

Ativismo judicial sob a perspectiva da semiótica e hermenêutica jurídica

Judicial activism under semiotics perspective and legal hermeneutic

Antonio Celso Baeta Minhoto¹, Wallace Ricardo Magri²

RESUMO

Em momentos de transformação do discurso jurídico, passa a ganhar maior relevo a atuação do Poder Judiciário como protagonista dos anseios do projeto democrático da Constituição Federal, especialmente quando o Poder Legislativo se vê assoberbado com reformas políticas e crise generalizada de credibilidade por parte da população. A questão é determinar quais são os estatutos discursivos que conferem legitimidade aos órgãos judicantes para produzir direito na análise dos casos em concreto, sem que isso cause inevitavelmente ruptura com o sistema de normas vigentes em nosso país e desarmonia entre os processos discursivos de produção legislativa e verificação judicial, com vistas a manter inabalados os alicerces democráticos do país. Os objetivos deste estudo são, basicamente, refletir sobre o ativismo judicial e o papel do judiciário na sociedade brasileira. O método utilizado foi a pesquisa teórica, bem como estudo de caso (jurisprudência). A conclusão aponta que há, de fato, um excesso por parte do Poder Judiciário em sua atuação recente no Brasil, desequilibrando o jogo político-democrático-institucional.

Palavras-chave: ativismo judicial, semiótica, análise do discurso.

ABSTRACT

In moments of transformation of the legal discourse, the judiciary's role as protagonist of the democratic project of the Federal Constitution, especially when the Legislative Power is overwhelmed with political reforms and generalized crisis of credibility on the part of the population, becomes more important. The question is to determine which are the discursive statutes that give legitimacy to the judicial organs to produce law in the analysis of the concrete cases, without this inevitably causing rupture with the system of norms in force in our country and disharmony between the discursive processes of legislative production and with a view to keeping the democratic foundations of the country intact. The objectives of this study are basically to reflect on judicial activism and the role of the judiciary in Brazilian society. The method used was theoretical research, as well as case study (case law). The conclusion points out that there is, in fact, an excess on the part of the Judiciary in its recent performance in Brazil, unbalancing the political-democratic-institutional game.

KEYWORDS: judicial activism, semiotics, discourse analysis.

¹ Doutor em Direitos Fundamentais e Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) – Bauru. E-mail: antonio@baetaminhoto.com.br

² Doutor em Semiótica e Linguística Geral pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFCLH- USP). E-mail: adm.magriadvogados@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Tratar de ativismo judicial sob a perspectiva da Semiótica e Hermenêutica Jurídica implica enfrentar velhas questões que integram a problemática do Direito, em especial o que tange as fontes do direito, bem como os critérios de interpretação da norma a fim de aplicá-las aos casos em concreto.

Com o enfraquecimento dos paradigmas da modernidade – tanto no que se refere a valores culturais como no que tange a metodologia das ciências sociais – os temas acima mencionados precisam ser revistos, a partir de novos pontos de vista.

É assim que, por meio de modelos da semiótica de linha francesa e da análise dialógica de textos, pretende-se romper com as estruturas dicotômicas do direito, passando a observá-lo como processo de produção de sentido.

Nessa linha de raciocínio, por meio de método hipotético-dedutivo e com base na apreensão de sentido desvelado na análise de textos, busca-se o *ser do sentido* do discurso jurídico desenvolvido nas decisões dos tribunais.

A modernidade buscou modelar a vida em sociedade de acordo com premissas positivas a abordá-la como um fenômeno científico, cujas variáveis seriam passíveis de previsão lógico-dedutiva.

Foi assim que as formas de pensamento dos Antigos e da Idade Média foram subvertidas em cálculos e pensamentos racionais rigorosos, dando vida às ciências contemporâneas, que determinaram nossa visão de mundo e, com a concepção de Estado Soberano, da tripartição de poderes e da organização de sistemas jurídicos fundamentados em normas bem sedimentadas textualmente, buscou-se conferir segurança jurídica à população, sobretudo com a elaboração de Constituições escritas, Codificações a ordenar, de maneira completa e harmônica, as relações dos indivíduos em suas atividades diárias.

Enquanto os discursos unificadores da Modernidade funcionaram bem, aparentemente, bastaria a leitura dos textos legais e sua aplicação literal na solução do caso em concreto para que se atingisse o anseio de segurança jurídica. Assim, no sistema da *civil law*, os Códigos dariam aos cidadãos e aos magistrados o norte para determinar aquilo que seria /conforme/ e o que seria /em desacordo/ com o previsto em lei. Por seu lado, no sistema da *common law*, a casos semelhantes, dever-se-ia aplicar a mesma decisão extraída de *case law* análogo.

Realmente, especialmente no Século XX, parece que estas soluções imediatas,

devidamente calculadas, comprovadas e classificadas pelas Ciências conferiram aos cidadãos uma sensação de plenitude, levando boa parte da Humanidade a uma onda de desenvolvimento considerável, forjado na energia do sistema capitalista de produção e da crescente indústria e suas evoluções posteriores, rumando ao mercado de capitais, multinacionais e avanços tecnológicos impressionantes.

Contudo, a partir de meados do século XX, as sociedades tornam-se tão complexas quanto os valores dos grupos sociais particulares, culminando na ruptura com o discurso absoluto, monológico, próprio dos textos centralizadores das codificações e das *stare decisis*.

Com isso, as teorias da interpretação do direito também evoluíram, criando-se novos modelos que não partem apenas da análise da norma jurídica, mas também da apreensão dos valores incrustados nos casos sob análise judicial, sob o prisma de princípios constitucionais, notadamente direitos humanos fundamentais.

Sem negar o importante papel ocupado pelo discurso legislativo na estabilização das relações intersubjetivas, tudo indica que o padrão de produção legal não vence as constantes alterações que vêm sendo reclamadas por minorias, sendo que, em algumas ocasiões, o discurso legislativo tem que ceder espaço para a produção de direito pela jurisprudência.

Tudo se passa como se as minorias que, até o século passado pareciam satisfeitas com as migalhas que lhes eram concedidas pelo Estado Democrático de Direito, na forma de Direitos Humanos e Sociais a lhes conferir piso vital mínimo de subsistência, de repente passassem a se reconhecer como grupo de pessoas com interesses comuns que poderiam fazer valer sua voz através dos meios de comunicação informatizados e dos avanços tecnológicos.

Enquanto isso, o Direito forjado pelo Estado Moderno – em grande parte para proteger as trocas entre os cidadãos e as relações comerciais – começou a se deparar com questões que fugiam em muito de seu repertório e passou a se perguntar:

- Onde foi parar aquele homem médio?
- Onde foi parar aquela sociedade formada por indústria e seus funcionários?
- Onde foi parar a clássica tripartição de poderes e a soberania da Lei?

É justamente respondendo a estas três perguntas - e desconstruindo o Direito – que se desenvolve este estudo, cujo tema central é o ativismo judicial e sua busca por conferir respostas prontas a questões sociais pungentes que parecem não encontrar

respostas adequadas e satisfatórias por meio dos meios jurídicos e políticos colocados à disposição pela Modernidade.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE FONTES DO DIREITO, SEMIÓTICA E SEMIÓTICA JURÍDICA

O discurso jurídico convive com a problemática de se afirmar como garantidor da paz e ordem social, conferindo às relações intersubjetivas segurança jurídica, questão tormentosa, especialmente quando é colocada no cenário político-social contemporâneo, em que as sociedades e as relações interpessoais tornam-se extremamente complexas e plurais.

As duas principais formas de expressão verbal do discurso jurídico são a lei e a jurisprudência. Em apertada síntese, pode-se afirmar que as leis são comando normativos de caráter geral que vinculam a atuação dos jurisdicionados, sob pena de sanção institucionalizada pelo Estado, ao passo que a jurisprudência consiste em um conjunto de decisões de órgãos judiciais colegiados que caminham no mesmo sentido, quando da resolução de litígios, aplicando-se a sanção prevista em norma jurídica.

A controvérsia sobre a supremacia das leis sobre a jurisprudência, enquanto efetiva fonte de direito, já rendeu e ainda rende acirrados debates na comunidade jurídica, havendo correntes doutrinárias que concedem à legislação este caráter absoluto de criação do discurso jurídico, enquanto outras pugnam pela autonomia produtiva da jurisprudência, defendendo que não se trataria de mera interpretação da norma para sua aplicação ao caso em concreto.

Seja como for, é consenso que, para a solução de litígios, se faz necessária atividade interpretativa por parte dos magistrados, que se socorre de modelos de interpretação que são oferecidos pela Hermenêutica Jurídica, ramo do conhecimento que se presta justamente a oferecer estes modelos teóricos de apreensão de sentido dos textos jurídicos sob análise.

Assim, julgadores que privilegiam a supremacia das legislações adotarão o modelo oferecido pela escola da exegese, que orientará o intérprete a realizar raciocínio silogístico a fim de operar a subsunção do fato à norma, resumida no esquema deontológico kelseniano: *Se A é, então B deve ser.*

Já aqueles que buscam solucionar a lide a partir de elementos extraídos do caso em concreto, livres da mera atividade silogística, muitas vezes amparam-se nas ditas ciências auxiliares do direito para chegar à conclusão interpretativa, servindo de exemplo o julgado acerca do aborto de fetos anencéfalos, oportunidade em que o STF decidiu que, ao invés de afastar o crime de aborto, com base nos estudos de medicina, biologia e genética, este feto, por não ter o cérebro devidamente formado, não teria vida e, portanto, não seria sujeito de direitos tutelados pelo Estado.

Antes de avançarmos nestas considerações – que já adentram na polêmica acerca do ativismo judicial – pretende-se neste capítulo aclarar o se estende por semiótica e semiótica jurídica, que serão os métodos de análise da atividade judicial diante da decisão de demandas, uma vez que esta área do conhecimento nem sempre de alcance é de domínio dos pesquisadores da área jurídica.

A semiótica francesa é essencialmente estruturalista, surgida da ampliação dos conceitos da linguística (projeto de análise científica das ciências sociais originado nos estudos de linguística geral formulados por Saussure) para além da teoria dos signos linguísticos, trabalhando com as noções de forma e substância do plano de expressão e do plano de conteúdo a fim de depreender o sentido dos textos e que ganha novos contornos no novo milênio com os modelos ditados pela semiótica tensiva, das paixões e missivas, como caminhos para a superação dos modelos de primeira hora, geralmente criticados por serem considerados excessivamente formalistas.

A semiótica analisa textos por meio de um percurso gerativo de depreensão de sentido, que percorre as relações semânticas e sintáticas fundamentais que sustentam o texto, passando pelas relações de narratividade mínima, por meio das quais as relações semânticas se desenvolvem em programas actanciais de aquisição de objetos, desembocando nos aspectos discursivos visualizados na superfície textual, quando se trabalham categorias de tempo, espaço e pessoa nos textos, além da tematização e figurativização.

É assim que partindo do inteligível chega-se ao sensível, ao que aqui chamamos de nível fundamental de geração de sentido, esclarecendo, desde logo, que todos os níveis possuem uma estrutura sintática e uma estrutura semântica. Enquanto a estrutura sintática ocupa-se em determinar categorias semânticas e as relações sintáticas entre elas, o componente semântico dá conta de explicar o valor que é atribuído a cada um dos termos da rede de relações estabelecida.

Por exemplo, podemos dizer que a norma jurídica determina o percurso narrativo que deve obedecer a atuação do sujeito em sua vida social, estabelecendo um enfrentamento semântico de nível fundamental entre natureza *versus* cultura.

Todos aqueles que desejam restar integrados com a vida em sociedade, devem, no nível narrativo, agir conforme o que foi estipulado em lei, a fim de serem sancionados positivamente pelo legislador, nutrindo valores de integração ao sistema (aos transgressores a sanção é negativa e pode levar, conforme o caso, inclusive, à segregação social).

E para serem sancionados positivamente, os sujeitos cumprem contratos, não cometem crimes, pagam impostos, que nada mais são do que figuras estampadas sobre os temas dos diversos ramos do direito que norteiam as relações sociais.

2.1 SEMIÓTICA JURÍDICA

Uma vez já delineadas as linhas gerais da teoria semiótica de linha francesa, é preciso voltar a atenção para o tema central deste capítulo e tratar de definir o que se entende por semiótica jurídica e como seus modelos de análise podem contribuir para a compreensão das relações entre o discurso legislativo e o discurso judicial a fim de se estabelecer o estatuto semiótico em que repousa o ativismo judicial.

As obras de referência que norteiam a aplicação da semiótica para a análise do discurso jurídico são “Semiótica e Ciências Sociais”, de Algirdas Julien Greimas e “Sociedade Refletida”, de Eric Landowski. Para caminhar em uma área do conhecimento, nada melhor do que observar e descrever o que os autores renomados dizem a seu respeito e, a partir daí, refletir e deduzir possíveis desdobramentos das suas ideias norteadoras.

Em princípio, parece que tanto Greimas quanto Landowski, mais do que encerrar os debates sobre semiótica utilizada como recurso para a análise do discurso jurídico, nas obras acima referidas trataram de estabelecer suas linhas mestras, abrindo espaço para desenvolvimentos pontuais e monográficos às questões suscitadas ao longo de seus estudos preliminares.

Como bem esclarece Landowski, não pretende a semiótica recriar a Teoria Geral do Direito, ou apenas renomear os elementos jurídicos com objetivos meramente teóricos,

mas oferecer uma nova perspectiva de análise capaz de abrir novos caminhos antes não considerados³.

A proposta de Landowski consiste em centralizar as atenções do semiótico, enquanto estudioso do fenômeno jurídico, na narratividade, ou seja, na construção de um percurso sintático abrangente o bastante para servir de base para tantas formações semânticas de superfície quantas forem possíveis de ser realizadas.

Ainda que haja indissociável relação entre a faceta semântica e a sintática de determinada linguagem, o estabelecimento de uma coesa estrutura sintática do texto torna possível sua utilização independentemente do modelo semântico que irá revesti-lo, permitindo que, por meio de uma só estrutura, modalizem-se estados e fazeres das mais diversificadas maneiras.

Emergindo à superfície do texto, temos que as normas jurídicas elegem esta ou aquela conduta como sendo considerada “conforme o ordenamento jurídico”, fundadas em razões sociológicas, históricas ou políticas.

No entanto, em todos os casos, a estrutura semio-narrativa mantém-se inalterada, revelando-se antes do seu revestimento discursivo, quando será recoberto por temas e figuras que poderão tratar de toda a sorte de direitos e obrigações passíveis de previsão pelas normas jurídicas.

Fica estabelecida, enfim, a proposta do que se pode considerar efetivamente uma semiótica jurídica, em oposição a uma possível semiótica do direito, como esclarece Landowski (1982:62):

Na medida em que se pode admitir que os dispositivos característicos do nível “superficial” (em que a norma já se acha investida na rede semântica de determinado sistema de direito positivo) apenas aplicam, em sua ordem própria, as regras de uma sintaxe mais fundamental (pertence ao nível profundo que acabamos de postular), admitir-se-á também que a análise semiótica dos dispositivos ditos superficiais passa pela construção prévia de modelos mais gerais que assumem diretamente como objeto essa sintaxe

³ Nesse ponto, como bem explica LANDOWSKI, Eric. *Sociedade Refletida*. Cit. P 63-64: “Dir-se-á que, em tudo isso, a semiótica não descobre nada: ela nada mais faz, em suma, senão denominar de maneira um pouco diferente as coisas já conhecidas e repertoriadas. Isto é verdade, mas nem por isso constitui, a nosso ver, uma objeção pertinente. Jogar com as denominações teria efetivamente pouco interesse se essa operação levasse a uma pura e simples substituição terminológica. Mas teremos compreendido que não é exatamente disso que se trata no caso presente e que a relação entre vocabulário jurídico existente e o vocabulário analítico proposto não é uma relação de equivalência e de preferência num mesmo plano, mas de uma superposição correspondente à hierarquização conceptual dos níveis de apreensão possíveis dos fenômenos a serem descritos. Não é um título de glória para o semiótico elaborar conceitos e, como veremos daqui a pouco, modelos de alcance por vezes mais abrangentes que os especialistas das outras disciplinas constroem para as necessidades imediatas da sua prática. A cada qual seu ofício, ou antes, no caso, a cada qual seu nível de conceptualização!”

fundamental, independentemente de seus modos de investimento particulares em determinada manifestação de superfície. Não fosse a presunção das diferenças terminológicas demasiado “sutis”, poder-se-ia marcar explicitamente a hierarquia de níveis aplicando de preferência a expressão “semiótica do direito” (ou dos sistemas positivos) aos estudos que têm em vista o primeiro nível, e reservando a de “semiótica jurídica” (*lato sensu*) para as pesquisas pertencentes ao segundo nível”.

Pois é justamente valendo-se da semiótica jurídica que será traçada a dinâmica de concepção do discurso jurídico por meio de processos de produção legislativa e verificação judicial a seguir.

3 RELAÇÕES ENTRE AS FONTES DO DIREITO SOB A PERSPECTIVA SEMIÓTICA – PRODUÇÃO LEGISLATIVA E VERIFICAÇÃO JUDICIAL

Na obra “Semiótica e Ciências Sociais”, Greimas propõe que o discurso jurídico é amparado em duas isotopias⁴, a primeira pertencente aos domínios da língua natural e a segunda expressa em linguagem jurídica, que possui sintaxe e dicionário próprios.

O discurso jurídico, dentre tantos outros, como discurso científico em geral, enuncia-se por meio de uma linguagem própria que é criada assumindo termos da língua natural e conferindo a eles especificidade semântica, ou seja, transformando temas manifestamente polissêmicos em monossêmicos, como é o caso da linguagem jurídica.

Ao lado do dicionário jurídico, há a gramática jurídica, que estabelece a maneira como os elementos paradigmáticos estabelecerão relações sintagmáticas e, dessa forma, desencadearão o discurso jurídico.

⁴ Isotopia - Em Lingüística, "isotopia" (do grego *isos*, igual, semelhante, e *topos*, plano, lugar) significa plano de sentido, leitura que se faz de uma frase ou texto. Se, por exemplo, uma frase permite apenas uma leitura, é dita *monoisotópica*; *diisotópica* se permite duas; *triiisotópica*, se três; etc. Dessa forma, em "Ganhei esta caneta do meu pai" e "Nas últimas férias, descansei bastante" temos duas frases monoisotópicas, isto é, cada uma com apenas um significado. Em "Há muito televisor que precisa melhorar a **imagem**" e "Ronan, a Márcia chegou com **seu** pai", cada frase admite duas leituras. No primeiro exemplo, imagem = *representação televisada de pessoas e coisas* e também *conceito*. No segundo, seu = *de Ronan* ou *de Márcia*. Já em "Empresas **negam** oferecimento de propina", temos frase triisotópica, em que, negam oferecimento = *recusam oferecer*; *desmentem ter oferecido* e *desmentem ter recebido oferecimento*. O mesmo ocorre em "Acadêmicos **viram** monólitos", em que viram = flexão do verbo *ver*, de *virar-1* (*transformar-se*) e de *virar-2* (*mudar de posição*). A multiplicidade de planos de sentido é geralmente produzida por homonímia ou polissemia. É importante notar que o conceito de isotopia pertence à Lingüística - particularmente à Semântica, um ramo seu -, ciência que descreve os fatos da língua sem impor normas nem se preocupar com certo e errado. Assim, para a Semântica, é indiferente se a pluralidade de significados de uma frase ou texto é produzida intencionalmente ou não. Entretanto, para a Gramática, normativa que é, a duplicidade de sentido será encarada como recurso de estilo se for produzida intencionalmente com objetivos estéticos ou expressivos. Em caso contrário, será considerada ambigüidade, vício sintático, que deve ser evitado. Disponível em <http://www.pauloherndes.pro.br/dicas/001/dica031.html> acesso em 28.03.2022.

O discurso jurídico, como foi dito, se baseia em uma dupla isotopia: a primeira que se refere ao discurso legislativo e a segunda que se refere ao discurso referencial. O discurso legislativo é composto de enunciados performativos e normativos que conferem existência jurídica a determinados fatos e pessoas que advêm do discurso referencial, entendido como o próprio mundo social anterior à fala que o articula.

Relação curiosa esta que remete diretamente às peculiaridades do discurso jurídico que, não obstante seja criado a partir de determinada língua natural, dela se destaca ao criar uma sintaxe e semântica peculiar, apropriando-se dos termos destacados daquele discurso, que lhe é referência.

É assim que podemos dizer que o nível legislativo da linguagem vai atribuir sentido jurídico a determinados fatos do nível referencial, que se entende como um *a priori* lógico que a fala legislativa apenas descreve e organiza.

Como já se disse, o discurso jurídico possui uma gramática própria, que só recepciona aquelas construções que se mantenham intactas diante desses critérios próprios de verificação, uma vez alçadas do nível referencial. Da mesma forma, como também já se viu, possui uma semanticidade própria, ou seja, um dicionário jurídico autônomo.

A verificação da adequação gramatical das performances dos indivíduos para a constatação se estão em conformidade com a semântica do discurso legislativo opera-se através do que se denomina verificação judicial, momento em que o magistrado faz a aplicação da norma ao caso concreto, usualmente reconduzindo a sentença à legislação de origem, salvo nas hipóteses em que há lacuna ou omissão legislativa – assunto ao qual voltaremos mais adiante.

Para seguirmos, é importante traçarmos a distinção entre o papel discursivo exercido pelo Poder Legislativo, enquanto elaborador de normas, e o papel discursivo do Poder Judiciário, enquanto julga casos em concreto.

Produção legislativa é o mecanismo de que se vale o legislador para a elaboração das leis, transformando elementos juridicamente asemânticos do discurso referencial em juridicamente semânticos, ao integrá-los à gramática jurídica, ou seja, no campo das prescrições e proibições legais.

Uma vez determinadas *a priori* as relações jurídicas a que o ordenamento jurídico vai conferir traço de /juridicidade/, é pelo fenômeno da verificação judicial que o Estado-

juiz aprecia a adequação de determinada ação de uma parte processual ao que é prescrito em lei.

Vale dizer, ao tratar das ocorrências do nível referencial, o magistrado (na condição de destinador-julgador promove o confronto do fato do mundo natural (natureza) com a prescrição legal (cultura), para assim determinar a adequação discursiva de seu conteúdo.

Esta análise demonstra-se plenamente suficiente se admitimos que as funções do Poder Legislativo e do Poder Judiciário são nitidamente distintas, como pretende o modelo acima proposto, ou seja, admitindo que o Judiciário sempre aceita o discurso legislativo como correto. No entanto, o próprio Landowski admite improvável tal assertiva:

As coisas seriam simples demais, porém, se a realidade se conformasse tão uniformemente a esses princípios. De fato, todos os praticantes do direito o sabem, e muitos teóricos admitem, que o juiz, na medida em que supre as lacunas da lei, em que adapta suas disposições, em que contribui para determinar suas condições de aplicação e, enfim, na medida em que se atém, em tudo isso, à sua própria jurisprudência, invade constantemente o papel do legislador e constitui, no mínimo, por este motivo, 'fonte secundária' de direito. (LANDOWSKI, 1982:75)

Assim, o que dizer quando o destinador-juiz em sua decisão passa a versar não sobre a adequação da conduta do sujeito de direito ao ordenamento jurídico, mas a respeito da correção da produção legislativa que informa a espécie legal, por entendê-la em desconformidade com o sistema legiferante, como ocorreu no reconhecimento da legalidade das uniões homoafetivas.

É aqui que entra o jogo a questão do ativismo judicial, impulsionado sobretudo pelo controle difuso e concentrado de constitucionalidade, tratando de analisar os lapsos discursivos que permitiriam o eventual desenvolvimento daquilo que denominamos produção judicial.

4 ATIVISMO JUDICIAL – ESCOLAS HERMENÊUTICAS E INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Pela expressão ativismo judicial se buscou e ainda se busca caracterizar conduta proativa e de protagonismo adotada pelo Poder Judiciário quanto à consecução,

implementação e concreção de políticas públicas ou mesmo princípios e/ou valores estampados, via de regra, na Constituição Federal.

O termo ativismo judicial foi utilizado pela primeira vez em artigo da revista *Fortune*, em 1947, para tratar da atuação de magistrados da Suprema Corte norte-americana que se sentiam no dever de interpretar a Constituição dos Estados Unidos da América com a finalidade de garantir direitos sociais e econômicos nela previstos.

Neste fazer interpretativo, invariavelmente, estes magistrados, chamados de ativistas, buscavam analisar o caso em concreto, reconduzindo-o à norma, com a finalidade não de subsumi-lo a ela, mas também adequar a semântica do próprio texto legal para amoldá-lo à realidade social a que deveria ser aplicada.

Considerando que o sistema norte-americano adota em boa parte a *common law*, o julgamento com base em precedentes de corte e a via indutiva de raciocinar o direito não chega a causar tanta perplexidade. No entanto, em um país como o Brasil, adepto da *civil law* e que convive com doutrinadores devotos ao positivismo legal e aos valores quase que mitológicos da segurança jurídica através da lei e da estanque separação de poderes, natural que a expressão /ativismo judicial/ tenha ganhado conotação pejorativa.

No entanto, não é por este caminho que seguiremos, procuraremos nos manter fieis ao propósito semiótico ora proposto e trazer ao debate questões hermenêuticas envolvidas nestas decisões judiciais a fim de se depreender como se constrói o direito como norma a partir do discurso judicial.

4.1 ESCOLAS HERMENÊUTICAS SOB ABORDAGEM SEMIÓTICA

Em geral, os autores adoram critérios semelhantes para divisar as escolas hermenêuticas. Em virtude da pretensão desta pesquisa, de não se tornar análise histórica do pensamento jurídico, incorrendo no engano de aparentar que uma escola surgida posteriormente se sobrepõe às anteriores diacronicamente, posto que todas elas coexistem contemporaneamente na atividade jurídica, adotamos desde já a divisão ofertada por Chaïm Perelman em sua obra “Lógica Jurídica”, que vai separar as escolas hermenêuticas entre aquelas surgidas a partir da análise do Código Civil de 1804 até o período anterior à Segunda Guerra Mundial, quando surgem novas escolas que remontam preocupações relacionadas à ideia de justiça e referência a valores, menos vinculadas ao texto legal

emanado do poder constituído, uma vez que, especialmente após o holocausto, conclui-se que o Estado pode ser o criminoso⁵.

Acerca das principais escolas hermenêuticas – escola da exegese, da livre interpretação científica, da interpretação sociológica, da escola história, da escola finalista, da escola do direito livre – dependendo da perspectiva ideológica ou temporal do intérprete, pode variar sua relação de aproximação ou distanciamento com aquilo que é previsto em norma.

Nesta altura, pode ser produtiva a noção de quantificação subjetiva proposta por Tatit ao tratar da semiótica tensiva de Fontanille e Zilberberg, bem como o capítulo da obra “Tensão e significação” que aborda a questão do valor por meio da distinção entre ‘valores de absoluto’ e ‘valores de universal’, a fim de organizar as diversas correntes e as tendências por esta ou aquela maneira de interpretar o discurso jurídico. Ao tratar do valor à luz da semiótica, Fontanille e Zilberberg esclarecem que:

Para Greimas, essa problemática é dupla: trata-se de formular uma mediação entre os valores linguísticos, em princípio estritamente diferenciais e ‘vazios de conteúdo’, e os valores narrativos, os quais, na perspectiva greimasiana, são considerados como imanentes ao devir do sujeito em busca do ‘sentido da vida’. Em segundo lugar, se admite que o percurso gerativo declina as diferentes classes de valores – valores aferentes às estruturas elementares de significação, valores modais e temáticos aferentes às estruturas narrativas de superfície, valores discursivos – a reflexão sobre os valores acaba por se confundir com outra. Referente à conversão dos valores de um nível a outro e indica uma certa incompletude da semiótica greimasiana atual. (FONTANILLE/ZILBERBERG 2001:40)

Mais adiante, os autores vão propor que:

(...) do ponto de vista figurativo, ou seja, das categorias atestadas somente no plano de conteúdo, admitiremos que o espectro do valor possui termos extremos: para a intensidade, os *valores do absoluto*, onde domina o foco; para a extensidade, os *valores de universo*, onde domina a apreensão; mas, tanto num caso como no outro, trata-se apenas de um dominante: os valores de absoluto prevalecem em detrimento dos valores de universo, e reciprocamente. (FONTANILLE/ZILBERBERG 2001:45)

Aí entra em jogo a noção da primeira citação, que vai tratar do ‘vazio de conteúdo’ a que se refere Greimas, para tratarmos da proposta de análise das escolas hermenêuticas

⁵ A esse respeito, interessante este trecho da obra acima mencionada (Perelman, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91: “(...) com o advento do Estado criminoso que foi o Estado nacional-socialista, pareceu impossível, mesmo a positivistas declarados, tais como Gustav Radbruch, continuar a defender a tese de que ‘Lei é Lei’, e que o juiz deve, em qualquer caso, conformar-se a ela. Uma lei injusta, dirá Radbruch, não pertence ao direito”.

pelo prisma da semiótica e sua organização pela quantificação subjetiva. Para tanto, antes é preciso tomar emprestado da literatura a noção de ‘momento epifânico’, que é aquele momento extraordinário, que cria a tendência a dissementização dos valores de mundo para, então, ressemantizá-los de acordo com aquele evento, com o qual o sujeito pretende permanecer em estado de conjunção.

No entanto, curiosamente, esta conjunção com seu objeto-valor é tensa, pois bem sabe o sujeito que, a qualquer momento, referida conjunção pode ser desfeita pela atuação do antisujeito.

Aplicando as noções de valores de absoluto e valores de universal, conforme já tivemos a oportunidade de descrever, o evento da Revolução Francesa foi algo nunca antes experimentado na história das sociedades políticas ocidentais, uma vez que, ao romper com as balizas políticas do Antigo Regime, pôs em funcionamento um sistema de previsões legais capaz de fazer valer os ideais (valores) revolucionários de liberdade, igualdade e fraternidade.

Ocorre, neste momento histórico, a dissementização dos valores que pertenciam ao sistema político anterior, que passam então a processo ressemantização de acordo com os ideais revolucionários. Pegue-se como exemplo a noção de soberania, que é transferida do monarca absolutista para o povo (democracia por representação).

Era justamente esta a preocupação dos pensadores que arquitetaram a ruptura com o *ancient regime* por meio da criação de grandes monumentos jurídicos que teriam o condão de prever a vida do jurisdicionado em todos seus aspectos, para que não se vissem obrigados a se submeter ao arbítrio do soberano.

Neste momento, o antisujeito era representado pelo magistrado que, sob o pretexto de analisar discricionariamente as ocorrências em sociedade, punindo ou absolvendo os cidadãos, fazia este arbítrio valer como impunidade dos poderosos e excesso de rigor aos menos validos.

É assim que, partindo para um processo de criação de texto legal codificado, certamente o que se buscava não era o aprisionamento do sujeito, mas sim a limitação da discricionariedade do juiz para que este não agisse em desacordo com os anseios da revolução, momento epifânico com o qual os revolucionários desejavam manter-se em conjunção, a qual duraria tanto mais tempo quanto as mãos do juiz estivessem engessadas, quanto mais estes se tornassem a boca da lei.

A fim de operar o fechamento dos valores revolucionários e livrá-los da *generalização* das decisões judiciais arbitrárias, o Código Civil de Napoleão ganhava contornos de valor de absoluto, ou seja, descrevia minuciosamente o dever-ser em sociedade e de que maneira o juiz deveria aplicar a norma jurídica.

Antes de acusarem de se estar utilizando ferramental específico da análise do discurso da arte para aplicação em algo próprio do discurso da vida, vale a informação de que Zilberberg e Fontanille se valem de “Democracia americana”, de Tocqueville para desenvolver as explicações destas questões.

É assim que os operadores da escola da exegese, maravilhados com a perfeição que haviam alcançado com a elaboração da codificação civil, concentrando todo o direito dos cidadãos em um diploma legal, passaram a aplicar, de forma literal, suas disposições. Note-se que este processo pressupõe uma triagem dos valores distribuídos em sociedade para, a partir daí, tratar seus objetos de modo absoluto.

Sob esta concepção, é natural que ganhem relevo os critérios de interpretação que valorizam os traços de /concentração/, dos valores de absoluto. É por isso que, sobretudo na primeira fase da escola da exegese, predominaram os seguintes mecanismos de interpretação que valorizam a triagem e o fechamento, negando a possibilidade de considerações outras que não aquelas previstas pelo legislador: quanto à origem, a interpretação deve ser autêntica; quanto ao método, lógico-gramatical; quanto ao alcance, declarativa.

Sem dúvida, a maior extensidade dos *valores de absoluto* e da concentração na possibilidade do *non liquet*, ou seja, do magistrado deixar de proferir sentença por inexistir previsão legal nesse sentido, bem como na tarefa das Cortes de Cassação de rever decisões judiciais em desacordo com as normas jurídicas, submetendo os casos omissos ao Poder Legislativo para as medidas necessárias, tornavam preponderante o papel da legislação na formação do discurso jurídico.

Assim, o fazer missivo do magistrado era conduzido pelo *crer* que o Código Civil era sua ferramenta de trabalho perfeita, plena e acabada, não havendo necessidade de recorrer a quaisquer outros critérios, uma vez que ali o sistema jurídico encontrava-se aperfeiçoado.

A noção de quantificação subjetiva apresenta-se como ferramenta mais eficaz para tratar das gradações de sentido nas ciências humanas, introduzindo os elementos *mais* e

menos (e suas combinatórias) como se fossem ‘sílabas’ tensivas responsáveis pelos graus de ascendência e descendência no plano da intensidade.

Utilizando este tipo de gradação, tem-se que o excesso de concentração, de intensidade, cria um grau de saturação (*mais mais*), que acaba por se tornar necessária sua distensão.

No caso do Código de Napoleão e do modelo exegetico, por óbvio, a reafirmação constante de valores de absoluto tornou aquelas previsões legais distantes da realidade (*rarefação*), uma vez que eram avessas à mistura e incorporação de outras visões da sociedade em que operava efeitos.

É assim que a Escola da Livre Interpretação Científica do Direito surge como alternativa no momento em que o sistema se mostra não tão fechado (lacunas), não tão perfeito (antinomias) assim (*menos mais*).

No entanto, ainda sem negar os valores de absoluto, com o fito de ainda se manter em conjunção com os ideais trazidos pela Revolução Francesa, busca trabalhar apenas no eixo das lacunas da lei, ou seja, quando esta faltar, suprimindo suas lacunas, ou para solucionar os chamados conflitos aparentes de normas.

Por este prisma, conferindo uma redução da concentração anterior, dando menos relevo à noção de completude do ordenamento jurídico, torna possível a aplicação de critérios exteriores ao discurso legislativo a fim de preencher as lacunas do ordenamento, como a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. O sistema se torna, pois *menos* fechado e mais adepto à discricionariedade dos magistrados e à possibilidade de ativismo judicial.

Certamente, este tipo de apreensão do ordenamento jurídico, que caminha para a distensão, abre possibilidades que tendem para a outra ponta dos valores, ou seja, valores de universo. Neste caso, considera-se o sistema aberto, admitindo-se a mistura de diversos valores, para depois estabelecer alguma forma de triagem, quando surgem as escolas sociológicas e históricas do direito, finalistas, sendo que, no limite da extensividade dos valores de universo temos a escola do direito livre, que chega ao ponto de negar a relevância do direito codificado, admitindo, inclusive o julgamento do magistrado por meio do arbítrio razoavelmente delineado da análise das provas colacionadas ao processo. Como alertam Zilberberg e Fontanille (2001:56-57)

Delineia-se, assim, uma sintaxe dos tipos de valores, que permitiria descrever ‘a vida’ e a ‘morte’ das axiologias e até o grau de interesse e de desinteresse

dos sujeitos que as utilizam: a banalização, por exemplo, num regime de valores de absoluto, conduz, progressivamente, não à vitória dos valores de universo, mas uma *decomposição axiológica*, assim como, num regime de valores de universo (um democracia, por exemplo), a *marginalização*.

Portanto, sob o critério da quantificação subjetiva, dando *mais* relevância ao sistema codificado ocorre a banalização do conceito de sistema fechado e acabado, passível apenas de interpretação lógico-gramatical.

De outra banda, a negação total das normas, torna os fundamentos do direito *generalizados*, dando a entender que tudo é possível, de acordo com o arbítrio dos magistrados, o que também é prejudicial à interpretação jurídica neste extremo, valendo citar o caso de juízes que acabam se tornando ‘xerifes’ ou ‘tiranos do judiciário’ por se julgarem capazes de decidir sobre o certo e errado acerca das demandas de acordo com seu próprio universo axiológico.

Destarte, uma vez compreendida a possibilidade de atuação proativa do judiciário nas hipóteses em que há lacunas e conflitos normativos, é preciso depreender em que situações seria possível haver produção judicial para suprir eventual omissão legislativa acerca de temas que deveria tratar.

4.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E PRODUÇÃO JUDICIAL

A última palavra acerca da constitucionalidade de uma norma é o Supremo Tribunal Federal, quer seja pela via difusa, quer seja pela via concentrada de aferição se determinado comando legal está de acordo com as orientações constitucionais acerca daquele tema.

Além disso, há de considerar situações em que os anseios programáticos da Carta Magna não estão sendo supridos pela falta de elaboração das leis infraconstitucionais necessárias por parte do Poder Legislativo, o que se caracterizaria como uma espécie de inconstitucionalidade por omissão.

Se, conforme vimos ao longo desta exposição que as ferramentas hermenêuticas da modernidade oferecem alicerces consistentes para que o magistrado possa suprir lacunas no ordenamento jurídico, realizando o que denominamos aqui de *produção judicial* – neologismo sugerido para evitar a acepção negativa emprestada ao termo ativismo judicial – resta saber por onde deve alicerçar sua decisão quando não há normas para reconduzir seu raciocínio, a partir do caso em concreto.

Ressalte-se que estas situações estão a ocorrer com maior frequência no século atual em virtude das constantes mudanças de paradigmas sociais, cujo impulso inicial, ensina a Filosofia do Direito, se deram a partir dos movimentos culturais de maio de 1968, inaugurando o que alguns chamam de pós-modernidade e outros de contemporaneidade.

Diante desta complexidade, sob o aspecto hermenêutico, em linhas gerais, pode-se afirmar que, após a Segunda Guerra Mundial, considerando que as normas válidas do sistema poderiam carregar indesejável traço de injustiça, partem os autores para estudos de princípios gerais de direito e de certas máximas que devem ordenar o pensamento do intérprete, com vistas a realizar justiça no caso em concreto.

Há, a partir de 1945, a ruptura com os sistemas de hermenêutica então em voga, partindo a interpretação judicial para a análise do direito a procedimento mais empírico, consistente na problematização e estudo de *hard cases*, quando os princípios e normas jurídicas entram em conflito e princípios colidem entre si. Nesta mesma toada, a lógica formal abre espaço para a lógica da argumentação, ditada pela razoabilidade e proporcionalidade.

Tudo se passa como se o magistrado, agora livre dos ‘traumas’ da Revolução Francesa, cujos reflexos foram forte e longamente sentidos no direito, encontrasse, para além da libertinagem do direito livre, a possibilidade de escorar seu fazer interpretativo em princípios erigidos do texto constitucional, que se torna o metadestinator axiológico das decisões do STF.

Portanto, diferentemente da Escola do Direito Livre que, conforme vimos, apenas leva ao limite os valores de absoluto, acabando por dismantelar a ideologia então vigente, autores como Dworkin, Alexy, Perelman, Siches, propõem bases consistentes para sustentar aquilo a que nos referimos como valores de universo, que são mais afeitos à pós-modernidade, em que se fazem ouvir as vozes das minoriais também – o que é difícil de ocorrer no discurso monológica das decisões que envolvem as formações de maiorias parlamentares.

Pegue-se como exemplo voto ministerial a respeito do reconhecimento das relações homoafetivas (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277-DF) para atentar-se de como tais concepções de direito na pós-modernidade estão incorporadas dialógica e construtivamente em referido discurso:

O pedido formulado pelo requerente é de aplicação do regime jurídico previsto no art. 1723 do Código Civil às uniões entre pessoas do mesmo sexo com a

intenção de instituir família. De acordo com a interpretação de alguns, o regime estaria limitado às uniões entre homem e mulher. O requerente articula com a violação dos princípios e às regras constitucionais atinentes à liberdade, igualdade, dignidade e segurança jurídica. Defende ser obrigação constitucional do poder público a aplicação analógica do regime de união estável às relações homoafetivas.

Neste tópico já fica estabelecido o tema a ser enfrentado: colisão entre norma e princípios constitucionais. Para ponderar/sopesar a este respeito, o magistrado vai traçar o panorama em que a sociedade atual se insere, advertindo que em países mais avançados há reconhecimento das uniões homoafetivas e que a segregação destes indivíduos da cultura jurídico é causa de preconceitos e agressões a esta parcela da população. Sob esse prisma, mais adiante, o Magistrado vai ressaltar:

O princípio da dignidade da pessoa humana ostenta a qualidade de fundamento maior da República. É também mencionado no art. 226, §7º, onde figura como princípio inerente ao planejamento familiar, e nos artigos 227 e 230, quando da referência ao dever da família, da comunidade e do Estado de assegurarem, respectivamente, a dignidade da criança e do idoso. As opiniões doutrinárias asseveram tratar-se do “valor dos valores” do “ponto de Arquimedes no Estado Constitucional” (Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais*, 2002, p. 81), de modo que a importância enquanto fonte autônoma de obrigações e direitos não pode ser negligenciada.

De referido trecho, de ressaltar a flagrante tendência a conferir valores de absoluto aos princípios constitucionais, em especial ao da dignidade da pessoa humana, criando uma notável *retenção*, que antes ocorria com o apego à norma civil.

Nessa mesma linha de raciocínio, bem aciona o enunciador as lições de Dworkin e a preferência de, na decisão judicial, trabalhar feito um novelista que recebe um texto inacabado pelo roteirista anterior e procura, a partir da incorporação de seu desejo inclinado pela busca de justiça, reconstruir o texto legal, dando maior referência aos princípios do que a texto normativo literalmente declarado. Do mesmo modo, alinha-se às lições de Siches em busca da ‘lógica do razoável’.

Como se sabe, em referida decisão plenária, que serviu de breve ilustração de como se conduzem as decisões chamadas ativistas para suprir eventuais omissões legislativas na garantia de direitos das minorias, os Ministros do STF entenderam haver omissão legislativa acerca do reconhecimento das relações homoafetivas, tratando de conferir interpretação conforme a constituição ao art. 1723 do Código Civil, com base em princípios constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Temos, assim, que as decisões judiciais tidas como ativistas apontam ruptura com os métodos de interpretação da norma surgidos na Modernidade, caminhando para a análise dos casos submetidos a seu crivo por meio da construção do direito com base em princípios que são conferidos pela Constituição Federal, o destinador axiológico dos valores que informam a sociedade brasileira.

Com isso, o discurso jurídico deixa de ser o discurso da autoridade plena da lei, tipicamente centrípeto em torno da voz da maioria e aplicado por mero raciocínio lógico-formal, tornando-se palavra compartilhada, centrífuga. Tais medidas dialogam bem com discursos ideológicos da pós-modernidade e demonstram a sedimentação de uma hermenêutica que confere consistência democrática às decisões judiciais.

A afirmação de pluralidade de ideologias e a convivência harmônica entre elas é o foco principal do voto do Ministro, notadamente ao citar a evolução histórica do instituto de família por meio de análise de textos legais e doutrinários que tratam do tema.

Cumprir notar que, ao julgar sopesando valores e princípios, não cala a voz dos conservadores, uma vez que não nega a possibilidade de manutenção do reconhecimento de união estável entre pessoas de sexos diferentes, optando apenas por conferir valores de universo aos termos legais, com vistas à concreção da dignidade de todas as pessoas humanas.

O que o discurso dos conservadores deixa de considerar é que o espaço-tempo dos avanços dos direitos humanos não admite mais o discurso monológico, impermeável, centrípeto, que se põe como o único válido e verdadeiro em detrimento dos demais pensamentos, relegados à marginalização.

Se aqui o tema é Direitos Humanos, ao reconhecer a união estável de pessoas do mesmo sexo, este signo linguístico, “união homoafetiva”, passa a ter significação social diversa e menos estigmatizante dos homossexuais. Deixa de carregar o traço semântico da exclusão social e passa a ser apenas mais uma possibilidade de constituição de família.

Como se pode depreender da breve análise dialógica que traçamos nesta conclusão – escorada nas lições de Bakhtin e de seu Círculo – temos que é tendência do discurso jurídico na pós-modernidade afastar-se de comando legais unificadores, promovendo abertura de seu discurso por meio de análises judiciais que abarcam a significação social dos termos jurídicos bem como sua interpretação escorada rigidamente em princípios

constitucionais, por meio de argumentação consistente, a fim de se evitar que a aproximação do discurso jurídico dos valores de universo não se torne licença hermenêutica para a prática de arbítrios pelo julgador.

Nesse sentido, e para encerrar este artigo, cabe refletir que, se, por uma lado, é inadmissível a existência de decisões judiciais que se alinhem cegamente às teorias exegéticas de interpretação da norma em pleno século XXI, sendo inevitável caminhar para longe do sistema monolítico e autorreferencial para se aproximar da problematização, a fim de conferir pluralidade ao discurso jurídico, tal ação deve ser conduzida observadas as lições de Bakhtin em seu texto “Para uma filosofia do ato: ‘válido e inserido no contexto’”, de onde advêm os conceitos de *istna* e *pravda*:

A dimensão ética de um pensamento teórico não pode ser apenas buscada no (ou deduzida do) seu conteúdo. Do conteúdo de um pensamento, podemos e devemos exigir que seja verdadeiro, mas isso não é suficiente para que ele seja ético. Porque a verdade do conteúdo de uma teoria diz respeito a leis universais e a um universo de possibilidades. E a essa forma de verdade, Bakhtin atribuiu a termo *istna*. Já a ética de uma teoria ou de um pensamento teórico (filosofia ou ciência) diz respeito ao *ato* de pensar essa mesma teoria. (Pensá-la enquanto seu autor ou criador e também enquanto leitor que a adota e que a ela adere). O ato de pensar é sempre singular e diz respeito a um sujeito único. Somente o *ato* de pensar pode ser ético, pois é nele que o sujeito é convocado. Enquanto abstração, o único dever da teoria é ser verdadeira, ao virar ato, isto é, ao ser pensada por alguém singular e único, vira ética. E pode, assim, completar sua verdade universal com a verdade singular a que Bakhtin chama de *pravda*. (AMORIM, 2009:22)

Se os Ministros estão preparados para atuarem com seus espíritos imbuídos de *pravda* em seu fazer *proativo* é o que precisa ser verificado na análise das decisões do Supremo Tribunal Federal e em discursos interferentes e de diversas ordens que podem comprometer a ética do ato, reflexão que guardamos para desenvolver em uma próxima oportunidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática in Revista eletrônica (SYN)THESIS, disponível em <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433>, acesso em 21.03.2022.

BRAIT, Beth (org). Bakhtin – dialogismo e polifonia. São Paulo: Contexto, 2009

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FONTANILLE, Jacques e ZILBERBERG, Claude. Tensão e significação. São Paulo: Humanitas, 2001.

GREIMAS, A. J. Semiótica e Ciências Sociais. São Paulo: Cultrix, 1976.

LANDOWSKI, Eric. A sociedade refletida. São Paulo: Educ e Pintes, 1992.

PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2004.