

HERMENÊUTICA E EFETIVAÇÃO DE DIREITOS: NOTAS SOBRE A DISCUSSÃO ACERCA DO PROTAGONISMO DAS CORTES CONSTITUCIONAIS

Por Marcílio da Silva Ferreira Filho

Aproveitando as discussões do III Congresso Hispano-Brasileiro de Direitos Humanos realizado em Valladolid (Espanha) e no *Summer School* em Siena (Itália) no mês de junho e início de julho, abordarei neste editorial algumas notas sobre o trabalho apresentado e aprovado recentemente nos referidos eventos.

Uma temática do Direito ainda pouco explorada pelos profissionais é a hermenêutica, seja *geral*, seja em suas subdivisões, tal como a hermenêutica *jurídica* e a *constitucional*. Contudo, a percepção dos pontos principais da discussão e o aprofundamento teórico são fundamentais para se inferir as razões do fenômeno atual de evidente protagonismo das Cortes Constitucionais, em especiais nos países da América Latina, inferindo a importante e necessária participação do Poder Executivo na formação das decisões judiciais. É comum a menção a subtemáticas enfrentadas em diversos artigos e livros jurídicos como judicialização da política pública, politização do judiciário, ativismo judicial, constitucionalização do direito, discricionariedade judicial, utilização de conceitos jurídicos indeterminados e assim por diante, sendo que todos esses problemas fazem parte de um problema maior: *a hermenêutica no campo jurídico*.

Nesse contexto, no grupo de pesquisa que participamos no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), intitulado “Cortes Constitucionais e Democracia” e liderado pela professora Patrícia Perrone, pudemos fazer levantamento de decisões de *leading cases* das Cortes Constitucionais latino-americanas e verificamos que existe um protagonismo intensificado na atualidade pelas Cortes para efetivação de direitos (em especial direitos sociais) em face do Estado. É comum, em todos nos referidos países delimitados (América Latina), provimentos para fornecimento de

medicamentos, internação de pacientes, concessão de moradias, obrigações de abastecimento de água, acesso à educação em todos os níveis etc. Na América-Latina, o crescimento de decisões nesse sentido, em termos quantitativos e qualitativos, se deu nas últimas duas décadas.

A título de exemplo, em um subgrupo de pesquisa, levantamos decisões interessantes de duas Cortes Constitucionais com intenso protagonismo na implementação de direitos fundamentais (em especial sociais): *Costa Rica* e *Colômbia*.¹ Essas duas cortes são repletas de julgados em que, com base em dispositivos constitucionais ou mesmo em diplomas internacionais, foram estatuídas obrigações em face do Estado, em matéria de saúde, educação, moradia, aposentadoria, trabalho, entre outros. Há um instrumento específico (Recurso de Amparo), sem similar no Brasil, em que o titular do direito pode levar a questão diretamente ao Tribunal máximo e que é julgado extremamente rápido.

No Brasil, no mesmo sentido, também são vários os casos de protagonismo nas últimas duas décadas, a exemplo dos casos do *Estado de Coisas Inconstitucionais* no caso dos presídios (base teórica em diálogo com a Colômbia); pesquisas com célula-tronco; inconstitucionalidade da prática cultural da vaquejada; intervenção em políticas públicas de saúde; nepotismo; progressão de regime prisional; fidelidade partidária; direito de greve dos servidores públicos. Todos esses julgados são exemplos de casos em que a Corte Suprema brasileira julgou e solucionou casos, apesar de não haver solução expressa no Texto Constitucional.

Podemos inferir, então, que a interpretação jurídica vem passando por uma modificação em suas bases que deve ser assumida e *reanalizada*, especialmente do ponto de vista das *consequências*, responsabilidade e *legitimidade* dos pronunciamentos das Cortes, que deve dialogar nacional e internacionalmente com a sociedade e Estado.

Os livros jurídicos em geral mencionam a hermenêutica a partir das lições tradicionais, normalmente ensinando *princípios* e *métodos* para encontrar a solução “correta” na interpretação dos dispositivos legais, em uma

1 Algumas decisões paradigmáticas levantadas: Costa Rica - Recurso de Amparo 5934-97 (replicado logo em seguida no 6096-97); Sentença 2007- 007487; Recurso de Amparo 2016008983; Colômbia - *Sentencia de Unificación* - SU 559, de 6/11/1997; Sentencia T-689/16; Sentencia T-077/13; Sentencia T-267/11; Sentencia T-629.

tentativa incansável de objetivação das normas jurídicas. É comum, por exemplo, mencionar as técnicas de Savigny para interpretação jurídica, como a interpretação literal, teleológica, sistemática etc. No entanto, tal base teórica não é suficiente para enfrentar a complexidade das relações sociais e econômicas da atualidade, em uma sociedade globalizada em que prevalece a velocidade e a profundidade das informações.

O ponto principal da discussão envolve dois polos extremos: as teorias *interpretacionistas* (cognitivas) e as teorias *não interpretacionistas* (não cognitivas). As primeiras pregam uma ideia de que o intérprete não desenvolve atividade criativa, mas sim meramente declaratória do sentido empreendido pelo legislador, ou seja, seria a mera boca da lei (*la bouche de la loi*), tal como defendia, por exemplo, a Escola Exegética do direito. De outra banda, as teorias do segundo polo admitem a atividade criativa do intérprete, de formas variadas, seja pela análise pragmática dos casos (pragmatismo jurídico, com base teórica normalmente atribuída a Richard POSNER, mas com autores importantes precedentes), seja pela utilização de princípios (DWORKIN), seja meio de um processo argumentativo-comunicativo (HART) ou mesmo por meio de uma discricionariedade absoluta (realismo jurídico).

Ao se analisar a bibliografia sobre o assunto, estudando os principais autores e discussões, percebe-se que é consenso hoje que a interpretação não pode ser controlada para consignar, ao final, soluções únicas. Não existe, na visão de GADAMER (autor que tem sido utilizado como principal referencial teórico nos estudos hermenêuticos atuais), verdade *única*, mas sim *múltiplas* perspectivas, que podem ser adotadas e ajustadas de acordo com o *tempo* e *lugar* em que os signos linguísticos dos dispositivos legais são analisados (sintaxe, sintática e pragmática). O sentido dos signos linguísticos pode e deve ser modificado com o passar do tempo e com as necessidades sociais.

Assim, embora ainda não haja consenso sobre os limites dessa atividade criativa do intérprete, não se recusa que sua atividade é intelectual e, como tal, não pode ser objetivada em sua completude, já que se caracteriza como subjetiva por natureza. Ao interpretar dispositivos legais, o intérprete leva para o dispositivo toda a sua carga de *tradição* e constrói o sentido do dispositivo (a significação, que corresponde à verdadeira essência do conceito de norma) a partir de diversas influências (do texto, das partes, da academia,

de sua família, dos argumentos de terceiros interessados etc.). Por isso, a participação e cooperação, com devida boa-fé, no processo (administrativo ou judicial) é essencial para construção da decisão final.

No nosso país, a questão é ainda mais complicada. Diferentemente de outros países como a Costa Rica, no qual os acórdãos são bem curtos e sintéticos, as decisões brasileiras da Suprema Corte são proferidas com uma série de páginas, inúmeras citações bibliográficas de autores nacionais e estrangeiros, o que acaba tornando o entendimento comum mais dificultoso. Como percepção disso, a motivação real dos julgados acaba sendo ocultada e a participação e o controle social, para ter efetividade, precisa ser mais intenso.

Nesse contexto, a participação do Estado, seja pelos titulares das pessoas jurídicas de direito público, seja por meio de seus advogados, ainda é muito tímida. Há discussões teóricas superficiais em torno de *standards* como, por exemplo, teoria da reserva do possível *versus* mínimo existencial. Porém, não há centro de estudos mais aprofundados em boa parte dos órgãos públicos voltados à análise econômica do direito e dos impactos das decisões, há pouca participação social ou participação meramente formal no processo de construção das decisões administrativas (ainda dotadas de elevado grau de imperatividade e verticalidade) e existem poucos instrumentos e muitos limites à consensualidade pelos órgãos representantes do Estado.

Claro que a discussão não possui solução única na gestão de tais conflitos. Porém, a conscientização de todos no sentido de que a interpretação é construída e decorre, em algum grau, de um ato de vontade deve ocorrer para que os envolvidos (aqui incluídos os advogados públicos e privados, as partes, a sociedade como um todo, entre outros) possam participar dessa construção e legitimar as decisões judiciais que impactam diretamente na vida de cada um e na gestão dos bens essenciais da vida pelo Estado.

Marcílio da Silva Ferreira Filho. *Doutorando (UniCEUB) e Mestre em Direito (UFPE). Procurador do Estado de Goiás. Membro da Comissão Especial de Estudos Processuais (CEEP) da OAB-Goiás. CV: <http://lattes.cnpq.br/2817314211126999>*