

Pós-modernidade e principiologia jurídica:
O ativismo judicial e sua validade no âmbito
do Estado Democrático de Direito

Post-modernity and legal principiology:
The judicial activism and its validity in the
context of the Democratic State of Law

Valter Moura do Carmo(1); Ewerton Ricardo Messias(2)

1 Doutor em Direito pela UFSC. Professor do PPGD da Universidade de Marília. Diretor de relações institucionais do CONPEDI. E-mail: vmcarmo86@gmail.com

2 Mestre e doutorando em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. E-mail: ewerton_messias@hotmail.com

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 189-205, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Set. 27, 2017; Accepted/Aceito: Dez. 13, 2017]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.2163>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui!/click here!](#)

Resumo

Atualmente, a hermenêutica jurídica assume características específicas, vez que, diante dos conceitos jurídicos indeterminados, exige-se do juiz uma postura altamente construtiva do conteúdo semântico dos enunciados sob análise, ambiente propício para o surgimento do ativismo judicial. O presente artigo visa analisar o que seja o ativismo judicial e sua eventual validade no âmbito do Estado Democrático de Direito. Com esse intuito, são investigados a distinção entre Direito e sistema jurídico e entre ordenamento jurídico e sistema jurídico; a principiologia jurídica pós-moderna e sua influência no surgimento do ativismo judicial; a definição de judicialização e a distinção entre ativismo judicial, livre convencimento motivado do juiz e pró-atividade judicial e o risco ao Estado Democrático de Direito diante de uma eventual ditadura do Poder Judiciário. Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e legislativa, tendo como pano de fundo um sistema de referência pautado no giro linguístico, representado por meio do Constructivismo Lógico-Semântico de Paulo de Barros Carvalho. Em conclusão, aponta-se que o ativismo judicial não tem validade no âmbito do Estado Democrático de Direito, tendo-se por base o referencial teórico adotado.

Palavras-chave: Princípios. Conceitos jurídicos indeterminados. Democracia. Interpretação normativa intersubjetiva.

Abstract

Currently legal hermeneutics presents specific characteristics, since, in view of indeterminate legal concepts, the judge is required to play a highly constructive role on the semantic content of the statements under analysis, a situation conducive to the emergence of judicial activism. The present article analyses what is judicial activism and its possible validity within the scope of the Rule of Law. With this in mind, we investigate the distinction between Law and legal system and between legal system and legal hierarchy; a number of postmodern legal principles and their influence on the emergence of judicial activism; the definition of judicialisation and the distinction between judicial activism, free convincing of the judge and pro-judicial activity, and the risk to the Democratic Rule of Law in the face of a possible dictatorship of the Judiciary branch. In order to obtain the results sought by our research, the method of approach we used is the empirico-dialectic, based on the use of bibliographical and legislative sources. As background, we use a reference system based on the linguistic turn, inspired by the Logical-Semantic Constructivism of Paulo de Barros Carvalho. In conclusion, based on the theoretical framework adopted, we point out that judicial activism has no validity within the scope of the Democratic Rule of Law.

Keywords: Principles. Undetermined legal concepts. Democracy. Intersubjective normative interpretation.

1 Introdução

A história do pensamento jurídico passa por um intenso período de mudanças após a Revolução Industrial, principalmente a partir da segunda metade do século XX.

Tal período, denominado como pós-modernidade, é caracterizado pela socialização e pela constitucionalização do Direito, assumindo, a principiologia constitucional, o lugar antes ocupado pelo positivismo jurídico, representado pelas codificações.

Os princípios jurídicos passam a possuir força normativa, sob a justificativa da garantia dos direitos fundamentais e da consolidação da democracia.

A partir de então, inicia-se um efusivo debate acerca da dogmática jurídica e da técnica legislativa utilizada na construção dos enunciados jurídicos, fazendo surgir, no sistema jurídico, enunciados jurídicos revestidos da natureza de princípios, cuja elaboração se dá por meio da utilização da técnica legislativa dos conceitos indeterminados, sendo, desta forma, construídos com uso de termos que se ajustam a inúmeros significados, portanto, carentes de um preenchimento valorativo.

Os conceitos jurídicos indeterminados criam uma grande dificuldade para os órgãos aplicadores do direito, principalmente para o Poder Judiciário, pois impossibilita a emissão de decisões a partir da simples subsunção de um fato da vida a uma premissa legal prevista no direito positivo.

Tal realidade exige que o juiz passe a adotar uma postura mais qualificada na construção do conteúdo semântico dos enunciados sob sua análise, não podendo sua decisão, portanto, ser uma mera declaração de subsunção do fato da vida à norma jurídica positivada.

Neste panorama, surge a figura do ativismo judicial e, com ele, surgem os seguintes questionamentos: Como deve ser entendida a tarefa de interpretação dos enunciados jurídicos? O ativismo judicial tem validade no âmbito do Estado Democrático de Direito?

A justificativa para a pesquisa do tema em tela é a necessidade de discussão acerca das repercussões jurídicas oriundas do ativismo judicial no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Quanto ao objetivo a ser alcançado, trata-se de uma tentativa de clarificar uma eventual situação de invalidade do ativismo judicial no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

A despeito da suma importância da matéria abordada, o tema ainda carece de pesquisa aprofundada sob o prisma que ora se pretende focar, lacuna esta que, ao ser preenchida, certamente trará auxílio doutrinário ao intérprete e ao aplicador do Direito, contribuindo para que as normas jurídicas possam ser aplicadas de forma mais eficaz e em consonância com as normas constitucionais.

Para a obtenção dos resultados almejados pela pesquisa, o método de abordagem a ser seguido será o empírico-dialético¹, utilizando-se de pesquisa bibliográfica e legislativa, tendo como pano de fundo um sistema de referência pautado no giro linguístico, representado por meio do Constructivismo Lógico-Semântico de Paulo de Barros Carvalho².

2 Direito ou sistema jurídico

Direito é norma e norma é linguagem, logo, direito é linguagem (VITA, 2010, p. 36). A linguagem é composta por códigos comuns, que compõem a lógica da comunicação social dos seres humanos (ARAÚJO, 2005, p. 19).

Neste sentido, o entendimento acerca da Teoria do Direito reclama a compreensão a respeito dos conceitos de “língua”, “linguagem” e “fala”, sendo a língua o sistema de signos que vigora em uma dada comunidade; a fala é o ato individual de escolha e requalificação da língua e a linguagem, o resultado final da requalificação e da escolha da língua (CARVALHO, A., 2009, p. 577).

O direito é um sistema composto por três planos de linguagem: a Ciência do direito, o direito positivo e a linguagem social. Assim, didaticamente, pode-se conceber o sistema jurídico ou direito como um sistema composto pelos subsistemas da Ciência do direito, do direito positivo e da linguagem social, que interagem entre si. Ao tratar sobre a citada interação, Aurora Tomazini de Carvalho afirma que:

Embora tanto ao direito positivo quanto à Ciência do Direito seja atribuído o qualificativo de “jurídicos”, a Ciência pertence à categoria dos sistemas descritivos que toma como objeto o direito positivo, enquanto o direito positivo, a dos sistemas prescritivos (não-descritivos) que toma como objeto a realidade social. (CARVALHO, A., 2009, p. 575).

O direito positivo, a Ciência do direito e a linguagem social podem ser compreendidos como sistemas autônomos, “[...] na medida em que seus elementos são

- 1 Para Lourival Vilanova, “[...] os objetos culturais, entre os quais se aloja o direito, são todos aqueles que estão na experiência, tendo existência real, contudo sempre valiosos, positiva ou negativamente. O ato gnosiológico próprio é a “compreensão” e o método da correspondente ciência é o ‘empírico-dialético’”. (VILANOVA, 2008, p. 82).
- 2 O constructivismo lógico-semântico é um instrumento de trabalho, modelo para ajustar a precisão da forma à pureza e à nitidez do pensamento; meio e processo para a construção rigorosa do discurso, no que atende, em certa medida, a um dos requisitos do saber científico tradicional. O modelo constructivista se propõe amarrar os termos da linguagem, consoante esquemas lógicos que deem firmeza à mensagem, pelo cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, selecionando as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação (CARVALHO, 2017).

comunicações diferenciadas” (CARVALHO, A., 2009, p. 575). Porém, constituem-se como subsistemas de um sistema maior, com o qual se relacionam, qual seja o Direito, que, portanto, é composto por um conjunto de enunciados normativos prescritivos, conteúdos normativos e códigos comuns responsáveis pela composição da lógica da comunicação social dos seres humanos.

O Direito, por sua vez, está contido dentro de um sistema ainda maior, qual seja a “[...] realidade social (composta por todas as demais comunicações – relações intersubjetivas), e com ele relaciona-se” (CARVALHO, A., 2009, p. 575).

O direito positivo e a realidade social não se confundem, pois, o primeiro é composto pela linguagem jurídica e a segunda pela linguagem social. Importante ressaltar que a linguagem social pode transformar-se em linguagem jurídica, no entanto, somente após passar pelo filtro da facticidade jurídica (CARVALHO, A., 2009, p. 575). Assim, somente a linguagem jurídica tem potencial para alterar o direito positivo, portanto, uma linguagem social somente terá potencial para alterar o direito positivo se tornar-se jurídica.

Igualmente, a linguagem da Ciência do Direito não tem o condão de alterar o direito positivo, pois, “por mais que um jurista fale sobre o direito, não consegue modificá-lo” (CARVALHO, 2009a, p. 575). Nesse aspecto, Aurora Tiomazini de Carvalho afirma que:

O direito positivo incide sobre a realidade social com a finalidade de regulá-la, de modo que todas as demais comunicações integrantes de seu ambiente o informam cognitivamente. Já a Ciência do Direito incide sobre o direito positivo com a finalidade de descrevê-lo e, assim, presta-se a informar cognitivamente todas as demais comunicações integrantes de seu ambiente. (CARVALHO, A., 2009, p. 575-576).

Desta forma, o Direito é um sistema composto pelo direito positivo, pela Ciência do Direito e pela linguagem social, que se projeta sobre a região material das condutas humanas, disciplinando-as nas suas relações de intersubjetividade, tendo por objeto a realidade social.

3 Distinção entre ordenamento e sistema jurídico

A distinção entre ordenamento e sistema jurídico faz-se presente com certa frequência na doutrina.

Para Gregorio Robles Morchón, o ordenamento jurídico revela-se como um conjunto de enunciados prescritivos não sistematizados, que serve como base

física para que o direito se materialize. Para ele o sistema forma-se somente após a interpretação dos enunciados prescritivos brutos, tarefa que é de competência da Ciência do direito, que se encarregará de apresentar as interpretações de forma sistematizada. Assim, o ordenamento seria o ponto de partida para alcançar-se o sistema. O autor afirma que o “[...] ordenamento é um texto desorganizado, bruto, composto por todos os textos tal como saíram das decisões dos produtores de normas, postos um depois do outro, sem conexão entre eles” (MORCHÓN, 1998, p. 111-127), portanto, caberia à Ciência do direito atribuir conteúdo a estes textos e os organizar de forma harmônica, constituindo, assim, o sistema jurídico.

O ordenamento jurídico seria então um complexo heterogêneo de mensagens legisladas, vez que produzidas em momentos diversos e em distintas condições de surgimento (CARVALHO, 2009, p. 213). Paulo de Barros Carvalho, esclarece que:

Observado segundo esses padrões, o direito posto não alcançaria o *status* de sistema, reservando-se o termo para designar a contribuição do cientista, a atividade do jurista que, pacientemente, compõe as partes e outorga ao conjunto o sentido de um todo organizado. Ordenamento e direito positivo, de um lado, sistema e Ciência do Direito, de outro, seriam binômios paralelos, em que os dois últimos termos implicam os primeiros. (CARVALHO, 2009, p. 213).

No entanto, Paulo de Barros Carvalho afirma que

[...] qualquer que seja o tecido de linguagem de que tratamos, terá ele, necessariamente, aquele mínimo de racionalidade inerente às entidades lógicas, de que o ser sistema é uma das formas. Sistema é o discurso da Ciência do Direito, mas sistema também é o domínio finito, mas indeterminável do direito positivo (CARVALHO, 2009, p. 213-214).

Na mesma linha de raciocínio, o ordenamento jurídico pode ser relacionado ao direito positivo, o qual se revela com um conjunto estruturado de normas jurídicas dispostas segundo um vetor comum, o que se equipara ao conceito de sistema jurídico (CARVALHO, A., 2009, p. 607). Jonathan Barros Vita afirma que:

O sistema jurídico é formado pela interpretação normativa sob a forma unificadora de norma, ou seja, é um rearranjo de ciência do direito, em que se eliminam as contradições e se estrutura sintaticamente o direito, é linguagem descritiva que possui como fundo uma linguagem prescritiva. (VITA, 2010, p. 41).

O autor continua, observando que, para Riccardo Guastini (1999), “[...] existe uma indistinção entre sistema e ordenamento jurídico, já que ambos têm como fundamento a concepção de norma jurídica, e o ordenamento, formalmente, é um sistema jurídico, pois formado de normas jurídicas” (VITA, 2010, p. 45).

Há que se concordar com a afirmação da existência de indistinção entre as expressões sistema jurídico e ordenamento jurídico, podendo ir além, ao reconhecer a indistinção entre essas e a expressão Direito, vez que se revelam, todos, como um sistema composto pelo direito positivo, pela Ciência do Direito e pela linguagem social, que compõem a norma jurídica, a qual se projeta sobre a região material das condutas humanas, disciplinando-as nas suas relações de intersubjetividade, tendo por objeto a realidade social.

4 Pós-modernidade e principiologia jurídica: os conceitos jurídicos indeterminados e o ativismo judicial

Após a Revolução Industrial, principalmente a partir da segunda metade do século XX, inicia-se um período de mudanças sem precedentes na história do pensamento jurídico, trata-se da pós-modernidade, período em que ocorreu a socialização e a constitucionalização do Direito, com a principiologia constitucional assumindo o lugar antes ocupado pelo positivismo jurídico.

Dessa forma, os princípios passaram a possuir força normativa, a tal nível que a inobservância de um princípio, de acordo com o seu grau de importância, pode representar atuação contra todo o sistema jurídico, já que “[...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma” (MELLO, 2013, p. 975).

A pós-modernidade caracteriza-se como o momento da principiologia jurídica, dos direitos fundamentais e da consolidação da democracia.

Há, então, intenso debate não só a respeito da dogmática jurídica, mas, também, a respeito da técnica legislativa utilizada na construção dos enunciados jurídicos.

No sistema jurídico, é comum a verificação de enunciados jurídicos revestidos da natureza de princípios, elaborados por meio da utilização da técnica legislativa dos conceitos indeterminados, ou seja, elaborados mediante a utilização de fórmulas abertas e de conceitos indeterminados, carentes de um preenchimento valorativo, vez que construídos com uso de termos que se ajustam a inúmeros significados. Para Karl Engisch os conceitos jurídicos indeterminados são “[...] conceitos cujo conteúdo e a extensão são em larga medida incertos” (ENGISH, 1988, p. 208). Tércio Sampaio Ferraz Júnior define conceitos jurídicos indeterminados como “[...] os que manifestam vaguidade, isto é, não é possível, de antemão, determinar-lhes a extensão denotativa. Assim, por exemplo, as expressões: repouso noturno, ruído excessivo, perigo iminente, etc.” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 331).

Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser conceitos empíricos ou conceitos de valor. Os empíricos reportam-se a fatos, estados ou situações da natureza ou da realidade como, por exemplo, noite, dia, embriaguês, morte, risco etc. Os valorativos exigem do intérprete ou do aplicador do direito uma apreciação em termos valorativos como, por exemplo, interesse público, motivo fútil, maus tratos, conduta desonrosa, eficiência pública etc.

Diante dos conceitos jurídicos indeterminados, os órgãos aplicadores do direito deparam-se com a dificuldade de emitir suas decisões a partir da mera subsunção de um fato da vida a uma premissa legal, ou seja, a um conceito jurídico fixo, expressamente escrito no direito positivo.

A hermenêutica jurídica assume características específicas, vez que, diante dos conceitos jurídicos indeterminados, é exigida do juiz uma postura altamente construtiva do conteúdo semântico dos enunciados sob análise, do que uma atitude simplesmente declarativa, arraigada na subsunção do fato da vida à norma jurídica positivada. Neste sentido Gregório Robles Morchón afirma que:

[...] os juristas não se limitam a ler o texto jurídico com olhos de profissionais capazes de entender completamente seu sentido; são eles, além disso, os encarregados de interpretar as normas. A interpretação das normas cabe especialmente a determinados juristas: aqueles que ocupam órgãos de decisão (como os juízes) e os que se dedicam à ciência do direito (os cientistas do direito). (MORCHÓN, 2005, p. 53).

É justamente aqui que surge a figura do ativismo judicial, que se revela como um fenômeno pós-moderno caracterizado pela forte atuação do Poder Judiciário nas relações sociais, de forma a regular políticas públicas e intervir em aspectos da vida privada dos indivíduos.

5 Judicialização: ativismo judicial, livre convencimento motivado do juiz e pró-atividade judicial

Neste ponto é preciso diferenciar as espécies ativismo judicial e livre convencimento motivado do juiz, no gênero judicialização.

Acerca do livre convencimento motivado, Nelson Nery Júnior afirma que o juiz:

[...] é soberano na análise das provas produzidas nos autos. Deve decidir de acordo com o seu convencimento. Cumpre ao magistrado dar as razões de seu convencimento. Decisão sem fundamentação é nula *pleno jure* (CF 93 IX). Não pode utilizar-se de fórmulas genéricas

que nada dizem. Não basta que o juiz, ao decidir, afirme que defere ou indefere o pedido por falta de amparo legal; é preciso que diga qual o dispositivo de lei que veda a pretensão da parte ou interessado e porque é aplicável no caso concreto. (NERY JÚNIOR, 2004, p. 519).

É nesse aspecto que o exercício do livre convencimento motivado afasta-se do ativismo judicial, pois o livre convencimento motivado ocorre diante da judicialização, ou seja, ocorre quando há provocação do Poder Judiciário para que se manifeste no âmbito do processo e nos limites dos pedidos formulados, consubstanciando-se no dever do Poder Judiciário atuar de forma eficiente e adequada na prestação jurisdicional, conforme previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988.

A judicialização revela-se como um fenômeno em que o Poder Judiciário é provocado a manifestar-se sobre demandas existentes na sociedade, ou seja, pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, provocam o Poder Judiciário mediante a propositura de uma Ação Processual, para que o mesmo, no exercício constitucional da prestação jurisdicional, manifeste-se acerca da demanda colocada sob sua análise e julgamento, assim, a judicialização ocorre independentemente da vontade do Poder Judiciário.

Na judicialização, o Poder Judiciário atua, inclusive, com o exercício do livre convencimento motivado do juiz, porque é o que lhe cabe constitucionalmente fazer, sem alternativa (BARROSO, 2012, p. 25).

Diante da judicialização, o juiz livremente analisa as provas produzidas nos autos e forma sua convicção, fundamentando-a com fórmulas específicas, que contém o dispositivo de lei que veda ou autoriza determinada pretensão e motivando-a com o porquê tal dispositivo de lei é aplicável no caso concreto.

A livre convicção motivada do juiz não é tão livre como alguns pensam, exemplo disso são as súmulas vinculantes, previstas no artigo 103-A da Constituição Federal de 1988, cuja regulamentação está contida na Lei nº 11.417/2006. Tais súmulas vinculam os juízes e tribunais aos seus enunciados, sob pena de, diante de sua desconsideração, a decisão judicial ser cassada, conforme previsão contida no §3º do artigo 103-A da Constituição Federal de 1988.

Na pós-modernidade, as súmulas vinculantes revelam-se como um forte ativismo judicial nas relações sociais, vez que o Supremo Tribunal Federal tem criado um considerável número de súmulas vinculantes, de forma a atuar como criador do Direito, legislando, em sentido amplo, e limitando a interpretação das normas, pelos tribunais e pelos membros do Poder Judiciário, em casos concretos.

Diferentemente da judicialização, em que o Poder Judiciário manifesta-se após ser provocado, no ativismo judicial nem sempre o Poder Judiciário é previamente provocado, em muitos casos ele antecipa-se a qualquer provocação, ou seja, age sem que haja qualquer provocação, no que tange à interpretação da norma.

A justificativa para tal antecipação por parte do Poder Judiciário, no mais das vezes, calca-se na alegação de inércia dos Poderes Legislativo e Executivo, situações em que o Poder Judiciário age para decidir e preencher lacunas normativas deixadas por tais Poderes constituídos.

No ativismo judicial, o intérprete do Direito, ao analisar a tese jurídica ou o plano fático em que se desenvolve a lide, extrapola a esfera do contexto normativo, de forma a impor sua posição interpretativa da norma, fazendo prevalecer sua vontade subjetiva sobre o objeto normativo, em detrimento da interpretação dada por outro Poder constituído, ultrapassando, então, os limites do sistema positivado.

Na pró-atividade judicial, o intérprete, diante de uma demanda caracterizada por um alto nível de subjetividade, busca a melhor interpretação para a resolução da demanda no ordenamento jurídico, primando pela manutenção da ordem do sistema, por meio de uma interpretação objetiva do material jurídico, em detrimento de sua subjetividade interpretativa, pois a interpretação da norma somente se legitima quando realizada com base no ordenamento jurídico e não contra ele.

A regra é que a discricionariedade judicial ocorra em situações excepcionais, diante da ilegitimidade do julgador para criar o Direito, uma vez que tal função incumbe ao Poder Legislativo, por meio dos representantes eleitos pelo povo.

O ativismo judicial deve atuar de forma a extrair o máximo das potencialidades do texto normativo, sem, contudo, invadir o campo da criação livre do Direito (BARROSO, 2012, p. 26), sob pena de rompimento com o sistema democrático, tornando-se inconstitucional.

O ativismo judicial desmedido traz, como consequência, o agigantamento do poder atribuído ao Judiciário, por meio da legitimação da atuação pautada em exacerbado subjetivismo, portanto, afastada das bases contidas no sistema jurídico, de forma a proporcionar o surgimento de uma ditadura desse Poder, que passa a invadir a esfera de competência dos outros Poderes constituídos, quais sejam o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

6 Ditadura do poder judiciário e o risco ao estado democrático de direito

No caso da perpetuação de uma ditadura do Poder Judiciário, o Estado Democrático de Direito estaria ameaçado em virtude da inobservância ao princípio democrático da separação dos Poderes, visto que, com bases fixadas no subjetivismo exacerbado, o Poder Judiciário passaria a invadir as esferas de competências dos Poderes Executivo e Legislativo, de forma a exercer o poder político e legislativo estatal sem a indispensável legitimação pelo povo.

A garantia de efetividade do Estado Democrático de Direito está calcada na existência de critérios que permitam submeter as decisões judiciais à aferição de racionalidade.

É certo que o juiz não tem acesso aos objetos, mas sim à linguagem que os constrói. Nem por isso o juiz deve operar exclusivamente a partir de sua subjetividade, mas sim por meio de códigos comuns, que compõem a lógica da comunicação social do grupo onde vive, a qual recebe o nome de linguagem (ARAÚJO, 2005, p. 19).

É por meio da linguagem, que o ser humano acessa a realidade, portanto ela deve ser capaz de revelar a essência dos objetos.

As decisões judiciais devem superar os aspectos linguísticos dos textos normativos, no entanto, não se devem afastar ou ignorar a lógica da realidade social, nem avançar para além do sistema positivado. Assim, as decisões judiciais devem ser concretizadas mediante um processo estruturado e passível de verificação e justificação intersubjetiva, pois o que se extrai dos ensinamentos de Jünger Habermas é que a intersubjetividade é o caminho para a razão comunicativa, cujo princípio base é a linguagem. Nesse sentido, Armindo José Longhi esclarece que:

A opção de Habermas é pela reformulação da noção de razão e o caminho a ser trilhado consiste em desfazer as relações internas entre o conceito de racionalidade e a sua autocompreensão. Ele segue o caminho da crítica dirigida ao critério de verdade como fundamento racional da realidade. O critério de verdade não é mais o único e nem o mais importante. Transfere o poder de fundamentação para o procedimento de verificação dos enunciados, para o terreno das pretensões de validade do que se diz, do que se faz e do que se expressa. Habermas outorga prioridade à racionalidade comunicativa. A intersubjetividade é a única possibilidade de estabelecer a validade dos enunciados, permitindo qualificar como racional ou como não racional os diferentes tipos de ações humanas. (LONGHI, 2005, p. 8).

Como já dito, a comunicação dá-se por meio da linguagem, não há comunicação sem linguagem, falada, escrita, de sinais etc. Armindo José Longhi valida tal afirmação, consignando, ainda, que sem a linguagem não há nem conhecimento e nem acesso ao mundo, pois a:

[...] linguagem mediatiza fundamentalmente toda relação significativa entre sujeito e objeto. Ela está inevitavelmente presente em toda comunicação humana, a qual implica um entendimento mútuo sobre o sentido de todas as palavras e sobre o sentido do ser das coisas mediadas pelos significados da palavra. A linguagem

possui, primordialmente, um sentido comunicativo, ou seja, nós moramos na linguagem. Para nos comunicarmos, a única alternativa é a linguagem. Sem ela, não temos nem conhecimento e nem acesso ao mundo. (LONGHI, 2005, p. 16).

Ao tratar sobre o agir comunicativo, o autor continua seu raciocínio afirmando que:

A tarefa da linguagem, no agir comunicativo, é fornecer o horizonte pré-estruturado a partir do qual os sujeitos podem relacionar-se entre si e sobre o mundo. O entendimento possível entre os sujeitos dá-se na linguagem porque nela está depositado o saber pré-teórico específico do gênero humano. A linguagem, como horizonte pré-estruturante, possibilita as experiências, as ações e a obtenção do consenso. (LONGHI, 2005, p. 27).

Na mesma esteira, Marcio Giusti Trevisol valoriza o entendimento mútuo mediado intersubjetivamente pela linguagem em face do subjetivismo da razão Kantiana, pois a linguagem qualifica-se pelo ato de entendimento e consenso humano sobre questões pertinentes à ética, política, direito, moral, estética, poder etc. (TREVISOL, 2010, p. 03).

O subjetivismo deve ceder espaço ao intersubjetivismo, assim, em um Estado Democrático de Direito as resoluções dos conflitos eventualmente surgidos, somente se legitimam se puderem ser submetidas à verificação e justificação por parte da sociedade. Neste sentido, Renato de Almeida Vieira e Silva, citando Jünger Habermas, explica que:

Do ponto de vista do exercício democrático, Habermas pressupõe que as instituições devem estar organizadas e estruturadas de maneira que o discurso possa surgir como forma de resolução dos conflitos surgidos das quebras pactuais ou dificuldades de comunicação das comunidades. O ponto central é, portanto, o mesmo, independente da sua formulação. As normas e as decisões políticas só podem legitimarem-se em decorrência de poderem ser questionadas e aceitas no discurso entre cidadãos livres e iguais. (SILVA, 2011, p. 128).

Nessa linha de raciocínio, a discricionariedade da decisão judicial não pode estar calcada no mero subjetivismo do juiz, de forma a afastar-se da realidade social que a permeia, pois tem limites substanciais externalizados na ausência de demandas reguladas pela norma jurídica e na obrigatoriedade de se situar no âmbito dos usos e costumes de uma dada sociedade, ou seja, pelo que é socialmente aceito (HART, 2001, p. 336-338).

7 O constructivismo lógico semântico como instrumento para a construção de um entendimento mútuo

O constructivismo lógico-semântico revela-se como processo apto a propiciar a verificação e a justificação intersubjetiva das decisões judiciais proferidas em sede de demandas surgidas no seio da sociedade. Sobre o modelo constructivista, Paulo de Barros Carvalho ensina que ele:

[...] se propõe amarrar os termos da linguagem, segundo esquemas lógicos que deem firmeza à mensagem, pelo cuidado especial com o arranjo sintático da frase, sem deixar de preocupar-se com o plano do conteúdo, escolhendo as significações mais adequadas à fidelidade da enunciação (CARVALHO, 2014, p. 2).

O constructivismo lógico-semântico amolda-se à hermenêutica atual, no entanto, desenvolvida sobre as bases analíticas. Significa dizer, ler e interpretar o texto, para compreender a comunicação.

A leitura e a interpretação do texto devem ser realizadas de forma analítica, ou seja, o texto deve ser composto e decomposto, articulado e desarticulado, reunido e separado, organizado e desorganizado, visando ao aprofundamento da compreensão da comunicação, pois, “é analisando que o trabalho cognoscente prospera e caminha em direção a seus objetivos” (CARVALHO, 2014, p. 2). Nesta linha de raciocínio, interessante são as considerações tecidas por Celso Reni Braidá, para quem:

[...] enquanto as ciências explicativas buscam determinar as condições causais de um fenômeno através da observação e da quantificação, as ciências compreensivas visam à apreensão das significações intencionais das atividades históricas concretas do homem. Esse modelo de racionalização, retirado da interpretação de textos, no mesmo movimento que estabelece a apreensão do sentido como essência do método das ciências humanas, delimita o alcance da metodologia das ciências naturais, questionando, acima de tudo, o próprio conceito de objetividade científica. Isso se mostra nas determinantes específicas desse modelo: a inseparabilidade de sujeito e objeto, uma vez que a compreensão hermenêutica se dá pela inserção daquele que compreende no horizonte da história e da linguagem, as quais são aquilo mesmo que deve ser compreendido; o condicionamento de toda expressão do humano a um determinado horizonte linguístico, o que inclui também o resultado da compreensão, portanto, a própria ciência; a circularidade entre o todo e o particular, ou a mútua dependência constitutiva entre

a parte e a totalidade, que impossibilita a compreensão por mera indução; e, por fim, a referência a um ponto de vista, ou pré-compreensão, a partir do qual se institui todo conhecimento, que estabelece a prioridade da pergunta sobre a resposta e problematiza a noção do dado empírico puro. (BRAIDA, 1999, p. 8).

A finalidade do constructivismo lógico-semântico é transpassar a linguagem para uma linguagem formal e lógica, por meio de procedimentos de interpretação claros, rigorosos e controláveis, que respeitem os modelos epistemológicos existentes e sirvam de método para esmiuçar o fenômeno jurídico, mediante um trabalho analítico cultural, vez que o direito se trata de um objeto cultural produzido pelos seres humanos.

O constructivismo lógico-semântico revela-se como uma teoria bem estruturada em termos lógicos, vez que discutida e esquematizada nos níveis sintático e semântico e com boas indicações para um desdobramento pragmático, sem, no entanto, afastar-se da ética, externalizada na consideração de valores que orientam o comportamento humano.

Para constructivismo lógico-semântico, a interpretação dos textos deve dar-se a partir do conhecimento da estrutura da língua e da função dos termos na composição dos períodos, orações, sintagmas e frases (sintaxe) e do significado dos grafemas, palavras e expressões (semântica), que estejam sendo utilizados pela sociedade, no momento da realização da interpretação, em determinadas circunstâncias (pragmática). Paulo de Barros Carvalho explica que:

O plano sintático é formado pelo relacionamento que os símbolos linguísticos mantêm entre si, sem qualquer alusão ao mundo exterior ao sistema. O semântico diz respeito às ligações dos símbolos com os objetos significados, as quais, tratando-se da linguagem jurídica, são os modos de referência à realidade: qualificar fatos para alterar normativamente a conduta. E o pragmático é tecido pelas formas segundo as quais os utentes da linguagem a empregam na comunidade do discurso e na comunidade social para motivar comportamentos. (CARVALHO, 2009, p. 199).

O intérprete do direito deve valer-se de todos os métodos de interpretação colocados à sua disposição para a mais adequada e intelectual interpretação dos textos normativos, sem, no entanto, afastar-se para além do sistema positivado.

Neste sentido, Paulo de Barros Carvalho, ao tratar dos princípios e de sua alta carga de conotação axiológica, afirma que princípio “[...] é o nome que se dá a regras do direito positivo que introduzem valores relevantes para o sistema, influenciando vigorosamente sobre a orientação de setores da ordem jurídica” (CARVALHO, 2003, p. 165).

É neste aspecto que a subjetividade do intérprete perde sua força diante da intersubjetividade alcançada pela utilização dos diferentes métodos de interpretação nos níveis sintático, semântico e pragmático.

Ao tratar sobre os diferentes métodos de interpretação e os níveis em que devem operar, Paulo de Barros Carvalho ensina que os métodos literal e lógico devem ser operados no nível sintático; os métodos histórico e teleológico devem ser operados nos níveis semântico e pragmático; já o método sistemático deve ser operado nos níveis sintático, semântico e pragmático (CARVALHO, 2009, p. 201).

O autor afirma que “[...] o conhecimento de toda e qualquer manifestação de linguagem pede a investigação de seus três planos fundamentais: a sintaxe, a semântica e a pragmática” (CARVALHO, 2009, p. 199), desta forma “[...] a exegese dos textos legais, para ser completa, tem de valer-se de incursões nos níveis sintático, semântico e pragmático da linguagem jurídica, única forma de se chegar ao conteúdo intelectual” (CARVALHO, 2009, p. 201).

Completa o autor, afirmando que, isoladamente, o método sistemático “[...] tem condições de prevalecer, exatamente porque ante-supõe os anteriores. É, assim, considerado o método por excelência” (CARVALHO, 2009, p. 201).

8 Conclusão

A interpretação dos enunciados jurídicos deve ser entendida como tarefa de concretização das normas jurídicas, apta a ultrapassar os limites linguísticos dos textos normativos, mediante o indispensável relacionamento com a realidade social, para um desdobramento pragmático, passível de verificação e justificação intersubjetiva.

Desta forma, o ativismo judicial não tem validade diante do constructivismo lógico-semântico, visto que o primeiro implica em subjetividade das decisões judiciais, subjetividade, esta, combatida pelo constructivismo lógico-semântico, o qual defende a intersubjetividade das interpretações normativas e, por via de consequência, das decisões judiciais, dentro do sistema positivado.

Em um Estado Democrático de Direito as resoluções dos conflitos eventualmente surgidos, somente se legitimam se puderem ser submetidas à verificação e justificação por parte da sociedade, o que somente é possível por meio de interpretações normativas intersubjetivas, realizadas no âmbito do sistema positivado, revelando-se o constructivismo lógico-semântico como um método adequado para a construção lógica e ética do conteúdo semântico dos conceitos jurídicos indeterminados, de forma a permitir o controle da racionalidade da atividade jurisdicional, como forma de justificar os resultados à sociedade e garantir a observância aos postulados do princípio do Estado de Direito Democrático.

Referências

- ARAÚJO, Clarice Von Oertzen. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e legitimidade democrática. *[Syn] Thesis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.
- BRAIDA, Celso R. Apresentação. In: SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. *Hermenêutica: arte e técnica da interpretação*. Tradução e apresentação de Celso Reni Braida. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 7-22.
- CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral Do Direito: O Constructivismo Lógico-Semântico*. 2009. 623 f. Tese (Doutorado em Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 30 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp098895.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.
- CARVALHO, Paulo de Barros. O princípio da segurança jurídica em matéria tributária. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 98, p. 159-180, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Constructivismo lógico-semântico*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/101/edicao-1/constructivismo-logico-semantico>>. Acesso em: 14 jun. 2017.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Algo sobre o Constructivismo Lógico-Semântico*. 19 março 2014. Disponível em <[http://www.ibet.com.br/download/Paulo%20de%20Barros%20Carvalho\(2\).pdf](http://www.ibet.com.br/download/Paulo%20de%20Barros%20Carvalho(2).pdf)>. Acesso em: 23 abr. 2017.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- LONGHI, Armindo José. *A ação educativa na perspectiva da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas: uma abordagem reflexiva*. Tese (Doutorado em Educação). Faculdade de Educação. Universidade Estadual de Campinas. Campinas, SP: 2005. Disponível em <<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000361246&fd=y>>. Acesso em: 26 abr. 2017.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MORCHÓN, Gregorio Robles. *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Civitas, 1998. v. 1.
- MORCHÓN, Gregorio Robles. *O Direito Como Texto: Quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri, SP: Manole. 2005.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Renato de Almeida Vieira e. Os ideais de igualdade, fraternidade e liberdade na prática democrática: entre Rousseau e Habermas. *Revista Lumen et Virtus*, São Paulo, v. II, n. 4, p. 121-133, maio 2011. Disponível em: <http://www.jackbran.com.br/lumen_et_virtus/numero4/PDF/OS%20IDEIAS%20DE%20IGUALDADE%20%20FRATERNIDADE%20E%20LIBERDADE%20NA%20PRATICA%20DEMOCRATICA.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2017.

TREVISOL, Marcio Giusti. Ação comunicativa e pedagógica: alguns apontamentos sobre educação e mídia. In: *CINFE, Congresso Internacional de Filosofia e Educação*, V, 2010, Caxias do Sul-RS. *Anais...* Caxias do Sul: UCS, 2010. Disponível em: <https://www.ucs.br/ucs/eventos/cinfe/artigos/arquivos/eixo_tematico7/Acao%20comunicativa%20e%20pedagogia%20alguns%20apontamentos%20sobre%20educacao%20e%20midia.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2017.

VILANOVA, Lourival. Fundamentos do Estado de Direito. In: VILANOVA, Lourival *Escritos Jurídicos e Filosóficos*, v. I. São Paulo: IBET/Axis-Mundi, 2008. p. 413-430.

VITA, Jonathan Barros. *Valoração aduaneira e preços de transferência: pontos de conexão e distinções sistêmico-aplicativas*. 2010. 927f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica. São Paulo. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/5458/1/Jonathan%20Barros%20Vita.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2017.