – que favoreciam, sobretudo, o aparecimento de argumentos psicológicos, políticos e ideológicos na interpretação do direito. Isso é feito, por Kelsen, a partir de uma radical constatação: o problema da interpretação do direito é muito mais semântico do que sintático. Desse modo, temos aqui uma ênfase na semântica³³.

Mas, em um ponto específico, Kelsen “se rende” aos seus adversários: a interpretação do direito é eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista (veja-se que Habermas, mais tarde, vai construir a sua Teoria da Ação Comunicativa (TAC) como um modo de substituir essa razão prática). Para o autor austríaco, esse “desvio” é impossível de ser corrigido. No famoso capítulo VIII de sua obra *Teoria Pura do Direito* (TPD), Kelsen chega a falar que as normas jurídicas – entendendo norma no sentido da TPD, que não equivale, *stricto sensu*, à lei – são aplicadas no âmbito de sua “moldura semântica”. Trata-se de uma visão procedimental da aplicação do direito. Para Kelsen, o único modo de corrigir essa inevitável indeterminação do sentido do direito seria a partir de uma terapia lógica – da ordem do *a priori* – que garantisse que o direito se movimentasse em um solo lógico rigoroso. Esse campo seria o lugar da Teoria do Direito ou, em termos kelsenianos, da Ciência do Direito. E isso possui uma relação direta com os resultados das pesquisas levadas a cabo pelo Círculo de Viena (berço do neopositivismo lógico). Sem ele, é impossível compreender a complexidade da obra de Kelsen.

Esse ponto é fundamental para podermos compreender o positivismo que se desenvolveu no século XX e o modo como encaminho minhas críticas nessa área da teoria do direito. Sendo mais claro: falo desse positivismo normativista e não de um exegetismo que já havia dado sinais de exaustão no início do século passado.

Numa palavra: Kelsen já havia superado o positivismo exegético, mas abandonou o principal problema do direito – a interpretação concreta, no nível da “aplicação”. E nisso reside a “maldição” de sua tese. Não foi bem entendido quando ainda hoje se pensa que, para ele, o juiz deve fazer uma interpretação “pura da lei”...! Em definitivo: não dá para iniciar uma pesquisa sobre teoria do direito pensando que o positivismo exegético tem em Kelsen um defensor ou corifeu.

Serei mais claro. Desde o início do século XX, a filosofia da linguagem e o neopositivismo lógico do Círculo de Viena já haviam apontado para o problema da polissemia das palavras. Isso nos leva a outra questão:

a) a assim denominada “literalidade da lei” é algo que está à disposição do intérprete?

b) se as palavras são polissêmicas, se não há a possibilidade de cobrir completamente o sentido das afirmações contidas em um texto, quando é que se pode dizer que estamos diante de uma “interpretação literal”?

A literalidade, portanto, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo do que uma característica, por assim dizer, natural dos textos jurídicos. Dizendo de outro modo, não podemos admitir que, ainda nesta quadra da história, sejamos levados por argumentos que afastam o conteúdo de uma lei – democraticamente legitimada – com base numa suposta “superação” da literalidade do texto legal.

7. CONCLUSÃO

Quando firmo meu posicionamento em defesa da “legalidade constitucional” (ou de um direito democraticamente produzindo pelo Parlamento, enfim, por uma “integridade da legislação”, em última análise), tenho por superada a ideia de exegese (ou de exegetismo), como já demonstrado. Na verdade, com isso quero dizer que, no Constitucionalismo Contemporâneo, a atuação do Legislativo deve ser compreendida não mais em termos da prevalência de uma legalidade burguesa, mas, sim, de uma legalidade constitucional, na expressão de Elías Díaz. Ou seja, refiro-me ao fato de que saltamos de um *legalismo rasteiro*, que reduzia o elemento central do direito ora a um conceito estrito de lei (como no caso dos códigos oitocentistas, base para o positivismo primitivo), ora a um conceito abstrato-universalizante de norma (que se encontra plasmado na ideia de direito presente no positivismo normativista), *para uma concepção da legalidade que só se constitui sob o manto da constitucionalidade*. Afinal, não seríamos capazes, nesta quadra da história, de admitir uma legalidade inconstitucional. Em outras palavras, a legalidade deve ser entendida como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela lei, mas também pela Constituição – uma vez que seria um contrassenso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade – e pela efetividade das decisões judiciais sob o marco de uma legitimidade democrática.³⁴

Assim, insisto: literalidade e ambiguidade são conceitos intercambiáveis que não são esclarecidos numa dimensão simplesmente abstrata

de análise dos signos que compõem um enunciado. Tais questões sempre remetem a um plano de profundidade que carrega consigo o contexto no qual a enunciação tem sua origem.

Por isso, quando afirmo, por vezes, a “literalidade da lei”, não sufrago nenhuma postura originalista e tampouco exegética. Ora, a literalidade, com ou sem aspás, é muito mais uma questão da compreensão e da inserção do intérprete no mundo, do que uma característica, por assim dizer, “natural” dos textos jurídicos. Além disso, não há textos sem contextos. O texto não (r)existe na sua “textitude”. Ele só “é” na sua norma. Mas essa norma tem limites. Muitos. E por quê? Pela simples razão de que não se pode atribuir qualquer norma a um texto ou, o que já se transformou em bordão que inventei há algum tempo, “*não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*”. E é Gadamer quem diz: se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto te diga algo³⁵.

Esse é o problema hermenêutico que devemos enfrentar! Problema esse que argumentos despistadores como tal só fazem esconder e, o que é mais grave, com riscos de macular o pacto democrático. Por mais justa e simpática que seja a causa. A questão é saber os limites das posturas ativistas. E se, de fato, existe o “bom ativismo”. E, mais do que isso, o problema é saber quem vai dizer o que é isto –“esse bom ativismo?”.

>> NOTAS

- ¹ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 12 de fevereiro, 2013.
- ² A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu-se, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011).
- ³ Na ADPF 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis previsto no artigo 1723 do Código Civil às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011).
- ⁴ CC, art.1723: “É reconhecida como entidade familiar a união estável *entre o homem e a mulher*, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”
- ⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011.
- ⁶ *Verbis*, do voto: “A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice* (p. 614). Realmente, em tema do concreto uso do sexo nas três citadas funções de estimulação erótica, conjunção carnal e reprodução biológica, a Constituição brasileira opera por um intencional silêncio. Que já é um modo de atuar mediante o saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual “tudo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido” (p.634). É falar: a Constituição Federal não dispõe, por modo expresse, acerca das três clássicas modalidades do concreto emprego do aparelho sexual humano. Não se refere explicitamente à subjetividade das pessoas para optar pelo não-uso puro e simples do seu aparelho genital (absenteísmo sexual ou voto de castidade), para usá-lo solitariamente (onanismo), ou, por fim, para utilizá-lo por modo emparceirado. Logo, a Constituição entrega o empírico desempenho de tais funções sexuais ao livre arbítrio de cada pessoa, pois o silêncio normativo, aqui, atua como absoluto respeito a algo que, nos animais em geral e nos seres humanos em particular, se define como instintivo ou da própria natureza das coisas. Embutida nesse modo instintivo de ser a ‘preferência’ ou ‘orientação’ de cada qual das pessoas naturais (p.634-635)”.
- ⁷ *Verbis*, do voto: “Tipo de constitucionalismo, esse, o fraternal, que se volta para a integração comunitária das pessoas (não exatamente para a ‘inclusão social’), a se viabilizar pela

imperiosa adoção de políticas públicas afirmativas da fundamental igualdade civil-moral (mais do que simplesmente econômico-social) dos estratos sociais historicamente desfavorecidos e até vilipendiados. Estratos ou segmentos sociais como, por ilustração, o dos negros, o dos índios, o das mulheres, o dos portadores de deficiência física e/ou mental e o daqueles que, mais recentemente, deixaram de ser referidos como “homossexuais” para ser identificados pelo nome de “homoafetivos”. Isto de parelha com leis e políticas públicas de cerrado combate ao preconceito, a significar, em última análise, a plena aceitação e subsequente experimentação do pluralismo sócio-político-cultural (p.632)”.

⁸ *Verbis*, do voto: “O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão ‘família’, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica (p.612-613)”.

⁹ *Verbis*, do voto: “A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros (p.614)”.

¹⁰ Sugiro como leitura obrigatória no sentido de aprofundamento no tema do ativismo judicial, estudando suas origens, a equivocada importação do modelo ativista, os limites da jurisdição e a necessária distinção entre judicialização e ativismo: Tassinari, 2013; também o meu, em especial os capítulos 5 e 6: Streck, 2013.

¹¹ De acordo com Wolfe, 1994.

¹² Ver nota 4.

¹³ Anote-se que há uma parcela considerável de autores brasileiros preocupados com os problemas oriundos dessa equivocada recepção da ideia de ativismo judicial no Brasil. Podemos registrar, nesse sentido, em pesquisa sobre essa problemática: Lirio do Valle/Ribas Vieira, et al. (org), 2009.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 4335 (AC). Reclamante: Defensoria Pública da União. Reclamado: Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da Comarca de Rio Branco. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pendente de Julgamento.

¹⁵ Ainda nesse sentido, e para um aprofundamento da temática, ver: Streck/Oliveira/Barretto, 2010.

¹⁶ Wolfe, 1994.

¹⁷ Dworkin, 2005.

¹⁸ Streck, 2011.

¹⁹ Appio, 2009: 297-99.

²⁰ Grey, 1975:703.

²¹ Appio, 2009: 298.

²² Appio, 2009: 299.

²³ A expressão *sensu comum teórico* vem de Luis Alberto Warat, eminente professor argentino que desvelou as máscaras do “óbvio”, mostrando/denunciando, no âmbito da teoria do direito, que as “obviedades, certezas e verdades” transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções retórico-ideológicas. Não que todo o discurso dogmático-jurídico seja ideológico; mas parcela considerável o é, na medida em que se constitui em um espaço simbólico de

“retaliações discursivas”, “justificações *ad hoc*” e “neosofismizações”, dado que o jurista, quando convém, ignora qualquer possibilidade de as palavras terem DNA. Um dos objetos de sua crítica era a produção de ementários, com pretensões de universalização. Fundamentalmente, ainda hoje – ou cada vez mais – a produção doutrinária que se relaciona àquilo que se pode denominar de dogmática jurídica continua caudatária das decisões tribunalícias, em que campos inteiros do saber são eliminados para remeter os homens a uma esfera simbólica altamente padronizada, instituída e capitalizada a favor do modo de semiotização dominante. Ou seja, a doutrina continua doutrinando pouco. Contra esse tipo de “drible hermenêutico”, Warat construiu este conceito, que vem a ser a maneira pela qual a dogmática jurídica instrumentaliza tais questões. Cf. Warat, 1995.

- ²⁴ Para uma adequada leitura dos princípios, ver o livro: Tomaz de Oliveira, 2008. Nesta obra, o autor problematiza a questão dos princípios sob os aportes da filosofia hermenêutica e da hermenêutica filosófica, afirmando sua normatividade e seu caráter deontológico. Sobre minha crítica ao pan-principiologismo, ver meu debate com Luigi Ferrajoli, em: Streck, 2012.
- ²⁵ Compreendo a discricionariedade de acordo com o que se pode depreender do positivismo *lato sensu*, referindo-se, portanto, à ideia do poder de *escolha* que possui o intérprete no julgamento de um caso. Considero a discricionariedade a principal característica do positivismo pós-exegético (especialmente as propostas de Kelsen e Hart). Claro que a discricionariedade também esteve presente no positivismo legalista (primitivo), na medida em que o legislador tinha total discricionariedade para elaborar a lei. Neste sentido, faço uso da noção de *discricionariedade em sentido forte*, trabalhada por Dworkin em seu *Levando os Direitos a Sério*, na crítica ao positivismo de Herbert Hart. Em *terraebrasilis*, existe um infundável terreno onde o poder discricionário dos juizes é aplicado, mormente sob a perspectiva de defesa de maiores poderes ao juiz, objetivando superar o modelo de direito formal-exegético; ou como uma aposta no protagonismo judicial, em que o juiz julga com base em critérios não jurídicos, a partir de um ato de vontade (lembro que Kelsen sustenta que o ato do juiz é um ato de vontade), sendo a discricionariedade compreendida, portanto, como poder imanente à tarefa jurisdicional, diante das vagezas e ambiguidades dos textos normativos. É importante referir que, a partir de uma teoria da decisão – fundada na exigência de respostas corretas no direito – refuto integralmente o poder discricionário dos juizes.
- ²⁶ Kelsen, 2011.
- ²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011: p. 755.
- ²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011: p. 680.
- ²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011: p. 712.
- ³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Tribunais de Justiça dos Estados e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Data do Julgamento: 05/05/2011. Data de Publicação do Acórdão: 14/10/2011: p. 724.
- ³¹ Examinando a literatura que trata de autores como Dworkin no Brasil, tenho que os melhores

trabalhos são de Motta, 2012 e Meyer, 2008. Meyer – que foi orientando de Marcelo Cattoni, outro jusfilósofo expert em Dworkin e Habermas –, do mesmo modo que Motta, coloca as “coisas” no seu devido lugar. Além disso, ambos desmitificam as leituras equivocadas sobre Dworkin e fazem uma crítica contundente a Alexy. Cf. Cattoni de Oliveira, 2007.

³² Carnap, 1971.

³³ Para compreendermos bem essa questão, é preciso insistir em um ponto: há uma cisão em Kelsen entre direito e ciência do direito, o que irá determinar, de maneira crucial, seu conceito de interpretação.

³⁴ Díaz, 1995:16.

³⁵ Gadamer, 1998.

>> REFERÊNCIAS LIVROS E ARTIGOS

- Appio, Eduardo (2009).** “Direitos das minorias”. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), p. 297-99.
- Carnap, Rudolf (1971).** *Studies in inductive logic and probability*, volume 1. Berkeley: University of California Press.
- Cattoni de Oliveira, Marcelo Andrade (2007).** *Direito, política e filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Díaz, Elías (1995).** “Estado de Derecho y Derechos Humanos”. *Novos Estudos Jurídicos* 1/1 (Itajaí), p. 16.
- Dworkin, Ronald (2005).** *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Gadamer, Hans-Georg (1998).** *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes.
- Grey, Thomas C (1975).** “Do We Have an Unwritten Constitution?”. *Stanford Law Review* n 27, p. 703.
- Kelsen, Hans (2011).** *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Motta, Francisco José Borges (2012).** *Levando o Direito a Sério*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Meyer, Emílio (2008).** *A Decisão no controle de constitucionalidade*. São Paulo: Método.
- Streck, Lenio**
(2013). *Jurisdição Constitucional e Aplicação do Direito*. São Paulo: RT.
(2012). *Garantismo, Neoconstitucionalismo e Hermenêutica*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
(2011a). *Verdade e Consenso*. São Paulo: Saraiva.
(2011b). *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
(1995). *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Tassinari, Clarissa (2013).** *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Tomaz de Oliveira, Rafael (2008).** *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Valle, Vanice Lirio do/Vieira, José Ribas (Org.) (2009).** *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá.
- Warat, Luis Alberto (1995).** *Introdução geral ao Direito*, vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- Wolfe, Christopher (1994).** *The rise of modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. New York: Rowman&Littefield.