



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
COORDENAÇÃO DOS CURSOS DE PÓS-GRADUAÇÃO “STRICTO SENSU”
MESTRADO EM DIREITO “HERMENÊUTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS”**

GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO

**O ATIVISMO JUDICIAL COMO EQUIVOCADA RESPOSTA A EFETIVAÇÃO DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS. OFENSA À DEMOCRACIA. PERSPECTIVAS DE
HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.**

**JUIZ DE FORA
2014**

GRYECOS ATTOM VALENTE LOUREIRO

O ATIVISMO JUDICIAL COMO EQUIVOCADA RESPOSTA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. OFENSA À DEMOCRACIA. PERSPECTIVAS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Hermenêutica e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria Geral do Direito.

Orientação: Prof. Dr. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno.

**JUIZ DE FORA
2014**

Gryecos Attom Valente Loureiro

O ATIVISMO JUDICIAL COMO EQUIVOCADA RESPOSTA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. OFENSA À DEMOCRACIA. PERSPECTIVAS DE HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL.

Dissertação apresentada ao curso de Mestrado Hermenêutica e Direitos Fundamentais da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____

BANCA EXAMINADORA

Júlio Aguiar de Oliveira (membro externo)
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG

Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (orientador)
Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC

Sebastião Trogo (membro interno)
Universidade Presidente Antonio Carlos – UNIPAC

Dedico este trabalho ao amor da minha vida, Alessandra e a meus filhos João Marcelo e Miguel, que ao nascerem tornaram o meu mundo um lugar melhor pra se viver.

AGRADECIMENTO

Agradeço a toda minha Família, por ter suportado minhas sucessivas ausências enquanto me dedicava à elaboração deste trabalho.

A minha Mãe, que com sua sabedoria me ensinou que podemos aprender à todo momento, com tudo e com todos.

A meu Pai, que me ensinou que a educação é o verdadeiro agente transformador de uma realidade social.

A Márcio, amigo especial, que autorizou inúmeras flexibilizações em minha jornada de trabalho, possibilitando a conclusão desta empreitada.

Aos Professores do Curso de Mestrado da UNIPAC, por terem me proporcionado a experiência ímpar de absorver tanto conhecimento em tão pouco tempo.

Ao Professor Travessoni, não apenas pela paciência, atenção e seriedade, mas, principalmente, por ter sido a fonte maior de minhas pesquisas e a minha grande referência bibliográfica.

Só sei que nada sei.
Sócrates

RESUMO

A crescente necessidade de efetivação dos direitos fundamentais encartulados na constituição brasileira, tem contribuído para a geração do fenômeno chamado de ativismo judicial. Este fenômeno se caracteriza por uma atuação direta do Poder Judiciário, no sentido de assegurar a realização de um direito fundamental estabelecido na constituição.

Para uma melhor compreensão do tema, o estudo se dedica à busca de uma forma de aplicar o que se entende por justiça. É o conflito entre (i) o direito positivado dizendo o que seria uma ordenação justa da sociedade e (ii) a interpretação judicial dizendo o que efetivamente seria uma decisão justa para o caso concreto.

Por isso a pesquisa estudou um pouco o conceito de “justiça”, optando por investigar a obra de Aristóteles, aqui considerada como a matriz do pensamento jusfilosófico ocidental, daí saltando diretamente para a obra de Kant, aqui considerada como o eixo filosófico que dá sustentação à quase integralidade da construção jurídica brasileira. Aristóteles inaugura o processo lógico-dedutivo, que também estará presente na obra de Kant. Kant diferencia a norma moral e a norma jurídica, fixando na coação o ponto de sua separação. O estudo analisará a filosofia prática de Kant, ou sua ética, que se dedica às chamadas ‘leis da liberdade’, na medida em que são indispensáveis para o estudo da justiça e, conseqüentemente, de suas formas de aplicação.

Após consolidar a base filosófica que dá sustentação às teorias jurídicas, a pesquisa se dedica a duas teorias da argumentação jurídica, diante de sua grande influência para os estudiosos do tema. Tais teorias foram apresentadas por Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Através da pesquisa das teorias de Alexy e Dworkin, se pretende demonstrar que a discricionariedade do julgador estará sempre presente. Na medida em que se admite não só a existência de mandamentos de conteúdo indeterminado, mas que se admite também que estes mandamentos sejam “norma jurídica”, certamente se delegará ao julgador estabelecer os limites de sua incidência.

A hermenêutica ontológica, por seu turno, possibilita que tanto o interprete como o aplicador do direito imprimam seu exclusivo e pessoal entendimento acerca da melhor “justiça” à ser aplicada ao caso concreto.

A busca da compreensão do ser, ao contrário da fácil identificação do ente, pode ser apontada como a característica principal da filosofia apresentada por Martin

Heidegger e nisto reside o ponto de maior interesse jurídico em sua obra. Tal interesse é justificado, pois buscar a compreensão do ser se assemelha a busca da verdade, na medida em que não se admite pensar em ciência do direito, enquanto efetividade da justiça, sem que se compreenda e interprete a própria verdade.

Por isso e considerando que o ativismo judicial pressupõe grande medida de discricionariedade ao julgador, o estudo da perspectiva ontológica apresentada por Heidegger é uma forma de dar oportunidade para uma fundamentação filosófica daquilo que é criticado neste estudo.

Além disso, reside o questionamento sobre a legitimidade do Poder Judiciário para contrariar uma norma legal. Esta atuação ofenderia a democracia?

Para esta análise a democracia é apresentada segundo as diferentes visões propostas por Josiah Ober e por Michael Rosenfeld. Ober apresenta a democracia como a “capacidade de fazer coisas” enquanto Rosenfeld utiliza a definição grega de “governo da maioria”. À partir destas duas definições, a pesquisa investiga as relações entre a legitimidade democrática do Poder Judiciário e seu poder de contrariar o Parlamento.

Finalmente, a pesquisa envereda pela demonstração de mais um argumento contra o ativismo judicial, que é o longo tempo de duração de um processo judicial. Neste contexto, ainda que se considere o ativismo judicial como uma prática salutar para enfrentar o problema da inefetividade dos direitos fundamentais, a pesquisa propõe que o longo tempo de duração do processo culmina por se tornar a própria razão de sua inefetividade.

Para o presente estudo, utiliza-se a metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores da Teoria e Filosofia do Direito que tratam desse problema. Partindo-se do pressuposto de que o ativismo judicial é uma realidade no mundo do direito e que sua análise no campo acadêmico será útil para uma melhor compreensão do fenômeno e de suas consequências, “O ativismo judicial como equivocada resposta à efetivação dos direitos fundamentais. Ofensa a democracia. Perspectivas de hermenêutica constitucional.” é um tema que se apresenta como de relevância para todo pesquisador do direito.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Argumentação jurídica; Democracia.

ABSTRACT

The growing need for enforcement of fundamental rights prescripts on the Brazilian constitution, has contributed to the generation of the phenomenon called judicial activism. This phenomenon characterizes by a direct role of the judiciary in order to ensure the realization of fundamental rights established in the constitution.

For a better understanding of the topic, the study dedicates to finding a way to apply what justice means. It is the conflict between (i) the legal right saying what would be a fair ordering of society, and (ii) the judicial interpretation saying what effectively would be a fair decision in a particular case.

Therefore, the research studied a bit the concept of "justice", opting for investigating the work of Aristotle, regarded here as the matrix of Western thought philosophical, hence skipping directly to the work of Kant, regarded here as the philosophical axis that supports almost the entirety of the Brazilian legal construction.

Aristotle opens the logical-deductive process, which will also be present in the work of Kant. Kant distinguishes the moral norm and legal norm, setting constraint the point of their separation. The study will examine the practical philosophy of Kant, or his ethics, dedicated to the called 'laws of freedom', insofar as they are necessary for the study of justice and therefore their application forms.

After consolidating the philosophical basis that supports the legal theories, research dedicates to two theories of legal argumentation before a big influence on scholars of the subject. Robert Alexy and Ronald Dworkin presented such theories.

Through the research of Alexy and Dworkin theories, we intend to demonstrate that the discretion of the judge is always present. To the extent that not only admits the existence of commandments of undetermined content, but it also admits that these commandments are "legal rule", may delegate to the judge to establish the limits of its incidence.

The ontological hermeneutics, in turn, enables both interpret as applying the law to print your unique and personal understanding of the best "justice" applied to the case. The pursuit of the understanding of being, unlike the easy identification of one, can be pointed as the main feature of philosophy by Martin Heidegger and therein lies the point of greatest legal interest in his work. This interest is justified because seek

understanding of being resembles the search for truth, to the extent that there may be thinking about the science of law, while the effectiveness of justice, without understanding and interpreting the truth itself.

Moreover, lies the question about the legitimacy of the judiciary to thwart a legal norm. Would this action offend democracy?

For this analysis, the study presents democracy according to the different visions proposed by Josiah Ober and Michael Rosenfeld. Ober presents democracy as "the ability to do things" while Rosenfeld uses the Greek definition of "majority rule". From these two definitions, the research investigates the relationship between the democratic legitimacy of the judiciary and its power to thwart Parliament.

Finally, research leans towards demonstration of a further argument against judicial activism, which is the long duration of court proceedings. In this context, even if it was judicial activism as a healthy practice to tackle the problem of ineffectiveness of fundamental rights, the research proposes that the long duration of the process ends up being the very reason for their ineffectiveness.

For the present study, we use the methodology of literature consisting primarily of reading, book report and comparison of theories of the principal authors of the theory and philosophy of the law which dealing with this problem. Starting from the assumption, that judicial activism is a reality in the world of law and that his analysis in the academic field will be useful for a better understanding of the phenomenon and its consequences, the study presents " Judicial activism as misguided response to the enforcement of fundamental rights. Offense against democracy. Prospects of constitutional hermeneutics." as a relevant theme to all researchers of law.

Keywords: Judicial activism; Legal argumentation; Democracy.

SUMÁRIO

	Apresentação.....	15
1	Entendendo o ativismo judicial.....	20
1.1	Primeiro entendimento.....	20
1.2	Esboço Histórico.....	21
1.3	Referencial doutrinário.....	23
1.4	O ativismo judicial brasileiro em síntese.....	34
2.	Um caminho filosófico em busca da compreensão da justiça e do direito: de Aristóteles a Kant.....	35
2.1	Justiça e direito na filosofia prática de Aristóteles e Kant.....	35
2.2	Justiça e razão prática.....	37
2.3	Lei, direito e justiça.....	41
2.4	O norte indicado pela filosofia prática.....	49
2.5	A relação entre a moral e o direito em Kant.....	50
2.6	A lei como síntese da justiça. O positivismo jurídico.....	60
3	Duas teorias da argumentação jurídica: Alexy e Dworkin.....	68
3.1	Contemporaneidade entre Alexy e Dworkin.....	68
3.2	O ponto de separação das teorias.....	71
3.3	A proposta de Dworkin.....	76
3.4	A teoria do discurso prático racional geral.....	84
3.5	A Matemática em Alexy.....	89
3.6	O que esperar das teorias de argumentação jurídica.....	95
4	Hermenêutica ontológica, discricionariedade do julgador e legalidade..	97
4.1	Da argumentação jurídica à perspectiva ontológica.....	97
4.2	Compreendendo a hermenêutica.....	98
4.3	Breves linhas acerca da linguagem ontológica em Heidegger.....	102
4.4	Verdade, pre-sença e conexões com o direito.....	107
4.5	A aplicação do direito na perspectiva heideggeriana.....	113
4.6	Uma provocação investigativa.....	115
4.7	Obediência à lei.....	119
4.8	Desobediência.....	123

4.9	Sobre a viabilidade de um ativismo judicial sob a hermenêutica ontológica.....	128
5	Reflexões sobre o ativismo judicial e a democracia.....	131
5.1	Primeiras impressões.....	131
5.2	Um outro olhar sobre a democracia. A perspectiva de Ober.....	131
5.3	Estado de direito e democracia.....	134
5.4	O ativismo judicial e a democracia.....	139
5.5	Um caminho para a efetivação democrática dos direitos fundamentais.....	150
6	O ativismo judicial e seu instrumento de efetivação.....	152
6.1	A crítica final.....	152
6.2	Ativismo e processo.....	152
6.3	Direitos Fundamentais e a Constituição de 1988.....	153
6.4	Agentes da efetividade dos direitos fundamentais.....	156
6.5	O processo e o tempo.....	160
6.6	O protagonismo do Poder Judiciário.....	166
6.7	Esperança para o ativismo judicial?.....	172
7	Síntese conclusiva.....	173
	Referências bibliográficas.....	182

APRESENTAÇÃO

A evolução do direito constitucional no Brasil tem caminhado a passos largos nas últimas décadas, o que vem contribuindo para a evolução de uma doutrina constitucional cada vez mais influenciada pela tradição jurídica brasileira.

Não só isso, entretanto, pois a influência do constitucionalismo, forte na teoria dos direitos fundamentais, tem espreado uma concepção principiológica por todos os demais ramos do direito.

Com efeito, pode-se dizer que a efetividade dos direitos fundamentais tem sido o norte perseguido pela ciência jurídica, na medida em que as garantias fundamentais do indivíduo são conquistas do homem, absolutamente inalienáveis por qualquer sociedade que se pretenda democrática.

Tem-se observado, entretanto, a carência de meios, políticas e ações que efetivem estes direitos, impossibilitando que todo cidadão os possa usufruir em sua magnitude.

A efetivação dos direitos fundamentais, sua realização e concretização, portanto, é problema que motiva os operadores do direito. O desafio de propor soluções, por seu turno, passa inexoravelmente pela pesquisa acadêmica. Todavia, não só pela produção puramente dogmática, mas também por uma necessária reflexão hermenêutica.

A incapacidade do sistema vigente em trazer respostas à necessidade de efetivação dos direitos fundamentais deixa ainda mais evidente a necessidade de aprofundamento do estudo do tema em âmbito acadêmico.

A hipótese ganha contornos mais marcantes, quando cotejada em paralelo com o movimento que se convencionou chamar de “ativismo judicial”, no qual fica cada vez mais evidente a substituição da regra pelo princípio, da subsunção pela ponderação, da justiça geral pela justiça particular e da substituição dos poderes legislativo e executivo pelo poder judiciário.

Seria esta a única alternativa? Ou de forma ainda mais específica: seria esta a melhor alternativa? O objetivo do estudo é demonstrar que a resposta será negativa para ambas as indagações.

Neste contexto, e de forma ainda mais provocativa, o estudo fixará olhar na possibilidade do poder judiciário passar à ser o guardião da efetividade destes direitos, no sentido de assegurar que as garantias individuais, que a luz que emana da

constituição, ilumine adequadamente toda a atuação do Estado, especialmente na sua relação com o particular. Em que pese a nobreza da motivação, a pesquisa pretende demonstrar que ao invés de preservar os direitos fundamentais, a atuação do poder judiciário sempre redundará em alguma forma de equívoco, seja por subtrair atribuição de outro poder da república, seja por se revestir de viés antidemocrático, seja por não estar disponível para atender à todas as demandas, ou ainda, seja por apresentar resposta à destempo.

Neste caminhar dissertativo, será abordada a relação do ativismo judicial com a repartição tripartite do poder estatal, no sentido de investigar se esta atuação do estado-juiz ofende, ou tem o potencial de ofender, o princípio da separação de poderes. E mais ainda, se a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais admitiria, em alguma medida, a mitigação da própria democracia.

Independentemente do modo como se entenda a democracia, e no âmbito estreito desta apresentação utilizamos duas definições - *governo da maioria* e *capacidade de fazer coisas* - não há como falar em ativismo judicial sem que se aborde a delicada questão de usurpação do poder do povo, mesmo que na figura de seus representantes no legislativo e/ou no executivo.

Assim, o presente trabalho pretende demonstrar que o ativismo judicial, na forma como vem sendo entendido no Brasil, em muito se afastou do ideal de efetivação dos direitos fundamentais, se transformando em verdadeiro “salvo-conduto” para o afastamento de regras de direito, sob o fundamento de inadequação com algum princípio que se afirme constitucional.

Além disso, mas ainda nesta premissa hipotética, ou seja, a de que seria possível que o poder judiciário fosse o *efetivador* dos direitos fundamentais, o processo judicial será analisado como o instrumento por excelência para a realização concreta de um direito fundamental negado ou violado. Ocorre que nesta investigação será constatado que este próprio instrumento de efetivação – o processo – demonstra claros sinais de ineficiência, especialmente pelo fator temporal. A demora na conclusão do processo judicial tem sido apontada, e não só no campo da ciência jurídica, como um grande contribuinte da inefetividade dos direitos, na medida em que é senso comum que justiça tardia não é justiça.

Contudo, se o processo judicial é o único meio para o poder judiciário efetivar um direito fundamental, e se este meio também se apresenta ineficaz, transferir o

papel de efetivador dos direitos fundamentais para o judiciário não seria, então, mera transferência do problema, sem perspectiva de solução?

Estas indagações criam uma especial ponte entre o estudo do problema sob um enfoque hermenêutico teórico e seu reflexo pragmático no campo da aplicação do direito, especialmente diante das teorias da argumentação jurídica.

Assim, a análise das teorias de Alexy e de Dworkin será o fio condutor desta parte do estudo, especialmente diante de sua influência na produção intelectual das últimas décadas, sobremaneira na questão da interpretação e aplicação da constituição e da influência dos princípios dentro de um modelo eminentemente composto por regras.

Enfrentar todas estas indagações, por seu turno, força o estudo do fundamento do direito, com olhar mais detido às matrizes filosóficas subjacentes a ciência jurídica e especialmente aos trabalhos já realizados sobre o tema.

Como não poderia deixar de ser em um estudo desta natureza, a filosofia de Aristóteles e, sobremaneira, de Kant, serão analisadas como fundamento de diversas passagens desta dissertação e não têm o condão de trazer nenhum ineditismo ao presente trabalho.

Por outro lado, o que ainda é pouco difundido na ciência jurídica brasileira é a hermenêutica apresentada por Heidegger, assim considerada como uma possibilidade filosófica para o alcance da efetividade máxima do direito, sendo esta, em última análise, a realização da justiça.

A ontologia heiddegeriana, contudo, não será apresentada como a solução final para este intrincado problema, mas, no âmbito restrito deste trabalho, apenas como uma das possibilidades que o gênio humano elaborou na busca por um direito mais justo.

Além disso, o trabalho fixará olhar crítico acerca da possibilidade de conjugação, no âmbito da aplicação do direito, da hermenêutica ontológica com o princípio da segurança jurídica.

Neste ponto, já é possível vislumbrar que mais do que apresentar respostas, a presente dissertação de mestrado pretende apresentar questionamentos. O objetivo dos questionamentos é evidenciar o quanto a evolução do direito pode implicar em retrocesso.

Em outras palavras, o que se quer evidenciar em primeiro plano, é que a efetivação dos direitos fundamentais só pode ser alcançada mediante um sistema

legal equilibrado e harmônico com o texto constitucional, e, principalmente, mediante um sistema de aplicação do direito que seja previsível.

A previsibilidade, aqui apresentada, tem relação com a possibilidade de se antever qual o caminho intelectual que percorrerá o julgador, para a formação de sua opinião acerca da melhor decisão à ser proferida.

Enquanto o julgador for uma pessoa humana, haverá uma razoável margem de subjetividade nas manifestações do Poder Judiciário, diante da miríade de particularidades que envolvem cada litígio judicial específico.

Esta subjetividade, entretanto, já é o máximo de imprevisibilidade que se pode admitir ao Poder Judiciário, este considerado como mero aplicador das normas que foram impostas pelo titular do direito – o povo – à todos os submetidos ao jugo legal.

O processo hermenêutico de interpretação do direito e de sua conseqüente aplicação para a solução de um litígio judicial, não pode ser desconhecido da população e muito menos da comunidade jurídica.

Não é admissível que o processo hermenêutico se constitua em um sem número de possibilidades, tal como infinitos matizes de uma paleta de cores, que estejam à disposição do Estado-juiz para utilização de acordo com sua própria conveniência, possibilitando que pinturas diferentes representem o mesmo cenário.

Nesta perspectiva, a presente dissertação está inserida na linha de pesquisa intitulada “Perspectivas da realização do direito no contexto da crise da razão”, na medida em que se adapta à proposição investigativa que identifica o direito como uma ciência que já não se enquadra no modelo lógico-dedutivo proposto pela metodologia jurídica moderna, que pretende refletir sobre a racionalidade jurídica em sua relação com as ciências econômica, política e filosófica, bem como assume sua estreita relação com o poder.

Por conseguinte, dá especial atenção aos processos de realização concreta do direito, sem descuidar da necessária reflexão sobre como a racionalidade jurídica é reproduzida e legitimada pelos processos de educação jurídica.

O trabalho ora apresentado, neste contexto, adequado à linha de pesquisa acima mencionada, está ainda inserido no projeto de pesquisa “Argumentação Jurídica na crise do constitucionalismo moderno”. Ao propor o estudo hermenêutico das teorias de efetivação dos direitos fundamentais, em cotejo com o ativismo judicial hoje verificado – supostamente lastreado nas próprias teorias hermenêuticas hoje mais difundidas no Brasil – este trabalho está adequado à proposta de pesquisa que

investiga tanto a Teoria da Argumentação Jurídica, quanto os pressupostos democráticos de construção legítima do direito.

Assim, o foco desta dissertação, em última análise, passa inevitavelmente pela investigação da essência normativa inerente ao constitucionalismo atual, com o objetivo de avançar em direção a uma maior racionalização do direito, a fim de possibilitar a efetivação de direitos fundamentais sem descuidar da necessária preservação do estado de direito, este considerado como corolário da própria democracia.

1 ENTENDENDO O ATIVISMO JUDICIAL

1.1 Primeiro entendimento

A crescente necessidade de efetivação dos direitos fundamentais encartulados na constituição brasileira, tem contribuído para a geração do fenômeno que parece ter se convencionado chamar de *ativismo judicial*.

Em linhas gerais, o ativismo judicial se caracteriza por uma atuação direta do Estado-Juiz, na figura do Poder Judiciário, no sentido de assegurar a realização de um direito fundamental estabelecido na constituição, diante de uma situação concreta na qual uma pessoa seja privada deste direito.

Esta atuação costuma ser verificada em três esferas de ausência, sempre relacionadas a inércia, em alguma medida, dos Poderes Legislativo ou Executivo. O primeiro bolsão de ausência ocorre diante da inexistência de norma infraconstitucional reguladora do direito que se pretende resguardar. O segundo é verificado quando inexistir política pública hábil à consecução dos objetivos e programas idealizados pelo legislador constitucional. E, por fim, o terceiro ocorrerá quando houver política pública sobre determinada matéria, mas esta política se mostrar ineficiente diante do caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.

Delimitando o âmbito de abrangência do presente estudo, a pesquisa foca sua mira predominante no terceiro bolsão de ausência acima citado, sendo esta a hipótese principalmente investigada, ou seja, as situações nas quais o Poder Executivo houver elaborado uma política pública com pretensão de efetivar determinado direito, mas nas quais o Poder Judiciário intervenha com o fundamento de que aquela política seja ineficiente para uma determinada situação concreta.

Nesta perspectiva, e sabendo que o objeto do estudo também está hermeticamente circunscrito ao ativismo judicial que ocorre no Brasil, vale destacar que neste primeiro capítulo o referencial teórico e doutrinário privilegiará, de sobejo, a produção intelectual apresentada pelos pesquisadores brasileiros que se dignaram a debruçar sobre o tema.

1.2 Escorço histórico

A gênese da possibilidade do poder judiciário se imiscuir em questões normalmente afetas ao Parlamento, tem por marco inicial o surgimento do *judicial review of legislation* nos Estados Unidos, na medida em que inaugura a figura do controle judicial de constitucionalidade das leis, conforme discorre Binenbojm¹

Com efeito, no modelo norte-americano, juízes e tribunais detêm competência para, no curso de qualquer demanda, declarar nulos e írritos os atos e leis contrários à Lei Fundamental. Embora tal competência se distribua *difusamente* por todos os órgãos jurisdicionais, a Suprema Corte – órgão de cúpula do Poder Judiciário – desempenha função determinante no campo da interpretação constitucional em virtude do princípio do *stare decisis*, ou seja, da eficácia vinculante de suas decisões. Assim, cabe à Suprema Corte dar a última e definitiva palavra a respeito das questões constitucionais.

Por este motivo, analisar o ativismo judicial remete a uma necessária pesquisa acerca de seu antecedente lógico, que é o controle judicial da constitucionalidade das normas.

Não há como pensar em atuação ativa do poder judiciário, se sobrepondo, inclusive, aos demais poderes republicanos, sem que se admita um controle da validade de normas, quando cotejadas em face de uma Lei Maior.

Neste contexto, faz-se necessário compreender a evolução do controle de constitucionalidade no Brasil, para que se visualize, com maior amplitude, a extensão do que é, e do que pode vir a ser, o ativismo judicial no nosso país.

Em apertada síntese, é possível observar que a Constituição de 1824 não trouxe em seu texto nenhuma possibilidade de controle de constitucionalidade das leis, optando por referendar a supremacia do Parlamento, portanto.

Além disso, a Carta Imperial ainda possuía o chamado “poder moderador”, concedido ao Soberano, o que impossibilitava, em última análise, que a então novel Constituição tivesse o status de lei suprema, tal como ocorre hodiernamente.

Após a edição da Constituição de 1891, o sistema judicial brasileiro previu a possibilidade de todo e qualquer juiz analisar a validade de uma lei em comparação com o texto da Constituição da República, o que se convencionou chamar de *controle*

¹ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25-26.

incidental, também chamado de *difuso*, valendo destacar que a utilização dos termos (incidental e difuso) como sinônimos, é criticada por parcela da doutrina.²

O problema é que a Constituição de 1891 não previu um sistema catalisador, e sequer uma forma de uniformização das análises judiciais realizadas, o que culminava pela geração de tantas decisões quantos fossem os entendimentos particulares dos julgadores, diante dos questionamentos que lhes fossem apresentados.

Veja-se que a questão da uniformidade das decisões judiciais – sempre aliada à necessária segurança jurídica que se espera de um ordenamento de direito – já era pauta em 1891.

Em 1926 foi editada Emenda Constitucional, que veio ampliar as hipóteses de cabimento do recurso que se endereçava ao Supremo Tribunal Federal. A via de controle por exceção, entretanto, permanecia a mesma.

Adveio então a Carta de 1934, que pretendeu solucionar este problema mediante a atribuição de competência ao Senado Federal para a suspensão de qualquer ato jurídico declarado ineficaz pelo Supremo Tribunal Federal, conforme texto do inciso IV, do art. 91, da referida norma.

Posteriormente, a Tábua de 1946, além de assegurar a competência do Senado, instituiu a chamada “representação interventiva”, que era um instrumento no qual o Procurador Geral da República – e somente ele - poderia requerer a manifestação do STF acerca da compatibilidade de determinado ato normativo estadual em face da Constituição Federal.

Digno de nota que esta legitimidade tinha por móvel o interesse em proteger os chamados *princípios constitucionais sensíveis*, valendo ainda dizer que a sua violação possibilitava até mesmo a intervenção nos estados.

Binenbojm³ afirma que este instrumento abriu caminho para o controle de constitucionalidade abstrato no Brasil, que só se consolidaria efetivamente com o advento da emenda constitucional nº 16, de 1965. Vale pontuar que referida Emenda também possibilitou que os Tribunais de Justiça pudessem analisar abstratamente a constitucionalidade de determinado ato normativo municipal em cotejo com a Constituição do respectivo estado membro.

² Idem, p. 123-124.

³ Idem, p. 126.

A Constituição de 1967 manteve ambos os sistemas existentes, ou seja, o controle difuso-incidental e o controle concentrado-abstrato, tendo este passado intacto pela transformação de 1969.

Chegou-se, então, ao sistema plural inaugurado com a Constituição de 1988, que além de referendar os sistemas então existentes, os alargou em gênero e número.

1.3 Referencial doutrinário

O tema do ativismo judicial não é novel nos bancos acadêmicos, aqui e na ciência jurídica alienígena – especialmente a norte americana – o que permite que a pesquisa sobre o tema abranja um número maior e mais abalizado de material doutrinário.

Em linhas gerais, partindo da ideia de que o ativismo judicial está associado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, inclusive com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, Barroso estabelece três pilares para a definição do ativismo judicial.⁴

Tais pilares seriam a possibilidade de aplicação direta de uma norma constitucional para dirimir um caso concreto, de declaração de inconstitucionalidade por um rito mais simples e a possibilidade de tolhir determinadas condutas do poder público. Em suas próprias palavras

A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁵

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Em: 02 fev. 2009. Acesso em: 04 mai. 2013.

⁵ Idem. (BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*.)

Mas o ativismo não só se apresenta como forma de o Poder Judiciário garantir a supremacia da Constituição, na medida em que também se admite como adequado que o juiz se manifeste quando houver a omissão do legislador.

Sobre este tema, entretanto, é importante observar que a omissão do legislador não pode estar circunscrita à mera inércia quanto a produção de material legislativo normativo, mas sim que esta omissão esteja, de fato ofendendo comando ativo determinado pela constituição. Acerca dessa espécie de omissão, Canotilho delimita o ponto

[...] a omissão legislativa inconstitucional significa que o legislador não <<faz>> algo que positivamente lhe era imposto pela constituição. Não se trata, pois, apenas de um simples negativo <<não fazer>>; trata-se, sim, de não fazer aquilo que, de forma concreta e explícita, estava constitucionalmente obrigado.⁶

Barroso apresenta entendimento, sustentando que o ativismo judicial finca seus precedentes na chamada **judicialização** e atribui este fenômeno a três grandes causas por ele delimitadas, que veremos adiante.⁷

A *judicialização* indicada por Barroso pode ser definida como a transferência do foro para a deliberação sobre determinadas matérias. Discussões que originalmente tinham o Parlamento como o local adequado para deliberação, agora são movidas para a discussão no âmbito dos tribunais.⁸

Ao invés do amplo e franco debate ideológico, a opção é que o consenso seja substituído pela decisão de um terceiro, sendo que este terceiro decidirá – em tese – escudado não só na lei formal, mas também livremente segundo sua própria convicção.

Retomando o raciocínio de Barroso acerca das três grandes causas da *judicialização*, a redemocratização do país, cujos maiores marcos ocorreram na década de 80 do século passado, e que cuja promulgação da Constituição de 88 é seu grande corolário, pode ser apontada com a primeira destas causas

Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 331.

⁷ Ob.Cit. (BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*.)

⁸ Ob.Cit. (BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*.)

de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes. [...] Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.⁹

Prosseguindo na análise do processo de redemocratização do país, Barroso faz questão de referenciar a nova roupagem constitucional conferida ao ministério público, na medida em que

Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.¹⁰

A segunda grande causa da *judicialização* apontada por Barroso é a chamada “constitucionalização abrangente”, que concentrou no texto magno muitas matérias que antes ficavam relegadas à apreciação casuística do Parlamento

Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial.¹¹

E Barroso exemplifica o ponto afirmando que se a Constituição assegura, por exemplo, o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, será possível levar ao Poder Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas eventualmente praticadas nessas duas áreas.¹²

Discorrendo sobre a última destas chamadas “grandes causas”, Barroso esclarece que a terceira delas é o controle de constitucionalidade tal como sistematizado no Brasil, se tornando um verdadeiro *sistema brasileiro de controle de constitucionalidade*, inclusive já

⁹ Ob.Cit. (BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.*)

¹⁰ Idem. (BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.*)

¹¹ Idem. (BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.*)

¹² Idem. (BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.*)

Referido como híbrido ou eclético, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal.¹³

E ainda mais do que isso, Barroso lembra que a jurisdição constitucional é franqueada à quase qualquer um e permite questionar quase qualquer matéria

A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF.¹⁴

Analisando o tema sobre o enfoque da necessidade de um dos Poderes da República exercer as obrigações impostas pelo próprio Estado Democrático de Direito e, portanto, reconhecendo legitimidade democrática ao Poder Judiciário para assim agir, está o pensamento de Streck

No Estado Democrático de Direito, o foco de tensão se volta para o Judiciário. Inércias do Executivo e falta de atuação do Legislativo passam a poder ser supridas pelo Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos jurídicos previstos na Constituição que estabeleceu o Estado Democrático de Direito. A Constituição não está sendo cumprida. As normas-programa da Lei Maior não estão sendo implementadas. Por isso, na falta de políticas públicas cumpridoras dos ditames do Estado Democrático de Direito, surge o Judiciário como instrumento para o resgate dos direitos não realizados.¹⁵

Sendo o judiciário este instrumento de resgate, como preconizado por Streck, faz-se necessário investigar se este instrumento de resgate agiria em nome de determinada ideologia, como representante de parcela da sociedade, ou se como representante de toda a sociedade. Neste mesmo caminhar intelectual, se posiciona

¹³ Idem. (BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.*)

¹⁴ Idem. (BARROSO. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.*)

¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito.* 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54-55.

Ribeiro, afirmando a necessidade de que o Judiciário se apresente politicamente para solucionar este tipo de demanda

Já tarda que também o Judiciário assuma as vestes da representação política. Sabe-se que, segundo a melhor doutrina, o representante o é em nome de toda a coletividade. [...] Não se admitiria que o magistrado representasse um grupo de indivíduos, seus eleitores ou simpatizantes, em prejuízo da sociedade como um todo. O interesse público é o norte do representante, em qualquer dos Poderes da República em que se encontre. Que seja sensível à vontade da maioria, respeitados os limites que a mesma maioria impôs a si própria, ao elaborar o texto constitucional.¹⁶

Fica evidente que a democracia, nas palavras de Ribeiro, é apresentada na sua visão clássica como o “governo da maioria”. Veremos alhures, em capítulo próprio deste trabalho, que esta não é a única forma de se analisar e compreender a democracia, especialmente neste contexto de jurisdição constitucional e de ativismo judicial.

E no intuito de sistematizar tanto o pensamento, quanto nosso discurso, faz-se necessário estabelecer, ao menos dentro dos limites propostos por este estudo, o que se deve entender por efetividade. Para esta definição, nos apoiamos inicialmente em Barroso

[...] 4. A efetividade designa a atuação prática da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores por ela tutelados. Ao ângulo subjetivo, efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se substancia, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

5. Para que possa ser efetiva, uma norma constitucional: a) não deve conter *promessas* irrealizáveis; b) deve permitir a pronta identificação da posição jurídica em que investe o jurisdicionado; c) deve ter o cumprimento assegurado por meios de tutela adequados.¹⁷

Perceba-se que o conteúdo da efetividade em Barroso não destoa daquele já preconizado por Cappelletti, desde 1965

No plano do Direito Constitucional e Público, a grande “descoberta” do pensamento moderno está nas Cartas Constitucionais, entendidas como a Lex superior, vinculatória até para o legislador. [...] Mas a novidade está, sobretudo, na amplitude verdadeiramente extraordinária, e, por inclinação, universal, que o fenômeno veio

¹⁶ RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. *Democracia e controle da constitucionalidade*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 227.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 279.

assumindo, a partir da Constituição norte-americana de 1787, para chegar às Constituições mais recentes; e está, pois, em busca de um grau tal de efetividade, que em outras épocas certamente foi desconhecida. Efetividade, quero dizer, da superioridade da Lei Fundamental; e busca, portanto, de um instrumento, capaz de garantir aquela superioridade.¹⁸

Ocorre que Cappelletti faz uma distinção desta atuação em dois momentos, inicialmente no ‘plano dos órgãos’ e adiante, no ‘plano dos atos’, no que define como uma *fascinante experiência de ruptura de esquemas novos e antigos*

[...] consistente – no plano dos órgãos – na atribuição, a uma ou a todas as Cortes judiciais de um determinado ordenamento, do poder de controle da atividade do legislador à luz da Constituição, e – no plano dos atos – na configuração da sentença como instrumento e ocasião de controle da lei.¹⁹

E ainda mais enfático quanto a atuação do Poder Judiciário neste particular, Cappelletti analisa o ponto em três momentos distintos, sendo o primeiro a própria existência de Constituições modernas, repletas de normas “de valor” e, portanto, diferente da “normalidade” das leis. O segundo momento se verificaria no caráter rígido destas Constituições, sendo esta rigidez entendida como a dotação de força de “normas prevalentes”. O terceiro e último momento seria, então, não apenas mais um elemento nesta classificação

Mas a verdadeira, a grande novidade [...] está na tentativa de transformar a imprecisão e a imóvel elasticidade daquelas fórmulas e a inefetividade daquela prevalência em uma efetiva e dinâmica e permanente “concretização”, através da obra de um intérprete qualificado – o juiz, ou, nos sistemas mais recentes, o especial juiz constitucional.²⁰

Mas não é só, pois além disso, Cappelletti vai mais longe, na medida em que não associa o controle da constitucionalidade como uma ideia de lógica tipicamente positivista, mas sim também como uma essencial manifestação jusnaturalista

Na verdade, tem sido própria de todos os tempos a ânsia dos homens de criar ou descobrir uma “hierarquia” das leis, e de garanti-la [...] as leis mudam, mas permanece a Lei; permanecem os Valores

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 10-11.

¹⁹ Idem. (CAPPELLETTI. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 11.)

²⁰ Idem. (CAPPELLETTI. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 11-12.)

Fundamentais. E uma lei é injusta, logo não é lei, porque viola aqueles eternos valores.

É esta, fundamentalmente, a doutrina que está na base de todo jusnaturalismo, religioso ou laico que seja; com toda a coragem, antes a audácia, implícita naquela doutrina, que é a audácia do indivíduo que se arroga o direito de violar a lei injusta.²¹

E Cappelletti encerra seu pensamento, destacando a amplitude da inserção do chamado fenômeno jurídico, que já vai para além das fronteiras da legalidade estrita

O fenômeno jurídico insere-se, desta maneira, em dimensões bem mais vastas que aquelas, rigidamente nacionais, do legalismo positivista. [...] Acima da lei entendida como pura expressão de uma vontade soberana, centralizada na vontade do Estado, *jus quia jussum*, há um valor, porém também ele historicamente condicionado e, por isto, relativo, mas menos relativo que a lei ordinária, e subtraído aos volúveis comportamentos de passageiras maiorias governamentais ou parlamentares. E aquele valor tem o juiz, “*Hüter der Verfassung*”, que lhe garante a efetividade.²²

Contemporaneamente, o Poder Judiciário do Brasil tem exibido, em determinadas situações, uma posição claramente ativista. Aliás, é possível perceber que na maioria das decisões consideradas ativistas o que se buscou foi a efetivação dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Demonstrar que este não é o melhor caminho e que agindo assim o poder judiciário não efetivará, de fato, os direitos fundamentais, é o grande objetivo do presente trabalho.

A justificativa para esta postura ativista é, não raras vezes, vinculada à teoria da força normativa da Constituição, que Hesse estabelece partindo da premissa de que a constituição não se configura apenas como um *ser*, mas também como um *dever ser*, significando que representa não apenas as condições fáticas de sua vigência, mas especialmente as forças sociais e políticas que estabelecem o cenário no qual ela está inserida. E além disso,

Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem

²¹ Idem. (CAPPELLETTI. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. p. 11-13.)

²² Ibidem.

ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.²³

Esclarecendo um pouco mais sua proposição, e deixando evidente que a Constituição não pode ser entendida apenas como um conjunto de normas programáticas, de normas que instituem metas e exprimam anseios, mas sim que seja um corpo sistemático de regras capaz de garantir que as suas proposições sejam realizadas no mundo real, Hesse afiança que

A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente [...]. Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.²⁴

Concluindo com o que ele chama de ‘força ativa’ da constituição, Hesse afirma que

[...] a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder (Wille zur Macht)*, mas também a *vontade de Constituição (Wille zur Verfassung)*.²⁵

Ponderando acerca do liberalismo inserto na proposição de Hesse, o cotejando com a possibilidade que a Constituição detém de conformar a realidade social e política, Barroso assim expõe seu raciocínio

[...] a Constituição jurídica vem condicionada pela realidade histórica. Mas ela não é apenas a expressão da realidade de cada momento. Graças ao seu caráter normativo, ordena e conforma à sua vez a realidade social e política. Dessa coordenação correlativa entre o ser e o dever ser derivam as possibilidades e, ao mesmo tempo, os limites da força normativa de uma constituição. E essa força normativa não se baseia apenas na adaptação inteligente às circunstâncias: a

²³ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

²⁴ Idem. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. p. 19.)

²⁵ Idem. (HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. p. 19.)

Constituição jurídica tem uma significação autônoma, ainda que apenas relativa.²⁶

Ainda na linha interpretativa favorável do fenômeno do ativismo judicial, Clève chega mesmo a considerar que, em alguns casos, esta postura ativa do Poder Judiciário é condição para a efetivação dos direitos constitucionais, conforme adiante

[...] um Judiciário ativo é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais. Neste ponto cumpre, em determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (conseqüente e responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento).²⁷

Não se identifica nas obras dos autores citados, manifestação que refere a quebra da imparcialidade do Poder Judiciário. Com efeito, o raciocínio lógico desenvolvido pelos autores, ainda que implicitamente, parte da premissa de que a posição ativa do juiz adveio de prévia – e imparcial – constatação de que determinado direito fundamental havia sido negado ou violado.

Acerca do ponto, inclusive, Aragão chega a traçar um paralelo entre a necessária imparcialidade do juiz e a teoria dos Poderes Neutrais do Estado. Aragão recupera a história para afirmar que contemporaneamente a Revolução Francesa, se acreditava que apenas os órgãos ocupados por mandatários eleitos – oriundos da soberania popular, portanto - poderiam regular a vida em sociedade

Logo, porém, foi verificada a necessidade de criação de órgãos estatais com autonomia de gestão e independência funcional para, fora do círculo político-eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade. Surgiram, então, os poderes neutrais do Estado, que abrangem realidades díspares, desde as cortes constitucionais às agências reguladoras independentes, passando pelos tribunais de contas, conselhos com sede constitucional, etc.²⁸

²⁶ Ob.Cit. (BARROSO. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. p. 68.)

²⁷ CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 04 mai. 2013, p. 07.

²⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da teoria dos poderes neutrais*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 24.

De outro ângulo, entretanto, Ferreira Filho não vislumbra a possibilidade de haver dicotomia entre a manifestação do Poder Judiciário em sede ativa e a sua conseqüente manifestação política

O ativismo, além disto, se importa necessariamente na politização da atividade jurisdicional, pode degenerar na partidarização dessa atividade. Este ativismo – acaba-se de ver – faculta a ideologização da justiça. Ora, as ideologias são assumidas pelos partidos. Assim, a passagem do plano ideológico para o plano partidário é quase insensível. Pois bem, se durante muito tempo, a luta pelo aprimoramento do Judiciário teve em mira libertá-lo dos condicionamentos partidários – o ativismo apresenta-se, portanto, como um regresso.²⁹

Veja-se que a preocupação externada pelo autor vai ainda mais longe, pois considera a possibilidade de que o Poder Judiciário se degenerere numa nefasta partidarização.

A possibilidade de haver confusão entre a necessária imparcialidade da justiça e uma visão ideologizada do mundo à orientar o entendimento do julgador, configuraria verdadeiro regresso na evolução democrática do instituto.

Poderíamos, inclusive, questionar se o Estado continuaria a ser “Democrático” e de “Direito”, ou se passaria a ser apenas de “Direito”, sendo que este “Direito” seria considerado não como o conjunto das normas democraticamente promulgadas pelo parlamento, mas sim como o conjunto dos entendimentos antidemocraticamente outorgados pelos magistrados.

Esta via perigosa, ou seja, este caminho que se afasta da técnica e se aproxima das ideologias, possibilita, inclusive, a utilização do “serviço judiciário estatal” como um órgão hábil à referendar visões de mundo específicas.

Em outras palavras, a abordagem da matéria submetida ao Poder Judiciário deixaria de ser técnica, de gravitar no âmbito específico da ciência jurídica, e passaria à trazer elementos ideológicos, partidários e até mesmo religiosos.

Mais do que isso, inclusive, pois sobeja no noticiário midiático as diligências quase semanais de partidos políticos que recorrem ao STF, como se aquele Tribunal fizesse as vezes de verdadeira “última instância” hábil a solucionar matéria controvertida no Parlamento.

²⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do judiciário e suas implicações*. Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas – Ano 1, n. 2. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>>. Acesso em: 04. mai.2013, p. 70.

Streck, Barretto e Oliveira tratam do tema ao fazer uma análise da regulamentação da união estável homoafetiva

De todo modo, há uma perigosa tendência no interior da comunidade jurídica de recorrer aos tribunais para sanar eventuais omissões do legislador, pugnando por um verdadeiro exercício de uma tardia jurisprudência dos valores pelo STF (ou pelos demais tribunais da República). Não se pode esquecer que, por vezes, o fato de o constituinte não tratar do assunto não possa significar “omissão”; pode ser, na verdade, uma escolha política.³⁰

Dworkin, por sua vez, analisando o ponto ainda sob a ótica do controle de constitucionalidade das leis, e partindo da premissa de que a constituição é a lei fundamental dos Estados Unidos e que os juízes estão obrigados a lhe dar cumprimento, questiona esta atuação judicial quando enfrentada sob a lupa da democracia

Todos concordam que a Constituição proíbe certas formas de legislação ao Congresso e aos legislativos estaduais. Mas nem juízes da Suprema Corte, nem especialistas em direito constitucional, nem cidadãos comuns conseguem concordar quanto ao que ela proíbe exatamente e a discordância é mais grave quando a legislação em questão é politicamente mais controversa e criadora de divergência. Portanto, parece que esses juízes exercem um poder de veto sobre a política da nação, proibindo as pessoas de chegar a decisões que eles, um número ínfimo de nomeados vitalícios, acham erradas. Como isso pode ser conciliado com a democracia?³¹

Diante destas ponderações, ora favoráveis, ora para criticar o ativismo judicial, Barroso parece buscar um equilíbrio entre a aplicação mecânica do direito e a discricionariedade do julgador, tendo por mira a necessidade de existirem critérios, ou elementos objetivos definidos, para a atuação da Corte Constitucional

A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de buscar a objetividade possível. A interpretação, não apenas do direito como em outros domínios, jamais será uma atividade

³⁰ STRECK, Lenio Luiz. *et. al. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2013, p. 80.

³¹ DWORKIN, Ronald M.. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p. 33. “The Constitution is the fundamental law of the United States, and judges must enforce the law. [...] The puzzle lies in this. Everyone agrees that the Constitution forbids certain forms of legislation to Congress and the state legislatures. But neither Supreme Court justices nor constitutional law experts nor ordinary citizens can agree about just what it does forbid, and the disagreement is most severe when the legislation in question is politically most controversial and divisive. It therefore appears that these justices exercise a veto over the politics of the nation, forbidding the people to reach decisions which they, a tiny number of appointees for life, think wrong. How can this be reconciled with democracy?”

inteiramente discricionária ou puramente mecânica. Ela será sempre o produto de uma interação entre o intérprete e o texto, e seu produto final conterá elementos objetivos e subjetivos.³²

A possibilidade real de haver uma medida razoável de equilíbrio nesta contenda, ou seja, entre a necessidade de efetivação das normas constitucionais e a participação amplamente discricionária do julgador, é o que se acredita não ser possível no mundo real, sendo, portanto, um dos nortes de pesquisa do presente trabalho.

1.4 O ativismo judicial brasileiro em síntese

Fica evidente, portanto, que o ativismo judicial é hoje uma realidade no âmbito do Poder Judiciário brasileiro, e tanto o é que estimula a manifestação da comunidade acadêmica pátria.

Pudemos verificar que o ativismo judicial se resume a uma atuação pró-ativa do juiz, que ao assim agir pretende se tornar um verdadeiro efetivador de normas constitucionais.

A possibilidade desta atuação discricionária do Poder Judiciário advém do entendimento de que a Constituição não é apenas um manifesto de metas à serem alcançadas, mas sim que o texto constitucional tem força condicionante e que deve, em concreto, fazer parte da realidade de todos os indivíduos.

O desafio que se apresenta, e não por raras vezes este é o ponto indicado como o cerne do equívoco do instituto, é afastar ao máximo a discricionariedade do julgador.

A intenção de retirar, tanto quanto possível, a discricionariedade da análise do caso concreto, tem direta relação com a necessária neutralidade do juiz, esta considerada como necessária garantia institucional do Estado Democrático de Direito.

Além disso, transitar no âmbito da efetivação de direitos fundamentais passa, necessariamente, pela carga ideológica e até mesmo partidária que o magistrado transferirá para sua sentença.

E neste sentido, já se verifica a preocupação de que o Poder Judiciário não seja utilizado como instância revisora das deliberações do Parlamento. A atuação dos

³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 256.

partidos políticos atualmente faz com que a cautela seja oportuna, na medida em que esta conduta pode indicar que parcela de um outro Poder da República prefira abrir mão de seu poder republicano democrático, em detrimento da cogência de uma decisão jurisdicional.

2. UM CAMINHO FILOSÓFICO EM BUSCA DA COMPREENSÃO DA JUSTIÇA E DO DIREITO – DE ARISTÓTELES A KANT

2.1 Justiça e direito na filosofia prática de Aristóteles e Kant

Como visto no capítulo anterior, o objeto do presente estudo é a análise do fenômeno chamado de ativismo judicial, sintetizado como a possibilidade do poder judiciário afastar uma regra legal por entender que esta regra ofenda um princípio de direito, inclusive determinando providências práticas, tudo com vista a uma pretensa efetivação de um direito fundamental negado ou violado.

Toda esta ginástica de raciocínio, toda esta fundamentação atrelada à efetivação de um direito fundamental, por sua vez, fixa norte filosófico na busca de uma aplicação do que se entende por justiça.

É o conflito entre *(i)* o direito positivado dizendo o que seria uma ordenação justa da sociedade e *(ii)* a interpretação judicial dizendo o que efetivamente seria uma decisão justa para o caso concreto, independentemente do que estabeleça a regra legal.

E considerando que a presente pesquisa pretende demonstrar que estamos diante de um equívoco, ou seja, que um conceito particular de justiça, ou mesmo que o conceito de justiça de um pequeno grupo, não pode superar o conceito geral, é necessário estudar um pouco sobre o que seria a “justiça”.

A opção que se fez neste trabalho, portanto, foi de investigar a obra de Aristóteles, aqui considerada como a matriz do pensamento jusfilosófico ocidental, daí saltando diretamente para a obra de Kant, aqui considerada como o eixo filosófico que dá sustentação à quase integralidade da construção jurídica brasileira.

Dessa forma, o presente estudo inicia a partir da nascente de conhecimento inserta em *Ética à Nicômaco* – EN - obra ímpar na construção da intelectualidade Ocidental e expressão da inteligência de Aristóteles.³³

Não esgota sua fonte de investigação na EN, ainda que se reconheça a magnitude do pensamento aristotélico, indisfarçando o deliberado interesse em pesquisar em outras fontes que se dedicaram à pensar o tema.

³³ ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor).

Um trabalho científico que tem a pretensão de discutir a ciência do direito, inclusive firmando bases em seu fundamento, necessariamente precisa mergulhar um pouco mais profundamente no campo filosófico.

E estudar a filosofia do direito no mundo ocidental, partindo de sua matriz filosófica pura, demanda analisar, ainda que *an passant*, a contribuição de Aristóteles.

Nesta perspectiva, o presente capítulo fixa norte na EN diante de sua contribuição para a formulação do conceito de justiça, que ainda hoje é muito relevante para a ciência jurídica, traçando relações com parte da produção filosófica que lhe sucedeu.

Se pretende, portanto, identificar algumas nuances da ética aristotélica e, principalmente, analisar alguns aspectos acerca do modo de aquisição dos bens, do modo de sua fruição e de questões relacionadas a justiça.

A obra de Aristóteles exerceu, e ainda exerce, grande influência sobre o pensamento ocidental, especialmente, na seara do direito, pela criação do chamado *silogismo aristotélico*. Grosso modo, o silogismo pode ser descrito como o método interpretativo no qual a premissa maior seria a norma, a premissa menor seria o fato, e a conclusão seria a sentença judicial.

Este processo lógico-dedutivo, também chamado de subsunção, igualmente se verifica na obra de Kant³⁴, que de forma mais abrangente, e ainda mais próxima da intelectualidade jurídica atual, mergulhou um pouco mais profundamente na análise filosófica do direito.

Kant diferencia a norma moral e a norma jurídica, fixando na coação o ponto de separação de ambas as normas.³⁵ Além disso, Kant inaugura um novo método na filosofia, que é o chamado *método crítico transcendental*, no qual se busca no fato as condições de possibilidade do próprio fato.

Dentro do limitado escopo do presente capítulo, o que interessa ser analisado com mais atenção é a chamada *filosofia prática de Kant*, ou a *ética de Kant*.

E é justamente a filosofia prática de Kant que se dedica às chamadas 'leis da liberdade'. Tais leis são assim classificadas por serem as leis que o próprio homem dá a si mesmo.

³⁴ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

³⁵ Idem (KANT. *A metafísica dos costumes*. p.79.)

Digno de nota que em Kant o direito e a moral (virtude) seriam facetas da lei de liberdade, e que, aliás, ambos nada mais seriam do que exemplos das leis que o próprio homem dá a si mesmo.

Vale ressaltar, por fim, que o contraponto de Habermas e Heidegger que são apresentados neste capítulo, são apenas pílulas das obras destes filósofos, e que ainda será analisado sobre outro enfoque nos capítulos seguintes.

2.2 Justiça e razão prática

Inicialmente, portanto, vale tecer uma breve contextualização da ética nicomaquéia. Aristóteles apresenta sua inteligência na *Ética a Nicômaco* em dez capítulos que poderiam ser divididos em três partes, estas assim consideradas como sendo a definição do bem, seu modo de aquisição e, última parte, seu modo de fruição.

O estudo tem sua coluna vertebral, portanto, nos Livros IV, V, VI e VII da EN, como representativos da segunda parte do livro.

A ênfase do presente trabalho, destaque-se, centra no Livro V, na medida em que nesta oportunidade Aristóteles se dedica ao estudo da justiça, amiúde.

A questão de fundo, vale antecipar, se relaciona com a tendência natural do humano para se dirigir ao fim último, ao bem supremo, que é definida por Caeiro como a facticidade da completude

Há uma completude (Τέλος) para o qual desde sempre tendemos. A vida humana é orientada por um sentido que lhe dará completude. Enquanto tal, vivemos só de caminho, movidos pelo que ainda não foi de facto obtido. Apesar de esse sentido ser uma *irrealidade*, não deixa, por isso, de ser efectivo. Orienta-nos e *situa-nos* ao passarmos por tudo aquilo por que passamos e ao fazermos tudo aquilo que fazemos. É sob a lógica da *tenção tendenciosa* para a *completude* que nos *apercebemos compreensivamente* de toda a forma de *desvio* e *fuga* ou de *aproximação* e *perseguição*: da possibilidade autêntica que nos permite realizar a nossa existência³⁶.

Esta tenção tendenciosa, portanto, contribuiria, estaria presente, moveria o ser-humano para o alcance da absoluta justiça. Se essa justiça seria factível, se seria identificada no mundo fenomenológico e, principalmente, se enquanto ideia diretriz

³⁶ CAEIRO, Antonio de Castro. *A areté como possibilidade extrema do humano*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2002, p.323.

alcançaria uma definição única, são questões que motivam o pensar filosófico e que tangenciam o objeto do presente estudo.

Na mesma linha de raciocínio, este *viver só de caminho* se encontraria na esfera da esperança. É por conhecer o objeto querido que se adquire a coragem para trilhar o caminho, mas, por outro lado, não se pode ter certeza do resultado que será efetivamente obtido, na medida em que será o trajeto percorrido que definirá o que virá à ser alcançado.

Este movimento que compele o humano, esta tendência natural é observada por Rawls, quando parte de premissa de que uma sociedade organizada, com sua estrutura bem definida, também determina o que seria a sua concepção de justiça, utilizando esta concepção como o parâmetro para se autorregular. Isso implica, nas palavras de Rawls

[...] que seus membros têm um desejo forte e, normalmente, efetivo de agir, conforme exigem os princípios de justiça [...] a maioria das doutrinas tradicionais afirma que, até certo ponto pelo menos, a natureza humana é tal, que adquirimos o desejo de agir de maneira justa quando convivemos com instituições justas e delas nos beneficiamos. Na medida em que tal seja verdade, a concepção de justiça está psicologicamente adequada às inclinações humanas. Ademais, caso o desejo de agir justamente também regulasse nosso plano racional de vida, então a ação justa faria parte do nosso bem. Nessa eventualidade, as concepções de justiça e de bem são compatíveis e a teoria, como um todo, será coerente³⁷.

Denota-se que a *tenção tendenciosa* de Caeiro e o *desejo forte* em Rawls são conceitos que se comunicam e que exprimem ideias muito próximas.

Por seu turno, Vaz estabelece uma ponte entre estes elementos, estas intenções, e a expressão da justiça através do direito

Assim como, no indivíduo, o movimento do desejo tende ao excesso e deve ser regido pelo *métron* da virtude, assim a dinâmica do poder é habitada internamente pela desmesura ou a *hybris* da violência e deve ser regulada internamente pelo *logos* presente na lei. Por conseguinte o poder que, como causa eficiente, é necessário para a constituição do ser da sociedade política e para a garantia do seu permanecer, deve encontrar na ordenação da razão que é a lei sua causa formal e sua legitimação³⁸.

³⁷ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UNB, 1981, p. 336-337.

³⁸ VAZ, Henrique Claudio de Lima. *Escritos de filosofia II. Ética e cultura*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, p. 137.

Retomando a linha de pesquisa, tendo a EN como fio condutor, percebe-se que ao iniciar a abordagem acerca dos modos de fruição dos bens, Aristóteles esclarece o conceito de liberalidade o fixando como o meio-termo em relação à riqueza³⁹. Em outras palavras, fica claro que a riqueza é definida como um bem, como algo bom (ἀγαθοῦ τινός) à ser perseguido pelo homem, ao passo que a virtude necessária à utilização deste bem será a liberalidade.

Vale lembrar que o meio-termo na ótica aristotélica é o ponto de equilíbrio, ou seja, aquele que é equidistante entre o excesso e a falta - “meio-termo no objeto” - e o que não é demasiado nem muito pouco - “meio-termo em relação a nós”⁴⁰. Saber como adquirir e, principalmente, como distribuir a própria riqueza, é a virtude específica identificada por Aristóteles.

E mais adiante, fica evidente que a inteligência aristotélica está pré-ordenada para entender que o ato de dar riqueza é mais virtuoso que o de recebê-la, na medida em que seria mais próprio da virtude praticar o bem do que recebê-lo, bem como praticar ações nobres mais do que abster-se da prática de ações ignóbeis⁴¹. Fica expresso, em várias passagens da ética nicomaquéia, que a virtude está no agir, no agir bem. A passividade da conduta também é louvada, mas sempre referenciada como de menor valor em comparação com o ato de fazer algo.

Em prosseguimento, o que foi dito acima será referendado e esta diferença entre a valoração da conduta do agente e a do paciente ficará delineada mais claramente. Neste ponto, Aristóteles estabelecerá que as pessoas que dão serão chamadas de liberais, e, portanto, representariam o meio-termo da riqueza, enquanto as que recusam receber seriam louvadas não pela liberalidade, mas sim pelo espírito de justiça.⁴²

É de destaque a importância da passagem para o presente estudo, na medida em que Aristóteles não só estabelece definitivamente que o *agir* é classificado como o ponto máximo da virtude, a sua perfeição, ou seja, o *meio-termo*, como também fica evidente que a abstenção, ainda que legítima, ainda que virtuosa, ainda que inspirada por um adequado critério de justiça, ainda assim será uma conduta menor, inferior.

³⁹ EN IV, 1119b, 21.

⁴⁰ EN II, 1106a, 25-35.

⁴¹ EN IV, 1120a, 10-15.

⁴² EN IV, 1120a, 19-25.

E a justiça, segundo Aristóteles, *é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo.*⁴³

À primeira vista, a definição parece mais um jogo de palavras entre substantivos e adjetivos, ontologicamente sinônimos, do que propriamente um conceito exauriente. Sendo óbvio que a genialidade aristotélica não se prestaria a tal mister, faz-se necessário alcançar a amplitude do pensamento grego.

Logo de início, é de se reconhecer que esta definição não contrasta com a ideia assente de que a justiça é um conceito regulador, uma ideia diretriz que organiza o pensamento e confere lógica ao raciocínio.

Com efeito, não há nenhum absurdo em se aliar o substantivo *justiça* ao adjetivo *justo*, na medida em que ao se definir o que seria, ou quais as características do *ato justo*, se alcançará a definição de justiça.

Não parece, contudo, que haja tal preocupação didática em Aristóteles, especialmente no que tange à definição de *ato justo*. O que há é a preocupação em investigar que espécie de meio-termo seria a justiça e quais os extremos que equidistanciariam do ato justo.

A *Ética a Nicômaco* é, inexoravelmente, um estudo da razão prática, uma exposição do que fazer, em última análise do “como viver” para se alcançar a felicidade. Neste contexto, a preocupação parece ter residido na coerência da exposição do raciocínio como um todo, sem maior preocupação com a formulação de um texto acadêmico. A coerência, interna e externa, da obra, se verifica em sua totalidade.

Já havendo afirmado que a justiça é uma disposição de caráter, Aristóteles passa a apresentar as diferenças existentes entre as ‘ciências e faculdades’ e estas ‘disposições’. As primeiras se relacionariam com objetos contrários, enquanto *uma disposição de caráter, que é um de dois contrários, não pode levar também ao resultado contrário.*⁴⁴

A aridez da afirmação é esclarecida pelo próprio estagirita quando diz que, *por exemplo, encontramos-nos na situação de termos saúde quando não fazemos o que é contrário à saúde, e sim o que é saudável*, e logo adiante afirma que *muitas vezes*,

⁴³ EN V, 1129a, 5-10.

⁴⁴ EN V, 1129a, 10-15.

*um estado é reconhecido pelo seu contrário, e também com freqüência os estados são reconhecidos pelos sujeitos nos quais se manifestam.*⁴⁵

Zingano esclarece o ponto, quando leciona que

As virtudes morais não são alterações entre contrários (ἀλοιώσεις), mas aperfeiçoamentos (τέλειώσεις) de nossa capacidade de agir ou não agir face a diferentes situações [...] Nossa capacidade de agir é uma capacidade racional dos contrários: o que eu posso fazer, eu posso deixar de fazer [...] Assim, a virtude moral é um aperfeiçoamento de minha capacidade natural de agir. Agora, toda virtude moral humana é, para Aristóteles, tal que, mesmo não sendo, num caso particular, acompanhada de razão ou deliberação, tem de poder ser acompanhada de razão.⁴⁶

A diferença residiria na ambigüidade do termo “justiça”, pois, se tal termo for, de fato, ambíguo, também o será o seu contrário, ou seja, a “injustiça”. E em sendo ambíguos, seus conceitos se aproximariam, o que não permitiria dizer, portanto, que o meio-termo seria a equidistância entre eles.⁴⁷

Para evidenciar esta ambigüidade, o exemplo utilizado em EN é bem claro quando equipara o homem que respeita a lei com o homem probo, em contraponto com o homem que desrespeita a lei e o homem ímprobo. No primeiro caso estaríamos diante de homens justos, enquanto no segundo caso estaríamos diante de homens injustos.⁴⁸

Justiça, meio-termo, agir e disposição de caráter são ideias diretrizes, portanto, e como tal, preordenam, dando em conjunto coerência ao pensamento grego.

2.3 Lei, direito e justiça

Prosseguindo a pesquisa tendo por norte o raciocínio aristotélico, especialmente quanto a relação entre a justiça e a lei, a inteligência do filósofo grego considera que

Desse modo, como o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos conforme à lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme à lei e dizemos que cada um deles é justo. [...] as leis visam à vantagem comum, seja a de todos, seja a dos melhores ou daqueles

⁴⁵ EN V, 1129a, 5-20.

⁴⁶ ZINGANO, Marco Antonio de Avila. *Estudos de ética antiga*. São Paulo: Paulus, 2009, p.82-83.

⁴⁷ EN V, 1129a, 20-30.

⁴⁸ EN V, 1129a, 30.

que detêm o poder ou algo semelhante, se tal modo que, em certo sentido, chamamos justos os atos que tendem a produzir e a preservar a felicidade e os elementos que a compõem para a sociedade política.⁴⁹

Considerando que a lei poderá livremente privilegiar o bem comum ou a obtenção/manutenção de vantagem daqueles que detêm o poder, serão justos tanto os atos que tendam a produzir a felicidade (εὐδαιμονία) como os que visem preservar os elementos que constituem a sociedade política.⁵⁰

E sobre a sociedade política no pensamento grego clássico e a transferência de poder para a lei e para o direito, Vaz apresenta a seguinte formulação

A sociedade política se apresenta exatamente como o intento de desvincular a necessidade natural da associação e a utilidade comum dela resultante, do exercício do poder como força ou como violência, e assumi-las na esfera legitimadora da lei e do Direito. Esse intento virá a concretizar-se historicamente na invenção da *pólis* como Estado onde o poder é deferido à lei ou à constituição (*politeia*) [...].⁵¹

Veja-se, portanto, que já no pensamento clássico a ilegitimidade do ideal de justiça estava relacionada com a lei e com o direito. Nesta mesma linha, Aristóteles reafirma esta ideia em outra passagem quando estabelece que

A justiça existe apenas entre homens cujas relações mútuas são regidas pela lei, e a lei existe para os homens entre os quais pode haver injustiça, pois a justiça legal é a discriminação entre o que é justo e injusto [...] a justiça e a injustiça se relacionam com a lei e existem entre pessoas naturalmente sujeitas à lei, as quais são pessoas que têm partes iguais em governar e ser governadas.⁵²

Este é um dos pontos nos quais Aristóteles se aproxima de Platão, especialmente quando este último adequa para a “cidade” a expressão “ser senhor de si” e afirma que *dirás que com justiça que ela (a cidade) é proclamada senhora de si, se realmente se deve denominar sensato e senhor de si tudo aquilo cuja parte melhor governa a pior*⁵³, e mais adiante conclui que o critério para auferição do meio-termo⁵⁴ seria a temperança

⁴⁹ EN V, 1129b, 10-20.

⁵⁰ EN V, 1129b, 10-20.

⁵¹ Ob.Cit. (VAZ. *Escritos de filosofia II*, p. 136-137).

⁵² EN V, 1134a, 30; 1134b, 10.

⁵³ R IV, 431a-e.

⁵⁴ Expressão utilizada por Aristóteles.

De maneira que poderíamos dizer com toda a razão que a temperança é esta concórdia, harmonia entre os naturalmente piores e os naturalmente melhores, sobre a questão de saber quem deve comandar, quer na cidade quer num indivíduo.⁵⁵

Nesta toada, em Aristóteles a justiça se apresenta como a mais completa virtude, por ser o exercício atual da virtude completa, e *ela é completa porque a pessoa que a possui pode exercer sua virtude não só em relação a si mesmo, como também em relação ao próximo, uma vez que muitos homens exercem sua virtude nos assuntos privados.*⁵⁶ E a virtude (areté) nesta passagem, é apresentada como o ponto máximo, como a perfeição que uma atividade pode atingir.

Abrindo um parêntese, parece que o processo de formação da razão prática, assim considerado como a soma da experiência, das escolhas do humano, no que tange à justiça e sob a ótica da filosofia sartreana, careceria de uma necessária dicotomia para diferenciar entre aquilo que o homem faria espontaneamente e aquilo que ele faria reflexivamente. E considerando esta possível dupla instância, inafastável considerar a possibilidade de se obrar bem e obrar mal, com boa ou com má-fé. Trogo nos apresenta uma enunciação da hipótese

A má-fé exsurge da modalidade de um ser que se nutre do dinamismo de duas instâncias que se interagem: o espontâneo e o reflexivo. Estes são os dois modos de ser do homem e a má-fé se instala aí nesta passagem de uma instância (espontaneidade) à outra (reflexividade). O que acontece lá, na espontaneidade, não é registrado tudo cá, na reflexividade. Este real lá do espontâneo, irrecuperável cá no reflexivo, tem dois tipos da presença: uma, atual, vibrante, flagrante, fluente, viva, e outra, passada, mumificada, petrificada, enquanto arquivada na reflexão.⁵⁷

Assim, considerando a ideia individual, íntima, de justiça que cada um traz dentro de sua consciência, ou mesmo a ideia geral, assim considerada como a soma das individualidades, seria necessário investigar se o processo individual de definição conceitual do quê seria a justiça, seria capitaneado pela instância reflexiva ou espontânea. E se esse processo interno variasse entre os viventes, uns espontaneamente e outros reflexivamente, onde encontrar o meio-termo aristotélico?

⁵⁵ R IV, 432a-e.

⁵⁶ EN V, 1129b, 25-30.

⁵⁷ TROGO, Sebastião. *O impasse da má-fé na moral de J.-P. Sartre*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 2011, p. 55.

A busca da resposta para esta indagação no campo filosófico, todavia, transborda completamente o âmbito de segurança deste trabalho e, portanto, a enunciação do questionamento fica como um parêntese inconcluso. Na seara jurídica, por outro lado, a questão será novamente abordada, alhures.

Fechando o parêntese, retomando o fio da meada e buscando alcançar o raciocínio aristotélico, verifica-se que em EN a justiça é matemática, aritmética. Ainda que se considere que a razão prática é o resultado da produção do humano, não se pode perder de vista que ela será fruto da excelência técnica (Τέχνη), adquirida pela praxis (πράξις), mediante a observação de um adequado método (μέθοδος) e preordenada para algo bom (ἀγαθοῦ τινός).

Além disso, a justiça em EN poderia ser dividida em distributiva, que seria o meio-termo diante de uma igualdade de razões⁵⁸; a corretiva, que seria o meio-termo entre perda e ganho⁵⁹, e; a política, subdividida em natural e legal, sendo a primeira com força em todos os lugares sem exceção, e a segunda a regra editada pelo legislador.⁶⁰

Digno de nota que o conceito de reciprocidade, tal como é comumente entendido, não se adequaria nem à definição de justiça distributiva e nem à de justiça corretiva, na medida em que careceria de um adequado critério de proporcionalidade. Aristóteles já vislumbrava que para a efetivação da justiça, nem sempre seria apenas necessário recompor uma situação fática ou mesmo devolver o que fora eventualmente subtraído. Fica evidente, portanto, que o filósofo já considerava a necessária observância a um critério de proporcionalidade muito antes das teorias jurídicas, hoje tão difundidas.⁶¹

Aristóteles passa, então, a pensar sobre a medida da participação da outra parte de uma relação conflituosa quanto ao ato justo ou injusto. A questão se esgotaria na conduta do agente, ou seja, a qualificação de justo ou injusto de determinado ato dependeria exclusivamente do interesse do autor da ação? A resposta não tarda, no sentido de se reconhecer que tanto na ação quanto na passividade seria possível participar, acidentalmente, da justiça ou da injustiça, sendo que a contribuição na passividade estaria relacionada à conduta do homem incontinenti.⁶² A pessoa justa,

⁵⁸ EN V, 1131b, 10-15.

⁵⁹ EN V, 1132a, 15.

⁶⁰ EN V, 1134b, 15-25.

⁶¹ EN V, 1132b, 25 e 1136a, 1-5.

⁶² EN V, 1136a, 10.

assim como o ato justo antes mencionado, não se identifica na passividade, mas sim na ação.

Partindo da admissão do concurso da parte passiva, surge a pergunta se a injustiça seria de quem a praticou ou de quem voluntariamente a teria recebido e, abrindo ainda mais a indagação, se seria possível um homem agir injustamente em relação a si mesmo? Aqui a resposta é imediata, no sentido de reconhecer que quem age injustamente é quem pratica o ato e, por conclusão lógica, este agente teria praticado contra si um ato injusto.⁶³

Para um melhor entendimento da afirmação do filósofo grego, vale retroceder um pouco no EN, a fim de se identificar a proposição segundo a qual a virtude não é só uma disposição, mas sim uma disposição que torna o homem bom e que o compele a desempenhar bem a sua função.⁶⁴ Assim, como a liberalidade é um meio-termo entre dar e obter riquezas, quem der mais do que o devido agirá injustamente.⁶⁵

Aprofundando no conceito de meio-termo, Aristóteles afirma que deve prevalecer sobre o excesso e sobre a falta e que deve ser determinado pelos ditames da reta razão.⁶⁶

Para identificar esta reta razão, é necessário investigar as disposições da alma, as dividindo em virtudes do caráter e do intelecto.⁶⁷

A alma é dividida em duas partes, a racional e a desprovida de razão. A racional pode ser dividida em contemplação às coisas invariáveis e contemplação às coisas variáveis.⁶⁸

Considerando a virtude como o funcionamento adequado de algo, a alma teria três elementos que controlariam a ação e a verdade, ou seja, a sensação, a razão e o desejo.⁶⁹ A sensação não demanda reflexão, estando presente, inclusive, nos animais. Raciocínio e desejo devem ser verdadeiro e reto, respectivamente, devendo o segundo buscar o que o primeiro determina, culminando com o alcance do equilíbrio entre intelecto e caráter.⁷⁰

⁶³ EN V, 1136b, 15.

⁶⁴ EN II, 1106a, 15-20.

⁶⁵ EN IV, 1120b, 25-30.

⁶⁶ EN VI, 1138b, 15-20.

⁶⁷ EN VI, 1138b, 30.

⁶⁸ EN VI, 1139a, 5.

⁶⁹ EN VI, 1139a, 15.

⁷⁰ EN VI, 1139a, 20-30.

Além disso, também é apresentada uma diferenciação entre os tipos de virtude e, sobre esta formulação, vale trazer a lume a interpretação de Zingano

Do ponto de vista que contempla todos os tipos de virtude, a distinção será tripartite: as virtudes podem ser ou naturais, ou adquiridas pelo hábito ou, ainda, obtidas mediante o uso da razão. Do ponto de vista restrito, porém, a virtude é moral, há dois modos somente. O primeiro consiste na virtude moral adquirida pelo hábito; o segundo consiste na virtude moral (adquirida pelo hábito) acompanhada de razão.⁷¹

E nos parece ser este o tipo de virtude que tem relação com a justiça na ética nicomaquéia, na medida em que a completude da justiça só seria alcançada pelo concurso das virtudes morais enunciadas por Aristóteles, que poderiam ou não ser adquiridas pelo hábito, qualificadas pelo concurso da razão. Nesta mesma linha, Zingano conclui afirmando que

As virtudes morais não são nem naturais nem contra a natureza; nós temos, isto sim, por natureza (Φύσει) a capacidade de recebê-las, e esta capacidade é aperfeiçoada pelo hábito. Em vista desta capacidade [...] Aristóteles chamou de natural tal tipo de virtude, mas não se deve esquecer que se trata de uma virtude moral natural, ἀρετή<ήθική>ήθυσική, obtida pelo hábito. Talvez tenha sido para evitar este mal-entendido que Aristóteles tomou a precaução de, numa passagem, lembrar que a virtude natural em questão é uma virtude adquirida pelo hábito, ἀρετή ή θυσική ή έθιστή.⁷²

Prosseguindo no raciocínio, teremos cinco disposições em virtude das quais a alma possuirá a verdade, seja afirmando, seja negando: a arte, o conhecimento científico, a sabedoria prática, a sabedoria filosófica e a razão intuitiva.⁷³

O conhecimento científico é um estado que nos torna capazes de demonstrar algo.⁷⁴ A arte é uma disposição relacionada com produzir, que envolve o reto raciocínio.⁷⁵ A sabedoria prática é a capacidade verdadeira e raciocinada de agir no que diz respeito às ações relacionadas com os bens humanos.⁷⁶ A sabedoria filosófica busca a demonstração de determinadas coisas⁷⁷, é um conhecimento científico

⁷¹ Ob.Cit. (ZINGANO. *Estudos de ética antiga*, p. 80).

⁷² Idem (ZINGANO. *Estudos de ética antiga*, p. 80-81).

⁷³ EN VI, 1139b, 15.

⁷⁴ EN VI, 1139b, 30.

⁷⁵ EN VI, 1140a, 20.

⁷⁶ EN VI, 1140b, 20.

⁷⁷ EN VI, 1141a.

combinado com a razão intuitiva daquelas coisas que são as mais elevadas da natureza.⁷⁸ A razão intuitiva é a que apreende os primeiros princípios.⁷⁹

A conclusão, neste particular, é que a reta razão é o que está de acordo com a sabedoria prática.⁸⁰ O direito, por sua vez, nasce, se desenvolve e vive da razão prática, dessa operacionalidade do ser-humano.

Pensando sobre a influência da razão prática sobre o direito, em contraponto ao imperativo categórico kantiano⁸¹, é possível vislumbrar, em princípio, uma similitude no raciocínio dos filósofos, na medida em que a razão prática é consequência do agir. Aprofundando um pouco mais no pensador alemão, entretanto, e considerando a felicidade como o fim último em Aristóteles, a semelhança tende a diminuir.

Ademais, não é o escopo do presente trabalho investigar as diferenças de entendimento entre Kant e Aristóteles acerca do que seria a felicidade, bastando considerar, como premissa de nosso trabalho, que em Aristóteles a felicidade é eudaimonia, é perfeição, enquanto em Kant é a satisfação das inclinações.

Por isso, Kant parece reconhecer que não seria possível a razão prática determinar um sólido critério para a satisfação do princípio da felicidade, na medida em que a razão prática tem por base o acúmulo da experiência, da perícia humana e, como tal, estaria sujeita à opinião de cada um. Por isso, a razão prática poderia ser relevante até mesmo para a fixação de uma regra que pudesse ser geral, mas jamais universal

O princípio da felicidade, embora possa fornecer máximas, não pode jamais fornecer aquelas que serviriam de leis da vontade, mesmo se tomássemos como objeto a felicidade *universal*. Porque o conhecimento desse princípio se funda em meros dados empíricos, e não obstante todo juízo acerca dele depender, em grande parte, da opinião de cada um, o que resulta ser extremamente variável, pode certamente facultar regras *gerais*, mas não *universais*, isto é, pode apresentar regras que, em média, são, no mais das vezes, exatas, mas não regras que sempre e necessariamente devam ser válidas; portanto, não se deve assentar sobre tal princípio *lei* prática alguma.⁸²

⁷⁸ EN VI, 1141b.

⁷⁹ EN VI, 1141a, 5.

⁸⁰ EN VI, 1144b, 20.

⁸¹ Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal.

⁸² KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 40-46. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

Neste excerto, fica claro que Kant também não fechou os olhos para a realidade do mundo prático, uma espécie de colcha de retalhos, cujos pedaços de pano que a compõem são as opiniões particulares sobre o que seriam regras válidas, todas ávidas à se sobrepor umas às outras e emergirem como regras gerais.

De forma análoga, estando esta analogia circunscrita ao reconhecimento da miríade de classificações pessoais sobre os conceitos reguladores, *in casu* especialmente a justiça, a moral e o direito, observamos em Heidegger uma proximidade de entendimento quando estabelece o conceito de mundanidade

“Mundanidade” é um conceito ontológico e significa a estrutura de um momento constitutivo de ser-no-mundo. Este, nós o conhecemos como uma determinação existencial da presença. Assim, a mundanidade já é em si mesma um existencial. Quando investigamos ontologicamente o “mundo”, não abandonamos, de forma nenhuma, o campo temático da analítica da presença. Do ponto de vista ontológico, “mundo” não é determinação de um ente que a presença em sua essência não é [...] mundo designa, por fim, o conceito existencial-ontológico da mundanidade. A própria mundanidade pode modificar-se e transformar-se, cada vez, no conjunto de estruturas de “mundos” particulares, embora inclua em si o a priori da mundanidade em geral.⁸³

Nesta passagem, e dentro do escopo deste capítulo, fica claro que para Heidegger o mundo é um conjunto de individualidades e que, aqui um pouco mais enfático que Kant, adverte que somente *em princípio* pode ser identificado um conceito geral que sintetize a ideia de mundanidade.

Já Habermas busca a obtenção de critérios precisos para a distinção entre princípio de democracia e princípio moral

[...] parto da circunstância de que o princípio da democracia destina-se a amarrar um procedimento de normatização legítima do direito. Ele significa, com efeito, que somente podem pretender validade legítima as leis jurídicas capazes de encontrar assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização discursiva. O princípio da democracia explica, noutros termos, o sentido performativo da prática da autodeterminação de membros do direito que se reconhecem mutuamente como membros iguais e livres de uma associação estabelecida livremente. Por isso, o princípio da democracia não se encontra no mesmo nível que o princípio moral.⁸⁴

⁸³ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Vozes, 2011, p. 110-112.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 145.

Destaque-se que é curioso pontuar que esta passagem deixa dúvida se Habermas está evoluindo o pensamento kantiano antes descrito, no que se identificaria uma verdadeira reinterpretação do princípio da universalidade, ou se o está puramente contestando. Como esta investigação se distancia do objeto desta pesquisa, fica o apontamento para uma outra oportunidade.

Fato é, entretanto, que o entendimento de Habermas está escudado em sua filosofia da linguagem e que já preparava (intuitivamente, talvez) o terreno sobre o qual Alexy elaboraria sua teoria da argumentação jurídica.⁸⁵

Sobre o aspecto negativo da moral, Aristóteles identifica três espécies de disposições morais que devem ser evitadas, o vício, a incontinência e a bestialidade. Os contrários serão a virtude e a continência. Já à bestialidade, o mais adequado seria opor uma virtude sobre-humana.⁸⁶

Denota-se, sem muito esforço, que Aristóteles já externava sua preocupação com as disposições morais e a medida de sua relação com a justiça. Tal preocupação, por conseguinte, se acirrará durante os séculos vindouros, especialmente quanto a saber se a moral integraria ou não o conceito de direito.

E saber se a moral integraria ou não o conceito de direito terá influência direta no que virá à ser definido – pela razão prática momentânea – como justiça.

2.4 O norte indicado pela filosofia prática

Neste ponto do trabalho, parece que toda a evolução da ciência humana nessa seara, seja no campo filosófico, seja no puramente jurídico, edifica sua intelectualidade calçada nas sólidas fundações estabelecidas pelos antigos filósofos gregos, especialmente por Aristóteles e sua ética nicomaqueia.

Em que pese a existência desta raiz comum, entretanto, não significa que os filósofos concordem integralmente com todas as proposições de razão prática.

No curso da pesquisa sobre a EN, ficou evidenciado que a influência do elemento humano na busca da justiça somente é determinante no âmbito da percepção pessoal do que seria a justiça. Jamais poderá valer como regra universal, ainda que expressão de um pensamento comum, geral. Em outras palavras, a ideia

⁸⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁸⁶ EN VII, 1145a, 15-20.

de justiça que cada um nutre em seu íntimo só vale para si, ainda que seja um sentimento aparentemente comum na comunidade na qual a pessoa estiver inserida.

Segundo Aristóteles, a justiça seria a virtude mais relevante dentre aquelas identificadas nos seres humanos e a sua obtenção dependeria, inexoravelmente, do agir. A passividade, como vista, revelaria uma disposição de caráter de menor relevância ainda que revestida de justiça.

A busca da justiça, portanto, seja no âmbito filosófico, seja no âmbito jurídico, deve ser encarada como antecedente lógico para que se consiga saciar a ânsia do espírito humano por sua efetivação. Daí não ser possível admitir qualquer espécie de ativismo judicial, sem que se saiba qual o conceito de justiça que será utilizado nesta *efetivação jurisdicional*.

Considerando que nesta busca será inafastável abordar a relação entre o direito e a moral, o trabalho passará a se dedicar ao estudo da obra de Kant já no próximo item deste mesmo capítulo. Além disso, se pretende questionar a legitimidade para a definição da justiça, o que será abordado em capítulo sobre a democracia.

E estando a pesquisa inspirada pela ética nicomaquéia, é oportuno consignar que se nos desola ainda não havermos encontrado solução definitiva para a efetivação da justiça, nos conforta os ensinamentos de Aristóteles, na medida em que podemos confiar que o concurso da técnica (Τέχνη), que é o combustível da razão prática, sendo edificada dia à dia com mira na perfeição, nos conduzirá inexoravelmente a algo bom (ἀγαθοῦ τινός), sempre tendo por norte o bem supremo, a felicidade (εὐδαιμονία).

2.5 A relação entre a moral e o direito em Kant

Como visto anteriormente, o silogismo aristotélico que foi incorporado a seara do direito, ou seja, o processo lógico-dedutivo, também chamado de subsunção, é claramente identificado na obra de Kant.⁸⁷

Da mesma forma, também já foi mencionado que Kant estabelece na coação o grande diferencial entre a norma moral e a norma jurídica. Vale agora pontuar, amiúde, que esta é uma das passagens da obra do filósofo alemão que mais gera

⁸⁷ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

controvérsias no âmbito do direito, especialmente quando deste se exige uma precisão matemática

[...] a doutrina do direito deseja estar certa de que aquilo que pertence a cada um foi determinado (com precisão matemática). Tal precisão não pode constituir expectativa na doutrina da virtude, a qual não pode recusar algum espaço para reflexões (*latitudinem*).⁸⁸

Para uma melhor compreensão do pensamento kantiano, convém esclarecer que a obra do filósofo de Königsberg é dividida em dois períodos, o anterior à crítica da razão pura⁸⁹ e o que lhe é posterior.

Com a crítica da razão pura Kant inaugura um novo método na filosofia, que é o chamado *método crítico transcendental*, no qual se busca no fato as condições de possibilidade do próprio fato.

E como adiantado alhures, neste capítulo o foco da investigação em Kant será a sua *filosofia prática*, ou, em outras palavras, a sua *ética*.

Para tanto, será necessário aprofundar em suas chamadas ‘leis da liberdade’, que assim são classificadas por serem as leis que o próprio homem dá a si mesmo. Digno de nota, por oportuno, que em Kant o direito e a moral (virtude) seriam facetas da lei de liberdade, e que, aliás, ambos nada mais seriam do que exemplos das leis que o próprio homem dá a si mesmo

Todos os deveres são ou *deveres de direito* (*officia iuris*), quais sejam, deveres para os quais a legislação externa é possível, ou *deveres de virtude* (*officia virtutis s. ethica*), para os quais a legislação externa não é possível. Deveres de virtude não são suscetíveis de estarem submetidos à legislação externa simplesmente porque eles têm a ver com um fim o qual (ou cuja posse) é também um dever. Nenhuma legislação externa é capaz de fazer alguém estabelecer um fim para si mesmo (já que isto constitui um ato interno da mente), a despeito de lhe ser possível prescrever ações externas que conduzem a um fim sem que o sujeito o torne seu fim.⁹⁰

Nesta perspectiva, tanto o imperativo categórico de Kant, quanto o pacto social, de Rousseau, trazem em si proposições muito similares. Vejamos que em Kant

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a

⁸⁸ Idem (KANT. *A metafísica dos costumes*, p. 79).

⁸⁹ KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

⁹⁰ Ob.Cit. (KANT. *A metafísica dos costumes*, p. 85).

liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.⁹¹

E ainda mais enfático: *Age de tal modo que a máxima da tua vontade possa valer sempre como princípio de uma legislação universal.*⁹²

Por sua vez, Rousseau estabelece que para que uma coletividade esteja inserida neste contexto de liberdade deverá

Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça todavia senão a si mesmo e fique tão livre quanto antes.⁹³

A ética kantiana, neste contexto, cria a 'ciência das liberdades', sendo estas liberdades dicotomizadas em *moral*, representadas por leis morais, e *direito*, representadas por leis jurídicas.

O que fosse relacionado a moral estaria circunscrito ao âmbito da autonomia individual e, portanto, de caráter interno. Para que uma determinada obrigação fosse de caráter moral, seria necessário que ela estivesse em conformidade com o próprio dever e, mais, que a ação dela decorrente fosse praticada pelo dever.

Ser praticada *pelo dever*, vale frisar, não permitia, por exemplo, o temor da sanção ou mesmo a expectativa de um reconhecimento pela correção da conduta. Era o sentimento íntimo que ordenava a prática de um ato por estar obrigado a proceder daquela maneira.

Neste particular, mesmo Habermas chega a esboçar concordância intelectual com Kant, quando afirma que

O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo.⁹⁴

E Kant chega mesmo a concluir que este sentimento íntimo, por sua vez, teria importância de tal envergadura sobre o homem, que seria o elemento diferenciador

⁹¹ Idem. p. 76-77.

⁹² Ob.Cit. (KANT. *Crítica da Razão Prática*, p. 40).

⁹³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 25. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

⁹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 114-115.

entre o animal e o humano. Dissertando em primeira pessoa acerca da influência da lei moral sobre o próprio indivíduo, Kant esclarece que esta influência

[...] começa no meu invisível eu, na minha personalidade, expondo-me em um mundo que tem a verdadeira infinidade, porém que só é penetrável pelo entendimento e com o qual eu me reconheço (e, portanto, também com todos aqueles mundos visíveis) em uma conexão universal e necessária, não apenas contingente, como em relação àquele outro.⁹⁵

E não se limitando apenas a esta interação consigo mesmo, mas também se estendendo para as relações com o universo que o cerca, Kant conclui a explicação esclarecendo que

O segundo, pelo contrário, realça infinitamente o meu valor como inteligência por meio de minha personalidade, na qual a lei moral me revela uma vida independente da animalidade e também de todo o mundo sensível, pelo menos o quanto se pode inferir da destinação consoante a um fim da minha existência por essa lei, que não está limitada a condições e limites desta vida, mas, pelo contrário, estende-se o infinito.⁹⁶

Já as leis jurídicas, aquelas relacionadas ao direito, todavia, se revestiriam de viés externo, na medida em que apenas exigiriam a conformidade com o dever. O sentimento que preordenaria a ação do indivíduo seria irrelevante.

Neste mesmo sentido, Kersting analisa a chamada *obrigação ética geral* de cumprimento de determinadas *exigências racionais*, exclusivamente por respeito a uma lei, e conclui que esta obrigação (a) é puramente formal e (b) se estende a qualquer dever e que, portanto, *legalidade não tem valor moral*. Em suas palavras, Kersting esclarece que

Quando, para evitar uma coação, cumpro um dever jurídico, então respeitei a lei jurídica, mas não tratei o dever jurídico como dever ético indireto, não persegui o compromisso ético geral de cumprir um dever em razão da própria vontade, comportando-me, assim, de forma moralmente insuficiente. Se alguém considera e cumpre os deveres jurídicos como deveres éticos indiretos, então demonstra moralidade. Mas, se segue o preceito jurídico por outro motivo que não seja eticamente caracterizado, age tão somente em conformidade com o dever e não também por dever, conferindo ao seu comportamento mera legalidade, e, segundo as exigentes medidas da ética da mentalidade de Kant, legalidade não tem valor moral.⁹⁷

⁹⁵ Idem (KANT. *Crítica da Razão Prática*. p. 40).

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ KERSTING, Wolfgang. *O fundamento de validade da moral e do direito em Kant*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 170-171.

E Herrero delimita este vazio como o espaço compreendido entre o que o direito é, e o que o direito deve-ser. Prossegue Herrero afirmando que é justamente neste hiato que se insere a política, sendo que esta deteria a missão de diminuir o distanciamento entre o direito positivado e o ideal de justiça. Por isso que ainda que mais pessimista quanto a realidade, Herrero entende que a política tem não só esta finalidade de aproximação entre o direito e a justiça, como é ela própria, a política, que torna possível o estabelecimento de um vínculo entre direito e moral

Mas também na política é necessário distinguir entre um conceito *normativo* e um *empírico*. O conceito normativo consiste em ser uma prática que responda ao princípio da equidade. Assim, para que a política torne possível a mediação entre a moral e o direito, é necessário admitir que a práxis política se guie pelos imperativos morais. Isso coloca um problema sério, pois a experiência nos mostra que nunca é assim. A nossa situação política que o diga. Kant sabe disso e nos diz que no nível empírico predomina um comportamento egoísta, que tem como efeito um conflito generalizado. É o que ele chama de *sociabilidade insociável*.⁹⁸

Veja-se que Herrero admite a possibilidade de haver um vínculo entre o direito e a moral, no que indiscutivelmente destoa de Kant, valendo, portanto, observar que para Herrero o direito seria um mediador entre o conceito de moral e os imperativos de realidade social

Assim, nesta primeira aproximação, podemos dizer que o *direito* mediatiza a moral e a realidade social, possibilitando a efetivação de determinados princípios morais ou sua vigência nas relações sociais. E a *política* mediatiza a moral e o direito, aproximando a realidade deste último das exigências morais. Consequentemente, a mediação entre a moral e a realidade social empírica deve ser buscada na *dinâmica jurídica e política*.⁹⁹

Retomando a dicotomização entre ações ordenadas pela moral e ações ordenados pelo direito, voltamos à *máxima da ação*, de Kant, também chamada de *imperativo categórico*, que estabelece que para que uma lei seja assim considerada (como lei), deverá passar pelo teste da universalização, ou seja, deverá valer para todos sem contradição.¹⁰⁰

⁹⁸ HERRERO, Francisco Javier. *Moral, direito e política*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 616-617.

⁹⁹ Idem (HERRERO. *Moral, direito e política*, p. 617).

¹⁰⁰ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 40. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

As ações morais, nesta linha de raciocínio, não possuiriam coação exterior. Seriam deveres morais mais amplos e, dado a sua maior amplitude, imperfeitos. Kant afirmou textualmente que *quanto mais lato o dever, portanto, mais imperfeita é a obrigação de um homem para com a ação*.¹⁰¹

As ações conforme o direito, por outro lado, se ordenariam por coação exterior e seriam deveres de direito. Sua menor amplitude, ou sua restrição, lhe caracterizariam como deveres mais perfeitos. Neste ponto, o filósofo estabeleceu que *à medida que ele, contudo, mais aproxima do dever estrito (deveres de direito) a máxima de conformar-se com o lato dever (em sua disposição), tanto mais perfeita é a ação virtuosa*.¹⁰²

A diferença entre os deveres morais e os deveres de direito, nesta inteligência, seria quanto ao aspecto formal. Não haveria diferença quanto ao conteúdo, na medida em que tanto em um quanto em outro o dever seria cumprido.

Para Kant, portanto, não seria possível coagir ninguém à agir por um dever moral. Aliás, a coação, por si só, já seria uma violação ao princípio da liberdade e, portanto, somente admissível para a garantia do próprio exercício desta liberdade segundo uma lei universal

A resistência que frustra o impedimento de um efeito promove este efeito e é conforme ele. Ora, tudo que é injusto é um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais. Mas a coerção é um obstáculo ou resistência à liberdade. Consequentemente, se um certo uso da liberdade é ele próprio um obstáculo à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é injusto), a coerção que a isso se opõe (como um *impedimento de um obstáculo à liberdade*) é conforme à liberdade de acordo com leis universais (isto é, é justa).¹⁰³

A coação em Kant, desta forma, seria típica do dever jurídico, sendo esta possibilidade de coerção, portanto, o grande ponto diferenciador entre um e outro dever

Portanto, ligada ao direito pelo princípio da contradição há uma competência de exercer coerção sobre alguém que o viola.[...] Direito e competência de empregar coerção, portanto, significam uma e única coisa.¹⁰⁴

¹⁰¹ Ob.Cit. (KANT. *A metafísica dos costumes*, p. 234).

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ Idem (KANT. *A metafísica dos costumes*, p. 77-78).

¹⁰⁴ Idem (KANT. *A metafísica dos costumes*, p. 78).

Gomes¹⁰⁵ analisa a crítica direcionada a Kant neste particular, destacando uma característica importante no obra do filósofo, sendo esta a ligação entre a faculdade de coagir, que não se confunde com a coação real e efetiva, e o direito. Neste sentido, Gomes afirma que

As pessoas obedecem à ordem jurídica, muitas vezes, independentemente da imposição forçada da sanção jurídica. Kant está ciente disso e por isso mesmo não afirma ser a força sempre exercida (embora ela possa, às vezes, ser), mas ser sempre possível o uso da força. Mesmo quando o direito é cumprido espontaneamente, ainda assim está presente a coação (como possibilidade). Embora seja possibilidade, a coação atua no sujeito desde o momento de sua representação; por isso Kant usou o termo *coação*.¹⁰⁶

Neste sentido, a obediência a uma lei moral *pelo dever* seria verdadeiramente um agir pela virtude e, portanto, seriam espécies de leis que não admitiriam coação. Ora, se houvesse coação, não seria mais um dever moral, mas sim um dever de direito.

Kant exemplificou seu raciocínio afirmando que seria possível forçar (coação) alguém a fazer algo, mas que jamais seria possível forçar alguém a fazer algo “pelo dever”. Este sentimento é interno, pertence à intenção da própria pessoa. Ainda mais do que isso, o dever moral, ou dever de virtude, demandaria, necessariamente, o concurso da liberdade interior, na medida em que agir moralmente, pela virtude, também representaria vencer as próprias tendências naturais. Partindo do entendimento de que a *virtude seria a força das máximas do homem no cumprimento do seu dever*, Kant afirma que

Força de qualquer tipo pode ser reconhecida somente pelos obstáculos que pode superar, e, no caso da virtude, esses obstáculos são inclinações naturais que podem entrar em conflito com a resolução moral do ser humano; e visto que é o *próprio* homem que coloca esses obstáculos no caminho de suas máximas, a virtude não se limita a ser um autoconstrangimento (pois então uma inclinação natural poderia impulsionar para sobrepujar uma outra), mas é também um autoconstrangimento de acordo com um princípio de liberdade interior e, deste modo, através da mera representação do dever de cada um de acordo com sua lei formal.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Recentemente o autor teve sua nacionalidade italiana reconhecida, passando a se chamar Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno (N.A.).

¹⁰⁶ GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 135.

¹⁰⁷ Ob.Cit. (KANT. *A metafísica dos costumes*. p. 238).

Como visto anteriormente, a evolução deste raciocínio fazia com que Kant concluísse, por outro lado, que o direito deveria ter uma precisão matemática. A premissa era de que a lei estaria correta e, portanto, ao juiz demandaria exclusivamente aplicá-la, mediante a subsunção do fato à norma, sem maiores conjecturas. Os princípios de direito, por sua vez, residiriam todos na moral.

Não por outra razão, a ética kantiana é comumente relacionada ao juspositivismo, na medida em que esta escola de pensamento jurídico sustenta a supremacia, e mesmo a exclusividade, do direito constituído, positivado.

Radbruch também separa o direito da moral, mas o faz de modo bem diverso da filosofia kantiana. Ele parte afirmando que não se podem comparar grandezas diversas, asseverando que o direito é uma grandeza de cultura e que a moral é uma grandeza de valor.¹⁰⁸

Radbruch apresenta profunda crítica, inclusive, à distinção entre direito e moral pela expressão "*exterioridade do direito, interioridade da moral*". Formula seu entendimento, afirmando, inclusive, que nesta expressão são identificadas quatro significações diferentes.¹⁰⁹

A primeira destas significações partiria da ideia de que se imputaria à conduta externa a regulação pelo direito e, à conduta interna, a regulação exclusivamente moral. Todavia, Radbruch identifica situações nas quais esta proposição não se sustentaria

[...]a experiência jurídica conhece, sem dúvida, múltiplas condutas *internas* juridicamente relevantes, não só de maneira que a conduta interna correspondente seja decisiva para a qualificação jurídica de uma determinada conduta externa (por exemplo, tipos de culpa, boa-fé), como também, ocasionalmente, de modo que a conduta interna poderia por si mesma reclamar efeitos jurídicos; assim, quando a ameaça ao "bem-estar espiritual" de um menor pode conduzir à determinação de educação assistida pelo Estado, também o juízo moral, por sua vez, não se limita, unicamente, à ação interna; ao contrário, livra-se exatamente disso.¹¹⁰

O segundo apontamento tem relação com a antítese "exterioridade-interioridade" que, segundo Radbruch, pode apontar aos *sujeitos-fim* do direito e da moral, na medida em que

¹⁰⁸ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 56.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Idem* (RADBRUCH. *Filosofia do direito*, p. 57-58).

O valor jurídico qualifica uma ação como boa para a vida em comum; o valor moral, como simplesmente boa. O valor jurídico é o valor de uma ação para os outros ou para a totalidade dos outros; o valor moral é o valor de uma ação pura e simplesmente. [...] No âmbito do direito pode-se falar de “dever e culpabilidade”; o dever moral, porém, não significa culpabilidade, dever ante aquele que crê, mas pura e simplesmente dever.¹¹¹

Adiante, Radbruch esclarece, em terceiro lugar, que o *confronto entre exterioridade e interioridade parece afetar a diversidade dos seus modos de obrigação*. Também aqui o filósofo encontra pontos de inconsistência na proposição, especialmente no que tange a possibilidade de afetar estes *modos de obrigação*, ao afirmar que

Essa distinção está correta, mas incorreto é concebê-la como uma distinção dos modos de obrigação. Um dever para a mera legalidade é em si uma contradição, se se entende por dever uma relação de subordinação da vontade a uma norma – e uma outra determinação conceptual seria praticamente impossível. Se “deveres” de legalidade devam ser reconhecidos, então há de se falar de uma obrigatoriedade do corpo sem uma obrigação simultânea da vontade.¹¹²

E por este motivo, Radbruch lembra que em Kant o dever moral deve ser praticado exclusivamente pelo dever, não admitindo qualquer forma de coerção, sendo completamente diferente do direito, portanto, que admitiria diversas outras motivações

Moralidade e legalidade não significam, por conseguinte, uma diferenciação nos modos de obrigação, mas precisamente que só a norma moral tem na vontade um substrato obrigacional, enquanto o substrato do direito, a conduta, exclui por necessidade conceptual a obrigacionalidade.¹¹³

Por fim, Radbruch destaca que a busca pela exterioridade do direito em contraponto a interioridade da moral, foi apontada na diversidade de suas *fontes de validade*. Foca sua crítica, neste ponto, à vinculação do termo *heteronomia* ao direito – como uma vontade estranha aos submetidos a lei – e pelo termo *autonomia* à moral

¹¹¹ Idem (RADBRUCH. *Filosofia do direito*, p. 59-60).

¹¹² Idem (RADBRUCH. *Filosofia do direito*, p. 61-62).

¹¹³ Idem (RADBRUCH. *Filosofia do direito*, p. 62).

– como uma imposição pela própria personalidade moral. Nas suas próprias palavras, fica evidente que

Um querer (*Wollen*) pode produzir um dever (*Müssen*), quando a força de coagir o acompanha, mas jamais um dever ser (*Sollen*) – não um querer estranho, nem sequer um querer próprio. [...] E assim chega-se ao dilema: ou conceber o direito como vontade – mas então renuncia-se à fundamentação do que é devido (*Gesolltheit*), da sua força obrigante, da sua validade -, ou então considerar o direito como o devido (*gesollt*), o obrigante, o válido – mas, fundamentando autonomamente essa validade como exigência da própria personalidade moral dos submetidos ao direito.¹¹⁴

Radbruch encerra seu pensamento com duas proposições, partindo do reconhecimento de que a relação entre direito e moral reside no fato de que a moral é *fim* do direito e que, exatamente por isso, também seria o seu fundamento de validade, sendo elas a de que “*só a moral pode fundamentar a força obrigatória do direito*” e que “*a sanção do direito pela moral só é possível porque o direito, apesar de toda a diversidade possível do seu conteúdo, tem, no entanto, a moral como seu fim*”. Sua conclusão, portanto, é que

Desse modo, a relação entre moral e direito apresenta-se como uma fértil relação de tensão. Em princípio, o direito está tão alheio, tão diverso e provavelmente tão oposto à moral como está sempre o meio em relação ao fim, para, em seguida, participar finalmente como meio de realização valorativa moral, do valioso de seu fim, e, assim, já reservada a sua autolegalidade, ser acolhido pela moral.¹¹⁵

Veja-se, portanto, que a proposição original de Kant, ou seja, a de que necessariamente haveria uma dicotomia entre direito e moral e que um dever de uma natureza não se confundiria com outro de natureza diversa, parece estar superado, ao menos no que tange aos estudos mais atuais.

Direito e moral, nesta perspectiva, são conceitos que necessariamente se tocam, seja em que medida for, pois o conceito de moral idealizado por Kant se afasta da realidade do mundo prático. A virtude advinda da obediência a um dever moral, exclusivamente pela moral, é uma perspectiva utópica e que talvez ainda tenha assento nos estudos puramente filosóficos.

¹¹⁴ Idem. p. 65-66.

¹¹⁵ Ob.Cit. (RADBRUCH. *Filosofia do direito*. p. 59-60.)

A seara do direito, todavia, não cogita mais este conceito idealizado do humano, mas sim busca compatibilizar os diversos ideais de moral com a existência de um sistema que tenha a pretensão de ser justo para todos.

E é justamente a higidez deste sistema, ou seja, do sistema que tem a pretensão de aglutinar todos conceitos de moral em um único e que seja capaz de representar a vontade democrática, que se pretende preservar quando se critica o fenômeno do ativismo judicial.

2.6 A lei como síntese da justiça. O positivismo jurídico.

Pouco tempo após a revolução francesa, houve o período que ficou conhecido como o da Codificação, cujo traço marcante foi o direito passar à ser escrito. Nesse período ficaram registradas duas escolas de pensamento, a Escola Histórica, na Alemanha, e o Iluminismo.

Contemporaneamente, dois códigos foram elaborados, o da Prússia, de 1792 e o da França, mais conhecido por Código Napoleão, de 1804. Gomes apresenta um olhar analítico sobre o momento histórico em questão, esclarecendo que a própria evolução da legislação, assim considerada como fonte do direito na França pré-revolucionária, tenha sido uma das causas da codificação pós-revolucionária, posto que

Algumas *ordonnances* tiveram já presentes o caráter da codificação. [...] Portanto, além de ideal iluminista, a codificação era, também, um fato histórico pré-revolucionário. A lei evoluiu constantemente como a principal fonte do direito na Europa, e a codificação francesa foi o ponto de chegada desse movimento. [...] Embora as ideias iluministas tenham exercido influência no sentido da codificação, com a publicação, em 1804, do código, a doutrina francesa delas se afastou, para se firmar num sentido mais positivista.¹¹⁶

E prossegue Gomes, esclarecendo que do Código Napoleão (1804) nasce a chamada 'Escola da Exegese'. Esta 'escola', ou seja, esta identidade de raciocínios, tinha quatro características definidoras: a primeira preservava o entendimento de que a lei, o código, seria a fonte do direito por excelência. Das normas, portanto, exsurgiria o direito.¹¹⁷

¹¹⁶ Ob.Cit. (GOMES. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*, p. 170-171).

¹¹⁷ Idem (GOMES. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*, p. 171).

A segunda, adotava o princípio da separação dos poderes de forma hermética. O juiz deveria, quando da aplicação da lei, buscar a vontade do legislador. O código, portanto, não teria lacunas.¹¹⁸

A terceira reconheceria a “onipotência jurídica” do legislador, pois no Estado residiria o único fundamento e a única fonte do direito.¹¹⁹

A quarta propunha uma interpretação quase mecânica do direito. Em outras palavras, poderia ser representada pela adoção do chamado método dedutivo, ou dogmático, consistente na aplicação da técnica chamada de subsunção, aliás muito próxima do silogismo aristotélico, já referenciado.¹²⁰

Já quanto aos motivos que levaram ao surgimento da Escola da Exegese, Bobbio os agrupa em número de cinco. O primeiro seria o *próprio fato da codificação*, pois existindo um Código, a via mais simples seria procurar no próprio Código a solução para o conflito.¹²¹

O segundo seria a *mentalidade dos juristas*, que estaria ordenada pelo *princípio da autoridade*. Este princípio poderia ser sintetizado como *a vontade do legislador que pôs a norma jurídica*, ou seja, aos juristas basta atender ao disposto pela autoridade soberana.¹²²

Em terceiro plano viria a *doutrina da separação dos poderes*, pois caso contrário o juiz invadiria a esfera de competência do legislativo.¹²³

O quarto fator seria o *princípio da certeza do direito*, sendo que esta *certeza* só poderá existir caso persista alguma estabilidade no conjunto das leis.¹²⁴

Por fim, Bobbio apresenta o último elemento justificativo, ressaltando que de mesma importância que os demais, expresso na *natureza política*. Afirma Bobbio que o então regime napoleônico exerceu pressões sobre os estabelecimentos organizados de ensino superior de direito, *a fim de que fosse ensinado somente o direito positivo e se deixasse de lado as teorias gerais do direito e as concepções jusnaturalistas*.¹²⁵

Acerca da mudança da forma de pensamento do jurista antes e após a Escola da Exegese, Silva destaca que por muito tempo o hermeneuta do *direito comum*

¹¹⁸ Ibidem.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.

¹²¹ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p.78.

¹²² Idem. (BOBBIO. *O positivismo jurídico*. p.78-79.)

¹²³ Idem. (BOBBIO. *O positivismo jurídico*. p.79.)

¹²⁴ Idem. (BOBBIO. *O positivismo jurídico*. p.79-80.)

¹²⁵ Idem. (BOBBIO. *O positivismo jurídico*. p.81.)

conviveu com a produção deste direito por múltiplas fontes e mesmo com a existência de *centros de produção normativa* incertos (costumes, direito romano, direito canônico, etc.). A atividade denominada por *interpretativo*, portanto, que nada mais era do que combinar estas múltiplas fontes para a apuração do direito aplicável ao caso concreto, deixa de existir, pois, agora,

Os exegetas franceses assistem à passagem em ritmo revolucionário desse estado de coisas para a forma histórica do Estado constitucional e do seu direito codificado: vivem sob a vigência do primeiro grande código, promulgado pelo primeiro grande Estado nacional solidamente centralizado e monopolizador da produção do direito, um direito que o jurista não precisa mais identificar, mas simplesmente aplicar. O culto do texto legal, a atribuição de um caráter subalterno à jurisprudência, aos costumes e à doutrina são perfeitamente correlatos do postulado da primazia da lei e da vedação de “interpretar”.¹²⁶

Silva conclui seu raciocínio, estabelecendo que *ambas as coisas são reflexo da ideia de que o direito já está pronto, de que o papel do juiz não é criador, de que o problema que agora resta ao jurista é o da interpretação e aplicação do direito, e não mais o da sua identificação*.¹²⁷

Demonstrando a proposição de Silva acima, encontramos em Bobbio a pretensão de reduzir drasticamente a possibilidade de qualquer incerteza da norma jurídica, à partir de uma análise sob a perspectiva do ordenamento jurídico

[...] o que comumente chamamos de direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos que de certas normas. Se aceitarmos essa tese, o problema da definição do Direito se torna um problema de definição de um ordenamento normativo e, conseqüentemente, diferenciação entre este tipo de ordenamento normativo e um outro, não o de definição de um tipo de normas. Nesse caso, para definir a norma jurídica bastará dizer que a norma jurídica é aquele que pertence a um ordenamento jurídico, transferindo manifestamente o problema da determinação do significado de “jurídico” da norma para o ordenamento.¹²⁸

Bobbio vai ainda mais longe e sustenta que a sua proposição, a de manter o foco de análise no ordenamento e não na norma isoladamente considerada, poderia resolver o intrincado problema da validade e eficácia da norma jurídica

¹²⁶ SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Escola da Exegese*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord. Geral). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011. p. 146-149.

¹²⁷ Idem (SILVA). *Escola da Exegese*, p. 146-149).

¹²⁸ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997, p. 28.

A dificuldade se resolve, ainda nesse caso, deslocando-se a visão da norma singular para o ordenamento considerado em seu conjunto, e afirmando-se que a eficácia é um caráter constitutivo do Direito, mas só se com a expressão “Direito” for entendido que estamos nos referindo não à norma em particular, mas ao ordenamento. O problema da validade e da eficácia, que gera dificuldades insuperáveis desde que se considere uma norma do sistema (a qual pode ser válida sem ser eficaz) diminui se nos referirmos ao ordenamento jurídico, no qual a eficácia é o próprio fundamento de validade.¹²⁹

Ficou evidente, portanto, qual o caminho intelectual trilhado pela ciência do direito até a escola da exegese, como antecedente lógico do positivismo jurídico. A síntese do que vimos até este ponto, nesta perspectiva, parece novamente estar na separação entre os conceitos de *moral* e de *direito*.

Alexy sistematiza os pólos antagonistas desta proposição ao afirmar que o cerne da polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre o direito e a moral. Além disso, entretanto, afirma que ainda persistiriam duas posições fundamentais: a positivista e a não positivista. Prossegue Alexy afirmando que todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*, no sentido de afirmar que a moral não integrará o conceito de direito.¹³⁰

Por isso, sustenta Alexy, os positivistas apresentariam sua definição de direito baseados em somente dois elementos: a legalidade conforme o ordenamento, ou dotada de autoridade, e a eficácia social. O pólo antagonista, ou seja, os não positivistas, defenderiam a *tese da vinculação*, que reconhece a necessidade de elementos morais, como a correção quanto ao conteúdo.¹³¹

E neste momento, vale enveredar pelo estudo das obras de Kelsen¹³² e Hart¹³³, como expoentes do tema que se pretende investigar.

Kelsen e Hart apresentam teorias muito similares, que se constituem, à primeira vista, um modelo exclusivamente de direito positivo, assim compreendido como um sistema de regras herméticas.

É pontuado ‘à primeira vista’, pois ambos os juristas reconheceram a possibilidade de haver variação gradual na determinação do comando normativo. Em outras palavras, foi admitido que determinadas normas poderiam ter um grau maior

¹²⁹ Idem (BOBBIO. *Teoria do ordenamento jurídico*, p. 29).

¹³⁰ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 03-05.

¹³¹ Ibidem.

¹³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

¹³³ HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. UK: Clarendon Press – Oxford, 1991.

de indeterminação, ocasionando uma lacuna à ser preenchida posteriormente pelo julgador.

Em Kelsen era chamada de *norma de generalidade indeterminada*¹³⁴ e em Hart essa indeterminação era chamada de *textura aberta da norma*, sendo, inclusive, identificada tanto na norma legal quanto nos precedentes, estes dois modelos como os *standards* regulatórios nos países de tradição na *commom law*.¹³⁵

Kelsen propõe que quando se confrontam os objetos que são apontados como “direito”, a resultante será que todos (os objetos) se apresentarão como *ordens de conduta humana* e, à partir daí passa a explicar que

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é [...] uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertencente a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.¹³⁶

Esta proposição de Kelsen, ou seja, a de que uma ordem normativa deve ser entendida como um sistema de normas e que todas estas normas têm o mesmo fundamento de validade, por ele denominado por *norma fundamental*, é a chave de toda a sua teoria.

Digno de nota, por oportuno, que este raciocínio, ou seja, a existência de um fundamento de validade único para todas as normas do sistema, é a base para todas as teorias de controle de constitucionalidade que influenciaram o direito brasileiro e que são a gênese da intelectualidade que culminou na criação do fenômeno do ativismo judicial.

Não se pode ignorar, todavia, que é justamente sobre a *norma fundamental* que repousa a crítica muito comumente atribuída à obra de Kelsen, na medida em que constituiria, nas palavras de Salgado, *quase um desdito transcendental* dentro de sua própria teoria das normas

¹³⁴ Ob.Cit. (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*.).

¹³⁵ Ob.Cit. (HART. *The concept of law*, p. 124). “Whichever device, precedent or legislation, is chosen for the communication of standards of behavior, these, however smoothly they work over the great mass of ordinary cases, will, at some point where their application is in question, prove indeterminate; they will have what has been termed the *open texture*.”

¹³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p.57.

Em Kelsen, a pretensão de dar acabamento metodológico e temático à Ciência do Direito, pela redução do seu objeto à norma jurídica positiva e pela justificação intra-sistemática através da validade formal última dada pela norma fundamental, constitui uma questão-tormento do seu projeto científico, revelada na *Teoria Geral das Normas*. [...] Com efeito, a norma fundamental desestabilizou o seu sistema e, a par de várias dificuldades na sua sustentação, impôs-lhe um desdido (contradição) irremovível: ter de inserir no sistema positivo uma norma não posta, não lhe valendo o esforço para justificá-la como exigência lógica ou como analógica ao postulado da matemática, já que o direito é concebido como sistema de normas empiricamente postas.¹³⁷

Tratando do mesma problemática e considerando que a concepção de Kelsen sobre a questão das normas como exigências justificadas, giram em torno da identificação do conceito de norma fundamental, Raz propõe uma saída interpretativa, na qual não rejeita e nem concorda integralmente com a proposta kelseniana

A saída desta confusão está em rejeitar a identificação da validade de uma norma com a sua justificação [...]. como sugeri, pode-se ir além e considerar o fato de que algumas normas jurídicas estão normalmente entre as condições de existência de outras normas, não como justificação destas, mas apenas por fornecerem uma maneira possível de oferecer tal justificação.¹³⁸

Gomes, por outro lado, e ainda que acompanhado de menor número, se posiciona em defesa da coerência da norma fundamental, mesmo que em cotejo com a proposição da teoria do direito kelseniana. Após analisar as obras “Teoria geral das normas” e “Teoria pura do direito”, Gomes conclui que em ambas as obras Kelsen pressupõe a *norma fundamental*. Na primeira é pressuposta como ficção e, na segunda, como hipótese

Pressuposição e hipótese não são, portanto, como quer García Amado, sinônimos. Aquela significa ser a norma pensada; esta significa ser a norma pensada sem a consciência de que ela não corresponde à realidade. A ficção significa ser a norma pensada com a consciência de que não existe uma autoridade que a põe. Logo, pressuposição e ficção não se excluem: a norma fundamental foi pressuposta como hipótese e pressuposta como ficção. A norma fundamental é, como pressuposição fictícia (*Teoria Geral das Normas*), ao mesmo tempo, uma pressuposição (norma pensada) e uma ficção (contraditória à realidade e em si mesma).¹³⁹

¹³⁷ SALGADO, Joaquim Carlos. Prefácio in GOMES. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*.

¹³⁸ RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Trad. Maria Cecília Alemida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 181.

¹³⁹ Ob.Cit. (GOMES. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. p. 253-254.)

E um pouco adiante, mais especificamente quanto a transcendentalidade da norma fundamental, prossegue Gomes

Além disso, a norma fundamental não pode ser considerada norma transcendente (metafísica), pois é pressuposta a partir da experiência. Só pode ser considerada transcendente, assim como a liberdade em Kant, no sentido de que ela não corresponde um objeto da experiência, isto é, norma positiva. A norma fundamental é norma pensada, pressuposta a partir da experiência (direito positivo), tornando possível o direito. [...] Mas isso não implica que norma a fundamental seja uma norma transcendental: Kelsen não pode aceitar um pressuposto que independa da experiência, como faz Kant ao pensar a liberdade, pois sua teoria, por ser positivista, está vinculada à experiência.¹⁴⁰

Caetano, por sua vez, chega a apontar a norma fundamental como *condição lógico-transcendental* da possibilidade de conhecimento do direito na ótica kelseniana, quando afirma que Kelsen

[...]concebeu sua *Teoria Pura do Direito* com base na diferenciação proposta por Kant entre sujeito e objeto do conhecimento e na distinção Ser/Dever-Ser, em que o Direito situa-se na categoria do dever-ser, sendo pois uma ciência exclusivamente normativa ou pura. Nesse Sentido, as normas são prescrições do dever-ser. Kelsen não realizou apenas uma simples transposição da filosofia kantiana ao direito, mas sim fez incidir a teoria do conhecimento formulada por Kant sobre o direito e seu objeto, com o intuito de formular uma teoria com a mais clara e elucidativa conceituação de direito frente às demais ciências.¹⁴¹

Além disso, Caetano chega a apontar que na ótica kelseniana, a norma fundamental figura como *condição lógico-transcendental* da possibilidade de conhecimento do direito. E mais, que teria sido concebida em analogia com as categorias *a priori* da *Crítica da Razão Pura*.¹⁴²

Finalizando o aspecto que se queria evidenciar neste particular, ou seja, a existência de estudiosos que defendem a coerência da proposição kelseniana, Gomes afirma que

Por um lado, a pressuposição da norma fundamental é coerente com a postura adotada na obra de Kelsen. O positivismo caracteriza-se justamente por negar, como já notado, qualquer resposta que transcenda a experiência (metafísica). Nesse sentido, Kelsen jamais acataria, como não o fez, a solução de uma norma oriunda da natureza ou de uma vontade divina. Embora seja uma norma transcendente (no

¹⁴⁰ Idem (GOMES. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. p. 275-276.)

¹⁴¹ CAETANO, Cristiane Nunes. *Neokantismo*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord. Geral). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011. p. 285-289.

¹⁴² Idem. (CAETANO. *Neokantismo*, p. 285-289.)

sentido já estudado), a norma fundamental não pode ser considerada norma metafísica, pois é condição de existência do direito posto (empírico), pressuposta com base nesse direito posto.¹⁴³

Dessa forma, evidenciado o caminhar jurídico-filosófico até se chegar a escola positivista, é prudente encerrar este capítulo, que declaradamente se dedicou ao estudo da matriz filosófica subjacente às teorias do direito que buscam, em última análise, efetivar a justiça.

Resta-nos, em prosseguimento, verificar a evolução que daí se originou, culminando com as chamadas *teorias da argumentação jurídica*, o que será feito no capítulo seguinte.

¹⁴³ Ob.Cit. (GOMES. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. p. 282).

3 DUAS TEORIAS DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA. ALEXY E DWORKIN.

3.1 Contemporaneidade entre Alexy e Dworkin.

A evolução do direito constitucional no Brasil tem caminhado a passos largos nas últimas décadas, o que vem contribuindo para a evolução de uma doutrina constitucional cada vez mais influenciada pela tradição jurídica brasileira.

Não só isso, entretanto, pois a influência do constitucionalismo, forte na teoria dos direitos fundamentais, tem espreado uma concepção principiológica por todos os demais ramos do direito.

Com efeito, pode-se dizer que a efetividade dos direitos fundamentais tem sido o norte perseguido pelo direito enquanto ciência, na medida em que as garantias fundamentais do indivíduo são conquistas do homem, absolutamente inalienáveis por qualquer sociedade que se pretenda democrática.

Como alerta Viehweg, entretanto, é sabido que o direito corresponde a uma unidade sistêmica antecipada e que como tal deve ser entendido. O problema que se coloca é até que ponto essa unidade pode ser preservada, ou, em suas palavras, *‘não se pode dizer com suficiente precisão onde se encontram, em geral, em nosso ordenamento jurídico as séries de fundamento, de maior amplitude e qual o grau de perfeição que tem alcançado’*. A consequência disso, segundo Viehweg, é que

[...] não é possível tam pouco determinar de um modo irrefutável o valor lógico de uma proposição qualquer dentro do contexto jurídico geral. Só se pode conhecer por suposições em que medida uma proposição qualquer está assegurando sistematicamente, i.e., até que ponto está protegida diante de possíveis colisões. Portanto, o seu valor lógico se determina conforme o alcance e o grau de perfeição do conjunto argumentativo em que como axioma ou [algo] derivado, não é completamente conhecido.¹⁴⁴

E é justamente por isso que o exercício do direito se verifica nos diversos sistemas argumentativos existentes, como forma de resolver os conflitos exurgidos das relações sociais.

¹⁴⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. 5 ed. alemã., rev., atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 86-87.

Nesta seara de conflitos hipotéticos, nos interessa pensar nas hipóteses nas quais os mencionados direitos fundamentais podem se antagonizar diante de uma situação concreta, inclusive podendo se projetar em rota de colisão uns com os outros.

Neste sentido, a presente pesquisa se deterá sobre os ensinamentos de Alexy e Dworkin, como representativos de diversos estudos hoje existentes na literatura jurídica brasileira.

À partir da década de setenta do século passado, há um salto na pesquisa sobre o tema no âmbito do direito, com grande contribuição de Alexy¹⁴⁵ e Dworkin¹⁴⁶, bem como no campo filosófico, especialmente (para o presente caso) com a contribuição de Habermas¹⁴⁷ para a filosofia da linguagem.

Em Dworkin, identifica-se uma ácida crítica ao positivismo jurídico, que inclusive é pessoalizada na figura de Hart¹⁴⁸, sendo esta crítica sustentada por dois paradigmas. O primeiro é de que o positivismo jurídico é um modelo de regras, para regras e que ignoraria a existência de princípios.¹⁴⁹ A segunda é que o modelo de regras, proposto pelo positivismo jurídico, levou os adeptos desta linha de pensamento à defenderem o poder discricionário do julgador.¹⁵⁰

Dworkin propõe o direito como um modelo de regras e de princípios. Regras obedeceriam ao padrão tudo ou nada, *all or nothing*, não admitindo exceções, exceto se previstas. Princípios seriam *prima facie*, poderiam ser compatibilizados entre si, sem que necessariamente um deles tivesse que ser afastado.¹⁵¹

Alexy utiliza a expressão *mandamentos de otimização*, e essa é precisamente a grande diferença, neste particular, da obra de ambos. Mandamentos de otimização, segundo Alexy, são *caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e*

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹⁴⁶ DWORKIN. *Taking rights seriously*. USA: Harvard University Press – Cambridge, Massachusetts, 1977.

¹⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

¹⁴⁸ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 22.) “I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart’s version as a target, when a particular target is needed”.

¹⁴⁹ Ibidem. “Positivism, I shall argue, is a model of and for a system of rules, and its central notion of a single fundamental test for law forces us to miss the important roles of these Standards that are not rules.” (DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*.)

¹⁵⁰ Idem, p. 17. “(b) The set of these valid legal rules is exhaustive of ‘the law’, so that if someone’s case is not clearly covered by such a rule (because there is none that seems appropriate, or those that seem appropriate are vague, or for some other reason) then that case cannot be decided by ‘applying the law’. It must be decided by some official, like a judge, ‘exercising his discretion’, which means reaching beyond the law for some other sort of standard to guide him in manufacturing a fresh legal rule or supplementing an old one.” (DWORKIN. *Taking rights seriously*.)

¹⁵¹ Idem, p. 22 e ss. (DWORKIN. *Taking rights seriously*.)

*pele fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.*¹⁵²

Este modelo de regras e de princípios é adotado pela literatura brasileira e parece ser possível ousar afirmar que se não é unânime, tangencia a unanimidade. Além disso tem sido utilizado como pressuposto lógico em diversas obras jurídicas, mesmo naquelas cujo foco são hipóteses específicas de direito positivado. Veja-se que em Grau há uma fundamentação, com pretensão de pressuposto lógico, para responder uma consulta acerca da lei de licitações

Norma jurídica, pois é gênero no qual se incluem, como espécies, as regras e os princípios gerais do direito. Esta última expressão abrange tanto os princípios positivados (ou positivos) quanto os princípios gerais de cada direito, após sua “descoberta” no ordenamento jurídico, no que designo direito pressuposto.

Note-se que o não discernimento da circunstância de *norma jurídica* ser o gênero, do qual espécies são as *regras* e os *princípios gerais de direito*, é que conduz o estudioso do direito a, equivocadamente, equiparar regra e norma jurídica – o que torna hermético o tema dos princípios jurídicos.¹⁵³

E partindo da ideia de que as regras são concreções dos princípios, Grau vai além e afirma que *quando em um determinado direito apareçam formuladas como preceito escrito (positivado) apenas regras que estejam a dar concreção a um certo princípio, ainda assim cumprirá reconhecermos que esse princípio pertence a esse direito.*¹⁵⁴

O fato é, retomando o raciocínio, que a questão da discricionariedade do julgador permanece presente, em alguma medida, em todos os modelos acima enunciados, jurídicos ou filosóficos. Ora, na medida em que se admite não só a existência de mandamentos de conteúdo indeterminado, mas que se admite também que estes mandamentos sejam “norma jurídica”, certamente se delegará ao julgador estabelecer os limites de sua incidência.

Propostas de como solucionar a discricionariedade e mesmo de não solucioná-la, por entender que ela necessariamente estaria presente, foram apresentadas, sem que a questão fosse solucionada de forma exauriente.

¹⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

¹⁵³ GRAU, Eros Roberto. *Licitações e contratos administrativos: estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 16.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

A proposta de Alexy, que veremos adiante, se apresenta como uma alternativa para minimizar o problema. Na sua formulação, para cada proposição é apresentado um modelo, uma equação matemática.

A proposta de Dworkin, por sua vez, que também será vista adiante, é apresentada como uma alternativa para solucionar o problema. Na sua formulação, é apresentada a figura do “juiz Hércules”, que seria o magistrado com poderes sobre-humanos capaz de dar a resposta perfeita para os casos que lhes fossem apresentados.

A saída apresentada por Alexy – que tem a pretensão de resolver somente parte do problema – é a utilização da matemática.

A saída apresentada por Dworkin – que tem a pretensão de solucionar todo o problema – é a utilização de um magistrado com poderes mitológicos.

3.2 O ponto de separação das teorias

Como visto anteriormente, Alexy utiliza a expressão *não positivista* para estabelecer que o fato de alguém discordar do positivismo jurídico não quer dizer, necessariamente, que se filie à escola de pensamento antagonista, o jusnaturalismo.¹⁵⁵

Para Alexy, a aplicação do direito depende do prévio estabelecimento de um conceito de direito. Quando estabelece o seu, enquanto não positivista, o faz de acordo com três premissas. A primeira é de que para o estabelecimento de um conceito de direito faz-se necessário se posicionar acerca da relação entre o direito e a moral. Neste particular, Alexy entende que não existe necessariamente uma conexão ou uma desvinculação. A conexão entre ambos pode existir.¹⁵⁶

Ao refinar o argumento, estabelece que o direito decorre da moral e que a preservação do direito constituído é um corolário da segurança jurídica, sendo esta sua primeira característica. Escorado na fórmula de Radbruch¹⁵⁷, Alexy reconhece

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 03-05.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica pode ser resolvido da seguinte maneira: o direito positivo, assegurado por seu estatuto e por seu poder, tem prioridade mesmo quando, do ponto de vista do conteúdo, for injusto e não atender a uma finalidade, a não ser que a contradição entre a lei positiva e a justiça atinja um grau tão insustentável que a lei, como ‘direito incorreto’, deva ceder lugar à justiça”. (RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 1973, p.345, *apud* ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.34.)

uma única hipótese na qual o direito perderia sua legitimidade, o que ocorreria quando se verificasse uma injustiça extrema, prevalecendo a moral, portanto.

Vale aqui um parêntese, para pontuar que a fórmula de Radbruch tem profunda influência no chamado postulado da *proibição do excesso*, que como observado por Ávila, às vezes é denominado pelo Supremo Tribunal Federal como uma das facetas do princípio da proporcionalidade

A proibição de excesso está presente em qualquer contexto em que um direito fundamental esteja sendo restringido. Por isso, deve ser investigada separadamente do postulado da proporcionalidade: sua aplicação não pressupõe a existência de uma relação de causalidade entre um meio e um fim. O postulado da proibição de excesso depende, unicamente, de estar um direito fundamental sendo excessivamente restringido.

A realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.¹⁵⁸

Voltando a Alexy, a segunda característica seria a finalidade do direito e a terceira a segurança jurídica. As duas primeiras estariam na dimensão ideal do direito e a terceira na dimensão factual.

Partindo da ideia de que existem vários conceitos de moral e de que o conceito é extremamente subjetivo, Alexy propõe que talvez seja possível encontrar, na relativização das diversas morais, alguns pontos de objetividade.

O elemento diferenciador para a elaboração do conceito de direito, na perspectiva não positivista, é a chamada *correção material*, que se juntaria aos outros dois também previstos pelo positivismo, ou seja, a *legalidade conforme o ordenamento* e a *eficácia social*.¹⁵⁹

Alexy pressupõe a necessidade desta chamada *pretensão de correção*, sendo esta pretensão precisamente o elemento que retira o direito de uma dimensão ideal e o transporta para uma dimensão factual

O argumento de correção [...] afirma que tanto as normas e decisões jurídicas individuais quanto os sistemas jurídicos como um todo formulam necessariamente uma pretensão de correção. Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos. Nesse sentido [...] tem uma relevância classificadora. Do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão, mas não a satisfazem são defeituosos. Nesse aspecto [...] tem uma relevância qualificadora.¹⁶⁰

¹⁵⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157-158.

¹⁵⁹ Ob.Cit. (ALEXY. *Conceito e validade do direito*. p. 15.)

¹⁶⁰ Idem, p. 43. (ALEXY. *Conceito e validade do direito*. p. 15.)

Fica evidente, portanto, que é precisamente nessa mudança de dimensão do conceito de direito que se identifica sua união com a moral.

Como esclarecido anteriormente, o discurso prático racional geral é a base filosófica na qual Alexy desenvolve sua teoria da argumentação jurídica e, portanto, era de se esperar que seu conceito de direito, que lhe é posterior, levasse em conta a argumentação utilizada em sua fundamentação.

Nesta perspectiva, ao formular o seu conceito de direito, Alexy o estabelece com base em três elementos bem definidos

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apóia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.¹⁶¹

E aproveitando o tema da argumentação prática em geral, antes referenciada, vale esclarecer que a diferença, portanto, entre a argumentação prática em geral e a argumentação jurídica reside no ponto de que esta última está vinculada ao direito positivo.

Nesta perspectiva, é possível dizer que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, constituindo uma relação de gênero e espécie. O que diferencia a argumentação jurídica da argumentação prática, portanto, é sua vinculação ao direito positivo.

Ingressando na mencionada teoria da argumentação jurídica, já citada algumas vezes, faz-se necessário pontuar que tem como uma de suas bases filosóficas o conceito de situação ideal de fala, proposto por Habermas, e que não se confunde com um mero consenso entre as partes. Trata-se de um sistema encadeado de regras que levam à melhor solução para o caso em discussão. Suas características são a universalidade dos participantes, a ausência de coação, a igualdade de todos os participantes, o conhecimento de causa, o tempo ilimitado e o compromisso de todos os participantes com a correção, a verdade e a busca para a melhor solução.

¹⁶¹ Ibidem. (ALEXY. *Conceito e validade do direito*. p. 15.)

Além disso, Alexy propõe a criação de um critério de racionalidade, mesmo que este critério não conduza sempre para a mesma solução.

Esta proposição advém da crítica ao método lógico-dedutivo antes referenciado, e é fundamentada em quatro motivos, que redundarão em critérios: (i) a imprecisão da linguagem no direito (generalidade), (ii) a possibilidade de existência de leis conflitantes (conflito de normas), (iii) a possibilidade de casos não encontrarem regulamentação jurídica adequada (lacunas na lei) e, por fim, (iv) a possibilidade de existir, em casos especiais, uma decisão que contrarie a literalidade da norma (*contra legem*).¹⁶²

Tempos depois, Alexy formula sua teoria dos princípios, na qual reconhece a existência destas proposições como direito, reconhece sua importância e elabora um método de solução para eventual conflito entre eles.¹⁶³

Neste ponto, faz-se necessário trazer à lume novamente a obra de Dworkin, na medida em que ambos, ele e Alexy, tiveram contribuição ímpar para a ciência jurídica neste particular.

O próprio Alexy reconhece expressamente que sua proposta de solução para os conflitos entre princípios *assemelha-se à proposta por Dworkin, mas dela difere em um ponto decisivo: a caracterização dos princípios como mandamentos de otimização*.¹⁶⁴

Os pontos nos quais ela se assemelha à proposta de Dworkin, portanto, pode-se identificar nas passagens nas quais o americano afirma a existência de dois tipos de padrões, *standards*, regras e princípios. Princípios como padrões *prima facie* (*all things considered*), e regras são padrões tudo ou nada (*all or nothing*), os primeiros admitiriam exceções e, ainda assim, continuariam válidos, enquanto os segundos não admitiriam exceções, conforme já dito.

As regras gravitariam numa dimensão de validade, enquanto os princípios estariam numa dimensão de peso (*dimension of weight or importance*).¹⁶⁵

Sendo os princípios esta espécie de norma dotada de grande generalidade, a consequência na prática será o tangenciamento entre eles e, em alguns casos, a sua

¹⁶² Ob.Cit. (ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. p.19-20.)

¹⁶³ Ob.Cit. (ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 90).

¹⁶⁴ Ob.Cit. (ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 91).

¹⁶⁵ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 26)

aparente colisão. Aliás, é precisamente no choque que Dworkin afirma poder ser melhor visualizada a diferença entre regra e princípio.¹⁶⁶

Alexy, portanto, chama esta proposição de Dworkin de “teorema da colisão”.¹⁶⁷ Dworkin afirma, ao analisar este “choque”, que a validade de um princípio não invalidaria a de outro. Diferentemente, entretanto, estariam as regras, na medida em que ou a validade de uma implicaria a invalidade de outra, ou permitiria listar exceções. Apesar de reconhecer a possibilidade de existirem tais exceções, Dworkin afirma que estas serão tão especiais que poderão ser enumeradas.¹⁶⁸

E é precisamente neste ponto que Alexy passa à contestá-lo, na medida em que considera que estas exceções não são quantificáveis

Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decore da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio. Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção.¹⁶⁹

Para estreitar o âmbito da discussão, vale considerar que Dworkin utilizou um critério qualitativo para a análise da generalidade nos princípios. Alexy concorda com Dworkin neste particular, afastando o critério quantitativo, mas propõe um outro critério qualitativo.

Na ótica de Alexy, princípios são mandamentos de otimização, configuram um dever-ser ideal, enquanto regras são mandamentos definitivos, configurando um dever-ser real.

Veja-se, mais uma vez, que toda a evolução científica do tema orbita a discussão sobre conceitos de direito e de moral, sua intersecção ou não e os reflexos no mundo fenomenológico.

Da mesma forma, saber se a realização de justiça se esgota na edição de uma lei pela autoridade competente, ou se máximas do comportamento considerado

¹⁶⁶ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 22 ss)

¹⁶⁷ Ob.Cit. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p. 92-103.)

¹⁶⁸ Ob.Cit. “The rule might have exceptions, but if it does then it is inaccurate and incomplete to state the rule so simply, without enumerating the exceptions. In theory, at least, the exceptions could all be listed, and the more of them that are, the more complete is the statement of the rule.” (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 25)

¹⁶⁹ Ob.Cit. (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. p.104.)

adequado devem ser a bússola para a aplicação da lei, são indagações que ainda estimulam o pensamento jus-filosófico.

Em um ou em outro caso, o pano de fundo no aspecto pragmático é saber o quanto de poder será relegado ao julgador para dirimir o conflito de interesses, ou seja, qual a medida da discricionariedade conferida ao homem investido da autoridade de estado-juiz.

E saber qual o limite da discricionariedade relegada ao julgador, é muito importante para se investigar a legitimidade, e mesmo a legalidade, do ativismo judicial, assim entendido como aquele praticado sob o guarda-chuva da carência de efetividade dos direitos fundamentais.

O grande contributo de Alexy e de Dworkin, portanto, está no reconhecimento de se fazer necessária a formulação de uma ‘teoria de interpretação’, de molde à dar sustentação à qualquer teoria de direito que se apresente à prova. Dworkin sustenta que em sua teoria não haveria mais poder discricionário do juiz, enquanto Alexy promete um teorema que se apresenta como minimizador desta discricionariedade. Saber se um ou se outro efetivamente alcançou seus objetivos, é tema para outro estudo.

3.3 A proposta de Dworkin

Consoante visto anteriormente, Dworkin apresenta uma visão particular acerca do que seria um modelo de regra e de princípios, visão esta que viria a inspirar toda uma geração de estudiosos. Como também já referenciado, para formular sua teoria, Dworkin escolheu, como via argumentativa, o ataque a escola do positivismo jurídico, a pessoalizando em Hart.

Vale abrir um parêntese para esclarecer que este pensamento de Dworkin foi originalmente publicado na forma de artigo – *The model of rules* - e só posteriormente incluído na obra referenciada no presente trabalho (*Taking rights seriously*). Quando o livro foi finalmente editado, portanto, Dworkin teve a oportunidade de rebater as críticas que surgiram após a publicação do referido *papper*, tendo optado por incluir o numeral ‘I’ em seu título, nomeando a resposta (capítulo ‘3’ do livro) como ‘*The model of rules II*’.¹⁷⁰

¹⁷⁰ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*.)

Dworkin menciona que recebeu diversas respostas a seu artigo, utilizando como referência qualificada um artigo publicado por Raz, intitulado '*Legal principles and the limits of Law*'.¹⁷¹

Dworkin afirma que Raz se baseia em cinco pontos para se opor a sua teoria: (i) não teria ficado claro se Dworkin teria apresentado algo que não fosse apenas uma pequena emenda ao positivismo jurídico; (ii) o argumento de Dworkin contra a 'teoria da discricionariedade' partiria da premissa de que alguns princípios teriam força de lei e outros não, o que só seria comprovado se houvesse um teste prévio para saber quais ostentariam esta qualidade; (iii) existiria contradição entre o teste da '*estrutura institucional*' com a afirmação de que o teste final para identificação dos princípios não poderia ser encontrado; (iv) o argumento de que os juízes não deteriam discricionariedade para analisar princípios, teria ignorado o fato de que às vezes os juízes são forçados a decidir discricionariamente acerca tanto da aplicação do princípio, como quanto à medida desta aplicação, e; (v) a diferença entre regras e princípios proposta por Dworkin, e que parecia sustentar o seu argumento, não resistiria a críticas.¹⁷²

Dworkin prefere dissertar sobre o tema novamente, não enfrentando pontualmente as críticas que ele mesmo havia optado por segregar em grupo de cinco. Inicia seu texto, portanto, afirmando que Hart teria criado um sistema de '*regras sociais*', que inspirariam a atuação dos juízes e que, portanto, seriam mais legítimos, com maior força normativa do que as regras impostas pela lei.¹⁷³

¹⁷¹ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 46) "A number of lawyers have been kind enough to reply to my argument; an article by Dr. Raz is a distinguished example."

¹⁷² Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 46-47) "The chief points made against my argument seem to be these. (i) It is not clear, it is said, that my thesis really involves anything more than an amendment to the positivist's doctrine. If one reads carefully the work of Professor H. L. A. Hart, whose work I took to be the clearest example of a positivist theory, one will see that his theory is able to include my conclusions with only minor amendment. (ii) It is said that my own arguments are inconsistent in this way: my argument against the theory of discretion supposes that in fact some principles do and some principles do not count as law, but if this is so then there must be a test for law of just the sort that I deny. (iii) The arguments I make, moreover, suggest the form of this ultimate test. I said that judges identify principles at least in part by reference to the role that these principles have played in previous legal argument, and this kind of test, which I described as a test of 'institutional structure', can supply the ultimate test for principles that I say cannot be found. (iv) My argument that judges do not have discretion in the matter of principles ignores the fact that judges may sometimes be *forced* to exercise discretion by virtue of the fact that it is not plain which principles count and for how much. (v) The distinction between rules and principles, on which my argument seems to depend, is in fact untenable."

¹⁷³ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 48-58) "Judgments of duty are commonly much stronger than judgments simply about what one ought to do. [...] The law does not simply state what private citizens ought or ought not to do; it provides what they have a duty to do or no right to do. [...] The existence of the social rule, and therefore the existence of the duty, is simply a matter of fact."

Além disso, Dworkin sustenta que por essa teoria o juiz, mesmo quando decidisse escudado na lei, estaria decidindo conforme o seu sentimento pessoal de adequação a uma ‘*regra social*’ existente

A diferença entre a declaração de uma regra social e a declaração de uma regra legal, então, não é a diferença do tipo de regra que é estabelecida, mas sim uma diferença de atitude em direção à regra social que se quer afirmar. Quando um juiz se socorre de uma regra que os legisladores estabeleceram como direito, ele se utiliza de um ponto de vista interno que direciona para a regra social; o que ele diz é verdade, porque adequado a uma prática social existente, mas ele vai além de simplesmente dizer que isto é assim. Ele sinaliza sua disposição em considerar a prática social como justificativa para assim proceder.¹⁷⁴

Contudo, Dworkin aponta uma crítica à teoria da regra social, indicando que ela só seria possível em casos nos quais estivéssemos diante de um padrão de moralidade. O enfraquecimento da teoria ocorreria nas hipóteses nas quais o conceito de moral não fosse único.¹⁷⁵

E prossegue Dworkin se opondo ao pensamento de Hart, sem que os argumentos apresentados neste particular tenham pertinência com o objetivo do presente estudo.

O que é aderente a presente pesquisa, por outro lado, é a proposição de Dworkin para solução dos “casos difíceis”.

Dworkin propõe que mesmo quando não houver regra que disponha especificamente sobre o caso, ainda assim será possível que nenhuma das partes tenha direito a vencer o processo judicial. Dworkin adverte que existem questões sobre as quais juízes e advogados devem se posicionar, mas que não serão capazes de chegarem à mesma solução.¹⁷⁶

Conforme Dworkin, juízes não são nem deveriam ser legisladores, especialmente porque estes últimos agiriam de acordo com argumentos políticos,

¹⁷⁴ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 51) “The difference between a statement of a social rule and a statement of a normative rule, then, is not a difference in the type of rule each asserts, but rather a difference in the attitude each displays towards the social rule it does assert. When a judge appeals to the rule that whatever the legislature enacts is law, he is taking an internal point of view towards a social rule; what he says is true because a social practice to that effect exists, but he goes beyond simply saying that this is so. He signals his disposition to regard the social practice as a justification for his conforming to it.”

¹⁷⁵ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 53) “The social rule theory must be weakened so as to apply only to cases of conventional morality. In cases of concurrent morality, like the lying case, the practice-conditions Hart describes would be met.”

¹⁷⁶ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 81) “I shall argue that even when no settled rule disposes of the case, one party may nevertheless have a right to win. [...] This chapter describes the questions that judges and lawyers must put to themselves, but it does not guarantee that they will all give these questions the same answer.”

enquanto os juízes utilizariam argumentos de princípios. Apesar disso, sustenta que um argumento de princípio poderia justificar uma decisão política, ao demonstrar que esta decisão respeitaria ou asseguraria o direito de um indivíduo, ou mesmo de um grupo específico.¹⁷⁷

Prossegue Dworkin em seu raciocínio, afirmando que se o julgamento tivesse que se debruçar sobre um caso difícil, ou seja, sobre aquele em que não houvesse regra que dissesse o caminho para a solução, então seria possível julgar tanto por um argumento de princípio quanto por um argumento político.¹⁷⁸

Prossegue Dworkin, enfrentando três problemas que identifica como necessários à demonstração de sua tese. O primeiro deles repousa (a) na necessidade de diferenciar com maior clareza direitos individuais e objetivos sociais; o segundo (b) é identificado no papel dos precedentes e do histórico institucional na decisão dos casos difíceis, e; por fim (c) a necessidade dos juízes, por vezes, fazer julgamentos de moralidade política, a fim de decidir quais são os direitos legais dos litigantes, o que faria com que a tese fosse, portanto, considerada aberta para o desafio à originalidade judicial.¹⁷⁹

Logo em seguida, Dworkin deixa claro que em sua visão *argumentos de princípio são voltados para estabelecer um direito individual* enquanto os *argumentos políticos são voltados para o estabelecimento de objetivos coletivos*¹⁸⁰ e considera, adiante, que objetivos coletivos poderiam encorajar acordos de trocas de benefícios e encargos dentro de uma comunidade, no sentido de subtrair determinado direito individual, bastando demonstrar o benefício auferido por toda esta coletividade.¹⁸¹

¹⁷⁷ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 82) “In fact, however, judges neither should be nor are deputy legislators, and the familiar assumption, that when they go beyond political decisions already made by someone else they are legislating, is misleading. [...] Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group right.”

¹⁷⁸ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 83) “But if the case at hand is a hard case, when no settled rule dictates a decision either way, then it might seem that a proper decision could be generated by either way, then it might seem that a proper decision could be generated by either policy or principle.”

¹⁷⁹ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 89-90) “It relies, first, on a general distinction between individual rights and social goals, and that distinction must be stated with more clarity than is provided simply by examples. [...] The thesis provides, second, a theory of the role of precedent and institutional history in the decision of hard cases. [...] But the explanation I give of institutional and legal rights exposes a third and different problem for the right thesis. This explanation makes plain that judges must sometimes make judgments of political morality in order to decide what the legal rights of litigants are. the thesis may therefore be thought open, on that ground, to the first challenge to judicial originality that I mentioned earlier.”

¹⁸⁰ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 90) “Arguments of principle are arguments intended to establish an individual right; arguments of policy are arguments intended to establish a collective goal”.

¹⁸¹ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 91) “Collective goals encourage trade-offs of benefits and burdens within a community in order to produce some overall benefit for the community as a whole. [...] Of course, any collective goal will suggest a particular distribution, given particular facts. [...] In each case

Dworkin ainda reforça este entendimento, considerando a possibilidade de mensuração do menor peso de um direito individual, quando cotejado frente a um objetivo coletivo.¹⁸²

Além disso, Dworkin considera necessária a existência de uma distinção entre direitos abstratos e concretos, e, portanto, entre os princípios abstratos e concretos.

Neste sentido, um direito abstrato seria um objetivo político geral, ou seja, uma declaração que não permitiria identificar como sopesar um conflito entre uma circunstância particular e um outro objetivo político. Já os direitos concretos, por outro lado, seriam identificados como objetivos políticos definidos com maior precisão, de modo a expressar mais especificamente o peso que eles teriam contra outros objetivos políticos.

Por fim, os direitos abstratos forneceria argumentos para os direitos concretos, sendo relevante pontuar que, segundo Dworkin, a afirmação de um direito concreto seria mais definitiva do que qualquer conteúdo do direito abstrato que lhe desse suporte.¹⁸³

Veja-se, portanto, que Dworkin deixa evidente que a regra é superior ao princípio que lhe inspira. Neste sentido, e mantendo uma coerência intelectual, não haveria espaço para que o juiz, diante de um caso concreto, pudesse afastar uma regra de direito em detrimento de um princípio abstrato.

Acerca dos chamados 'direitos institucionais', Dworkin se propõe a investigar se a teoria de que os juízes decidem os casos difíceis confirmando ou negando um direito concreto, estaria correta.¹⁸⁴

Neste sentido, Dworkin reconhece que direitos institucionais poderiam ser encontrados em instituições de características muito diferentes e, para exemplificar,

distributional principles are subordinate to some conception of aggregate collective good, so that offering less of some benefit to one man can be justified simply by showing that this will lead to a greater benefit overall.”

¹⁸² Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 92) “Rights may also be less than absolute; one principle might have to yield to another, or even to an urgent policy with which it competes on particular facts.”

¹⁸³ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 93) “Any adequate theory will also make use of a distinction between abstract and concrete rights, and therefore between abstract and concrete principles. [...] An abstract right is a general political aim the statement of which does not indicate how that general aim is to be weighed or compromised in particular circumstances against other political aims. [...] Concrete rights, on the other hand, are political aims that are more precisely defined so as to express more definitely the weight they have against other political aims on particular occasions. [...] Abstract rights in this way provide arguments for concrete rights, but the claim of a concrete right is more definitive than any claim of abstract right that supports it.”

¹⁸⁴ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 101) “The rights thesis provides that judges decide hard cases by confirming or denying concrete rights. [...] We cannot appreciate or test the thesis, therefore, without further elaboration of these distinctions.”

usa o jogo de xadrez, que inegavelmente possui regras próprias e que devem ser respeitadas por seus praticantes.¹⁸⁵

Assim, segundo Dworkin, o fato de algumas instituições serem totalmente e outras parcialmente autônomas, fazem com que possa haver divergência entre os seus direitos institucionais e os direitos que lhes são a base. Os direitos institucionais seriam, contudo, os direitos genuínos. À partir daí, Dworkin estabelece que a autonomia institucional isolaria, protegeria, a obrigação institucional de um funcionário, da influência da maior parte do fundo de moralidade política. Todavia, mesmo Dworkin questiona até onde iria a força deste isolamento, desta proteção, sem apresentar resposta, contudo.¹⁸⁶

Voltando ao exemplo do xadrez, Dworkin propõe que se houvesse duas interpretações possíveis acerca de uma de suas regras, mas supondo que uma delas protegesse as características do jogo, e a outra não, então os participantes teriam o direito à primeira interpretação.¹⁸⁷

À partir deste exemplo relativamente simples, Dworkin buscava identificar uma característica geral dos direitos institucionais em casos difíceis, que poderia dar suporte à decisão de um juiz em um caso difícil sob o aspecto legal.¹⁸⁸

E sua conclusão, neste particular, é coerente com o conjunto de sua proposição, no sentido de que a decisão em um caso difícil deve ser uma decisão sobre os direitos das partes. Assim, o fundamento do julgador deve ser do tipo que justifique reconhecer ou negar um direito. Ele deve incorporar em sua decisão uma teoria geral que justifique o porquê, no caso de sua instituição, a regra criará ou destruirá qualquer direito e, ainda, ele deverá demonstrar qual a decisão que a teoria geral exigiu para o caso difícil.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 101) “Institutional rights may be found in institutions of very different character.”

¹⁸⁶ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 101-102) “The fact that some institutions are fully and others partly autonomous has the consequence mentioned earlier, that the institutional rights a political theory acknowledges may diverge from the background rights it provides. Institutional rights are nevertheless genuine rights. Institutional autonomy insulates an official's institutional duty from the greater part of background political morality. But how far does the force of the insulation extend?”

¹⁸⁷ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 102) “If one interpretation of the forfeiture rule will protect the character of the game, and another will not, then the participants have a right to the first interpretation.”

¹⁸⁸ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 102) “We may hope to find, in this relatively simple case, some general feature of institutional rights in hard cases that will bear on the decision of a judge in a hard case at law.”

¹⁸⁹ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 104) “But if the decision in a hard case must be a decision about the rights of the parties, then an official's reason for that judgment must be the sort of reason that justifies recognizing or denying a right. He must bring to his decision a general theory of why, in the case of his institution,

À partir deste momento, Dworkin ordena seu raciocínio por premissas hipotéticas que superam o limitado escopo do presente estudo. Com efeito, aqui se pretende estudar a relação do ativismo judicial com a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais, à luz dos acontecimentos do mundo real, em especial do “mundo” brasileiro.

Já Dworkin, passa a sustentar que a discussão jurídica, em casos difíceis, gira em torno de conceitos controversos cuja natureza e função são muito parecidos com o conceito do personagem de um jogo. E prossegue dizendo que estes incluem vários dos conceitos substantivos através dos quais o direito é afirmado, como os conceitos de contrato e da propriedade. Mas adverte Dworkin que eles também incluem dois outros conceitos de maior relevância para o seu argumento.¹⁹⁰

O primeiro seria a ideia da 'intenção' ou 'propósito' de um estatuto específico ou cláusula estatutária. Este conceito forneceria uma ponte entre a justificativa política para a ideia geral de que os estatutos criam direitos, e os casos difíceis, que perguntariam quais os direitos que a lei especial criou.¹⁹¹

O segundo é o conceito de que os princípios são ‘subjacentes’ ou estão ‘embutidos’ nas regras positivas de direito. Este conceito, por sua vez, forneceria uma ponte entre a justificativa política da doutrina de que casos similares deveriam ser decididos da mesma forma, e os casos difíceis, nos quais não estaria claro o que a doutrina geral exigiria.¹⁹²

Segundo Dworkin, estes conceitos, juntos, definiriam os direitos legais como uma função, embora uma função muito especial, dos direitos políticos. Dworkin propõe, portanto, admitir que como um juiz filósofo poderia desenvolver, em

the rules create or destroy any rights at all, and he must show what decision that general theory requires in the hard case.”

¹⁹⁰ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 105) “Legal arguments, in hard cases, turns on contested concepts whose nature and function are very much like the concept of the character of a game. These include several of the substantive concepts through which the law is stated, like the concepts of contract and of property. But they also include two concepts of much greater relevance to the present argument.”

¹⁹¹ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 105) “The first is the idea of the 'intention' or 'purpose' of a particular statute or statutory clause. This concept provides a bridge between the political justification of the general idea that statutes create rights and those hard cases that ask what rights a particular statute has created.”

¹⁹² Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 105) “The second is the concept of principles that 'underlie' or are 'embedded in' the positive rules of law. This concept provides a bridge between the political justification of the doctrine that like cases should be decided alike and those hard cases in which it is unclear what that general doctrine requires.”

casos apropriados, teorias sobre o propósito do legislativo e as exigências dos princípios.¹⁹³

Dworkin vai ainda mais além, e afirma que assim veríamos que ele (o juiz filósofo) iria construir essas teorias da mesma maneira como um árbitro filosófico iria construir o personagem de um jogo. Daí Dworkin propõe, para sustentar seu argumento, um jurista de habilidade, aprendizagem, paciência e perspicácia sobre-humanas, a quem chama de Hércules.¹⁹⁴

A suposição de Dworkin é que Hércules seria um juiz em alguma jurisdição americana representativa, que aceitaria as principais e incontrovertidas regras e regulamentos legais em sua jurisdição. Ele (Hércules) aceitaria que os estatutos teriam o poder geral de criar e extinguir direitos, e que os juízes teriam o dever geral de seguir as decisões anteriores de seu tribunal ou tribunais superiores, cuja razão de ser, como diriam os advogados, se estende ao caso concreto.¹⁹⁵

Daí em diante, portanto, a premissa intelectual da obra de Dworkin, neste particular, parte da premissa de que o julgador seria este ser dotado de poderes sobrenaturais, a quem ele chamou de Hércules.

Por este motivo, e principalmente considerando que no cenário brasileiro os magistrados são pessoas normais, dotados de todos os atributos – qualidades e defeitos – dos demais seres humanos, a proposição de Dworkin, seja nos termos até aqui apresentada¹⁹⁶, seja como apresentada na oportunidade em que evoluiu o pensamento¹⁹⁷ (inclusive elevando o Hércules ao Olimpo) perde aderência a presente pesquisa.

¹⁹³ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 105) “These concepts together define legal rights as a function, though a very special function, of political rights. We might therefore do well to consider how a philosophical judge might develop, in appropriate cases, theories of what legislative purpose and legal principles require.”

¹⁹⁴ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 105) “We shall find that he would construct these theories in the same manner as a philosophical referee would construct the character of a game. I have invented, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules.”

¹⁹⁵ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*. p. 105-106) “I suppose that Hercules is a judge in some representative American jurisdiction. I assume that he accepts the main uncontroversial constitutive and regulative rules of the law in his jurisdiction. he accepts, that is, that statutes have the general power to create and extinguish legal rights, and the judges have the general duty to follow earlier decisions of their court or higher courts whose rationale, as lawyers say, extends to the case at bar.”

¹⁹⁶ Ob.Cit. (DWORKIN. *Taking rights seriously*.)

¹⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986, p. 379-381.

3.4 A teoria do discurso prático racional geral

Prosseguindo na presente investigação, é importante pontuar a impossibilidade de se pretender estudar a chamada teoria da argumentação jurídica, especialmente a formulada por Alexy¹⁹⁸, sem ter ao menos uma noção sobre a influência filosófica sobre sua obra e, limitado ao espectro de abrangência deste estudo, dentro da sua proposição de uma teoria do discurso prático racional geral.

As teorias do discurso são estudadas dentro da filosofia, mais especificamente dentro do que se convencionou chamar de filosofia da linguagem. Consideraremos a filosofia da linguagem, dentro do limitado escopo do presente estudo, como aquela ciência que tematiza a linguagem como transferência do saber, que define a linguagem como o *médium intransponível*, sendo esta expressão o equivalente a dizer que é impossível o conhecimento sem a linguagem.

Sobre a teoria da linguagem e sua relação com o Direito, Gontijo esclarece que o problema da linguagem se relaciona diretamente com o problema do método jurídico, *pois linguagem é uma forma procedimental do pensamento e, portanto, um método do conhecimento*. Isso porque

A teoria da linguagem serve ao direito como um método para produzir objetividade e assim fazer um recorte epistemológico de até onde se estende o campo de aplicação de uma norma. A linguagem é, de fato, o meio pelo qual é dado o conhecimento, no caso do direito a linguagem é interpretada sob o prisma da hermenêutica jurídica, que dispõe sobre as condições de seu entendimento. Para o direito, então, a linguagem é o meio pelo qual se limita a capacidade de interpretação semiótica, ou seja, a linguagem serve como obstáculo para que o processo de conhecimento do direito trabalhe com certos limites ou mesmo, que não interceda em determinadas demandas sociais.¹⁹⁹

Alexy se incomoda com o fato de a teoria do discurso de Habermas não oferecer um sistema finito de operações que permita sempre chegar a um resultado definitivo e sustenta seu argumento com base em três fundamentos

As regras do discurso, primeiro, não contêm determinações com respeito aos pontos de partida do procedimento. Pontos de partida são as convicções normativas e interpretações de interesses, cada vez, existentes, dos participantes. Segundo, as regras do discurso não determinam todos os

¹⁹⁸ Ob.Cit. (ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*.)

¹⁹⁹ GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 148.

passos da argumentação. Terceiro, uma série de regras só aproximativamente é cumprível. A teoria do discurso é, sob esse aspecto, uma teoria não definida de decisão.²⁰⁰

Neste contexto, Alexy identifica que o problema das proposições normativas é que elas não podem, por isso, serem examinadas nem com referência a alguma entidade não empírica, nem segundo métodos empíricos. Contudo, isso não quer dizer, todavia, que a solução esteja no subjetivismo ou no emotivismo.²⁰¹

Alexy se esmera em tentar demonstrar a existência de vários argumentos em favor da *verdade* das proposições normativas. O pressuposto, na ótica de Alexy, é se reconhecer que os juízos de valor e de dever tenham uma *pretensão de correção* e é justamente partindo desta premissa, ou seja, da existência de uma pretensão de correção no direito, que sua teoria será desenvolvida.²⁰²

Segundo Alexy, para se identificar a correção de uma proposição normativa controvertida, será preciso haver critérios ou regras que permitam diferenciar as boas razões das más, os argumentos válidos, dos inválidos.

No mesmo sentido, há em Günther uma preocupação em possibilitar que o discurso argumentativo seja capaz de realizar efetivamente a pretensão de veracidade nele ínsita

Os discursos são especializados em fundamentar pretensões de validade. Servem para resgatar, por meio de argumentos, a pretensão de veracidade, que se combina com o sentido ilocucionário de cada afirmativa, e a pretensão de correção, que se combina com o sentido ilocucionário de cada juízo normativo. Quem admitir argumentações, exigindo razões para reconhecer uma pretensão de validade, estará simultaneamente admitindo pressuposições argumentativas, nas quais um exame discursivo é possível.

²⁰³

Alexy, por sua vez, constatou que os discursos poderiam ser infinitos, na medida em que uma proposição normativa que redundasse numa regra específica, sempre poderia ser refutada pelo ataque tanto à razão que deu origem à proposição, como à própria regra criada.

²⁰⁰ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 89-90.

²⁰¹ Idem (ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica*, p. 177.)

²⁰² Idem, p.178-179.

²⁰³ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. Coord., rev.téc., introd., Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 75.

A solução, portanto, estaria no atendimento de uma série de exigências na atividade de fundamentação, sendo estas exigências as *regras do discurso racional*. Tais regras se refeririam às proposições normativas e ao comportamento do falante, daí se dizer que são *regras pragmáticas*.

Ao enunciar as regras do discurso prático geral, Alexy chama a atenção para o fato de que o foco será evidenciar os defeitos. Alexy acredita que se se conseguisse eliminar defeitos, talvez um dia se poderia elaborar algo como um código da razão prática.²⁰⁴

Günther destaca, entretanto, que apesar da aplicação das normas jurídicas estar vinculada a *discursos institucionalizados*, isso não tem o condão de retirar a pretensão de validade e de adequação situacional nesta aplicação. A possibilidade de restringir esta pretensão, todavia, estaria necessariamente vinculada ao atendimento de duas condições por ele propostas, ou seja, a existência de *recursos de poder*, que fossem organizados por modelos procedimentais capazes de neutralizar pesos desiguais e de que *recursos que produzam empiricamente decisões só serão válidos se seus pressupostos estiverem previamente estabelecidos*. A conclusão do pesquisador, em suas palavras, é a seguinte

Normas jurídicas gerais e singulares precisam, portanto, derivar de discursos capazes de ser concluídos por meio de uma decisão. Com isso, diferentemente do discurso prático, eles estão sob condições de exiguidade de tempo e de conhecimento incompleto. [...] No debate sobre a distinção de Alexy entre regras e princípios, já foi apontado que, em casos previsíveis, o legislador poderá também decidir a respeito da adequação situacional de uma norma. [...] Como as reflexões a respeito de uma lógica da argumentação de adequação demonstraram, importará, nos casos de norma indeterminadas e de colisões de normas, a consideração imparcial de todos os sinais característicos situacionais.²⁰⁵

Retomando o raciocínio de Alexy, vemos que o seu pretendido código da razão prática seria o compêndio e a formulação explícita das regras e formas da argumentação prática racional.²⁰⁶

²⁰⁴ Ob.Cit. (ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. p.180-186.)

²⁰⁵ Ob.Cit. (GÜNTHER. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. p. 367-368.)

²⁰⁶ Ob.Cit. (ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. p.180-186.)

Alexy propõe que estas regras seriam divididas em (i) regras fundamentais, (ii) regras da razão, (iii) regras sobre a carga de argumentação, (iv) formas de argumento, (v) regras de fundamentação e (vi) regras de transição.²⁰⁷

As *regras fundamentais (i)*, têm em sua validade a condição de possibilidade de qualquer comunicação lingüística em que se trate da verdade ou correção.

As *regras de razão (ii)* nos discursos práticos, nada mais seriam do que a justificação da asserção de enunciados normativos. Um discurso prático sem asserções não seria possível, nesta perspectiva.

Segundo Alexy, quem afirma algo quer dizer que aquilo é fundamental, é verdadeiro, é correto. Isso vale tanto para as proposições normativas como para as não normativas.

Não seria necessário, entretanto, que o próprio falante fundamentasse sua proposição, sendo suficiente que se referisse à capacidade de fundamentação de pessoas determinadas ou determináveis. Esta seria a chamada *pretensão de fundamentabilidade*.

Tal pretensão não quer dizer que toda afirmação deverá ser fundamentada, mas sim que caso não seja feita, que a fundamentação de sua negativa será necessária.

Daí surgiria a regra geral de fundamentação, subdividida em três pretensões: regular a admissão no discurso, ou seja, *quem pode falar, pode tomar parte no discurso*; regular a liberdade de discussão, ou seja, *todos podem problematizar e introduzir qualquer asserção, expressar suas opiniões, desejos e necessidades*, e, por fim; proteger o discurso da coerção, ou seja, *nenhum falante pode sofrer coerção interna e externa ao discurso*.²⁰⁸

As regras sobre a carga de argumentação (iii), visam evitar que um falante possa fazer perguntas ou formular dúvidas sem ter ele mesmo de dar razões. Para que algo seja objeto do discurso, tem de ser afirmado ou tem de ser questionado indicando uma razão para isso.

As formas de argumento (iv) tem seu fundamento imediato nas chamadas proposições normativas singulares. Existem duas maneiras de fundamentá-las. Na

²⁰⁷ Idem. (ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. p.186 e ss.)

²⁰⁸ Idem. (ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. p.191.)

primeira, se toma como referência uma regra pressuposta como válida e na segunda se assinala as conseqüências de seguir no imperativo implicando na proposição singular. Entre as duas há uma importante semelhança estrutural, ou seja, *quem apela a uma regra em uma fundamentação pressupõe ao menos que se cumpram as condições de aplicação desta regra.*

As regras de fundamentação (v) tem por escopo prevenir as adulações, acusações e ameaças no âmbito do discurso prático e são três: variantes do princípio da generalizabilidade, que consiste em quatro proposições, (a) o que vale para um valerá para todos os falantes, (b) acordo geral só pode ser obtido mediante a concordância das proposições normativas e das regras aceitas, (c) as conseqüências devem ser aceitas e (d) a regra deve ser ensinada de forma aberta e geral; o argumento genético, pelo qual o desenvolvimento dos sistemas de regras morais é reconstruído pelos participantes do discurso, daí sendo possível criticar as regras que surgirem neste processo de desenvolvimento e que determinam o raciocínio prático, e, por fim; a necessidade de realizabilidade, que consiste no respeito aos limites de realizabilidade faticamente dados.

As regras de transição (vi) serão utilizadas quando surgirem problemas que não puderem ser resolvidos com os meios da argumentação prática, como questões de fato, questões linguísticas e questões que se refiram à própria discussão prática.

Daí a razão de Alexy concordar com Habermas quanto a crítica de ser o discurso jurídico um caso especial do discurso prático geral, na hipótese de se entender que os discursos jurídicos são apenas um subconjunto de argumentações morais. Todavia, Alexy observa que se se reconhecer que o discurso jurídico está não só vinculado a argumentos morais, mas também aberto a fundamentos éticos e pragmáticos, então o discurso jurídico será sim um caso especial do discurso prático geral, caracterizado por vinculações institucionais

As vinculações institucionais são feitas valer por argumentos linguísticos, genéticos e sistemáticos. Esses argumentos, que podem ser designados como “institucionais”, são por argumentos práticos gerais, que se pode, em contrapartida, classificar como “substanciais”, completados, penetrados e controlados. A solução correta deveria ser que os argumentos práticos gerais empregados no discurso jurídico, por um lado, permanecem o que são, que, porém, por outro, o discurso jurídico, como todo, expressa o “sentido limitado especificamente” do direito e sua “dimensão de validez mais complexa. A tese do caso

especial aponta para ambos os aspectos. Ela expressa, com isso, a unidade da razão prática realizada e realizável no direito.²⁰⁹

A conclusão de Alexy, neste particular, é que os limites do discurso prático geral fundamentam a necessidade de regras jurídicas, sendo que tais regras jurídicas têm uma dupla função, uma de prover soluções para os casos nos quais não se possa alcançar nenhum acordo discursivo e outra de assegurar os pressupostos que tornem possível a realização do discurso.²¹⁰

3.5 A Matemática em Alexy

No contexto estudado no presente capítulo, ou seja, no âmbito dos conflitos hipotéticos nos quais direitos fundamentais podem se antagonizar diante de uma situação concreta de um litígio judicial, uma das teorias de Alexy²¹¹ muito difundidas hodiernamente é a teoria da ponderação.

Neste sentido, será de destaque para o presente trabalho o artigo intitulado “A Fórmula do Peso”²¹², no qual Alexy discorre em detalhes sobre a extensão de sua proposição.

Ainda um pouco mais especificamente, esta investigação indisfarça a pretensão de analisar a influência da matematização do pensamento de Alexy, presente em diversas passagens de suas obras.

O questionamento que se apresenta, portanto, é o seguinte: apresentar o pensamento jurídico como fórmula matemática contribui ou não para a compreensão do tema, democratiza ou elitiza o conhecimento, cria critérios seguros para a aplicação da teoria ou exacerba o formalismo, engessando o aplicador da norma?

Sem a pretensão de esgotar o tema e mesmo sem querer buscar repostas definitivas, este trabalho tem por pretensão abrir um tanto quanto a discussão, mergulhando um pouco mais profundamente na inteligência de Alexy.

²⁰⁹ Ob.Cit. (ALEXY. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. p. 133-135.)

²¹⁰ Ob.Cit. (ALEXY. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. p. 205.)

²¹¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

²¹² ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. org/trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

É tão comum a matematização da ideia em Alexy, que bastaria uma mera folheada, ao acaso, em qualquer de suas obras mais célebres – todas aqui já referenciadas – para que se constatasse a identificação de suas equações.

A compreensão das fórmulas não demanda nenhuma especialização matemática, bastando um pouco de atenção para qualquer pessoa que tenha concluído adequadamente o ensino médio.

Ainda assim, por mais simples que possa ser uma proposição matemática, não resta a menor dúvida de que o estudioso do direito sairá de sua zona de conforto, assim considerada como o mundo das palavras.

Resta saber, com mais agudez, se as proposições matemáticas se prestam mais à demonstrar a erudição do que propriamente clarificar suas ideias.

Logo no início da apresentação de sua ‘fórmula do peso’, Alexy exterioriza seu raciocínio expondo a preocupação com o estabelecimento de um critério de racionalidade à referendar a teoria da ponderação de interesses

A legitimidade da ponderação no direito depende de sua racionalidade. Quanto mais racional é a ponderação, tanto mais legítimo é o ponderar. Sobre a racionalidade da ponderação, porém, decide a estrutura dela. Caso sua análise mostre que ponderar não pode ser outra coisa senão decidir arbitrário, então estaria com a racionalidade da ponderação posto em dúvida, simultaneamente, a sua legitimidade na aplicação do direito, especialmente, na jurisprudência constitucional. O problema da estrutura da ponderação forma, por isso, o núcleo do problema da ponderação no direito.²¹³

Fica evidente, portanto, que a fórmula matemática em sua obra é apenas uma exteriorização de sua intelectualidade, ou, mais precisamente, uma forma de objetivar o que é, por essência, subjetivo.

Com vistas à diminuição desta subjetividade, ou seja, tendo por mira a preponderância de um critério racional, a ponderação precisa ser decomposta em três passos parciais, a fim de ser mais bem compreendida

Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A esse deve, em um segundo passo, a seguir, seguir a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.²¹⁴

²¹³ Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p.131.)

²¹⁴ Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p.133.)

A validade do critério da ponderação já foi enfrentada por estudos mais profundos que o presente e, sem a menor sombra de dúvida, é critério de solução de conflito de princípios constitucionais de grande relevância no constitucionalismo moderno. Independente desta constatação, este é o ponto de partida da “fórmula do peso” e, portanto, daqui também partirá este ponto do trabalho.

Alexy propõe uma formulação triática para a ponderação, no sentido de melhor amoldá-la à sua teoria da argumentação jurídica, admitindo a possibilidade de que esta tríade possa apresentar um maior número de graus, fazendo apenas o alerta de que esse número não deve se tornar muito grande, sob pena de conduzir o intérprete ao insucesso.²¹⁵

Assim, Alexy propõe a graduação das lesões a um determinado princípio em leve, média ou grave, representadas pelas incógnitas ‘l’, ‘m’ e ‘s’. A lesão ao princípio em si, o efetivo prejuízo é designado por ‘P’ e a intensidade deste prejuízo será representado por ‘IP’.²¹⁶

Digno de nota que a intensidade do prejuízo, conforme proposto acima, refere-se ao prejuízo em concreto e não ao peso, ao valor, abstrato do princípio em análise, este representado por ‘GP’. Este peso em abstrato é aquele que lhe cabe relativamente em comparação a outros princípios, independente das circunstâncias de alguns casos. Vale pontuar que há princípios da constituição que não se distinguem por seu peso abstrato. Se coincidirem, abstratamente, a incógnita em questão poderá ser excluída da ponderação.²¹⁷

As circunstâncias do caso que se avalia também necessitarão integrar a matematização racional, na medida em que sempre serão avaliadas por ocasião do julgamento. Assim, é atribuída ‘C’ para expressar as circunstâncias que são relevantes para o caso.²¹⁸

Nesta altura, é possível apresentar a expressão ‘IPiC’ como representativa de três aspectos, ou seja, ‘P’ representando o princípio violado, ‘l’ referente à intensidade da violação e ‘C’ fixando que se trata de um caso concreto.²¹⁹

²¹⁵ Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p.138.)

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p.139.)

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹ Ibidem.

Fixada esta grandeza, ou seja, 'IPiC' Alexy propõe reduzir a expressão para 'Ii', sendo que 'Ii'='IPiC'. 'Ii' passa à ser a expressão concisa da formulação.²²⁰

Utilizando o mesmo raciocínio para a formulação do peso em abstrato, como acima proposto, Alexy chega a 'GPi' e em analogia ao 'C' utiliza o 'A', culminando no 'GPiA', que também poderá ser representado por uma forma concisa - 'Gi'²²¹. Vale lembrar o que foi afirmado acima, no sentido de que a incógnita do peso em abstrato só será utilizada quando os princípios, abstratamente, tiverem pesos distintos.

Não resta sombra de dúvidas que na ponderação dos princípios, concretamente, será de grande relevância a medida da influência que 'Pi' terá sobre o princípio em conflito, o princípio aparentemente colidente, e, por isso, faz-se necessária a formulação de uma incógnita específica para este princípio contrário, optando Alexy para a expressão 'Pj'.²²²

O exemplo paradigmático utilizado por Alexy é o chamado "caso Titanic", no qual uma pessoa foi chamada pela expressão "aleijado", exurgindo o conflito entre o direito de liberdade de expressão de quem foi apontado como ofensor, em conflito com a preservação de um dos direitos da personalidade de quem foi apontado como "aleijado". Nas palavras de Alexy, faze-se necessário saber *quão intensivamente a não intervenção em Pi intervém em Pj*.²²³

Nesta perspectiva, nada mais adequado do que pensar em 'Ij' como a formulação concisa de 'IPjC', valendo cá, tudo o que foi dito acolá.²²⁴

Neste ponto, estabelecidas as formulações representativas dos dois princípios aparentemente colidentes, faz-se necessário direcionar para o terceiro passo, que é a forma na qual as valorizações devem ser postas em relação uma com a outra.²²⁵

Considerando, portanto, a escala triática proposta, haverá três casos nos quais 'Pi' prevalecerá, três casos nos quais 'Pj' prevalecerá e três casos nos quais ocorrerá empate. A simplicidade do raciocínio matemático é evidente e pode ser facilmente descrito pelas seguintes fórmulas

- (1) $I_i: s, I_j: l$
- (2) $I_i: s, I_j: m$
- (3) $I_i: m, I_j: l$

²²⁰ Ibidem.

²²¹ Ibidem.

²²² Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p.140.)

²²³ Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p.140-141.)

²²⁴ Ibidem.

²²⁵ Ibidem.

- (4) $li: l, lj: s$
- (5) $li: m, lj: s$
- (6) $li: l, lj: m$
- (7) $li: l, lj: l$
- (8) $li: m, lj: m$
- (9) $li: s, lj: s^{226}$

Havendo empate, afirma Alexy que a ponderação não oferecerá solução, dizendo que se estaria diante de um *espaço de ponderação estrutural*, estando este *locus* situado entre as atribuições do tribunal constitucional e as do poder legislativo.²²⁷

Alexy passa à demonstrar sua inteligência se fazendo valer do concurso dos números para elucidar, ou comprovar, sua fórmula triádica. Assim, ‘l’, ‘m’ e ‘s’ seriam representados por ‘1’, ‘2’ e ‘3’. Utilizando a mesma formulação acima, verificar-se-á saldo numérico positivo quando da prevalência de ‘P_l’, negativo quando da prevalência de ‘P_j’ e saldo zero quando houver empate. A visualização numérica oferece a vantagem da simplicidade e da plausibilidade intuitiva alta, como reconhece o próprio Alexy.²²⁸

Considerando a miríade de acontecimentos que podem influenciar um caso concreto, melhor seria, propõe Alexy, pensar em uma forma de progressão geométrica, em detrimento da aritmética, que sempre observaria uma igualdade entre os intervalos entre os graus. Assim, teríamos 2⁰, 2¹ e 2², gerando os resultados 1, 2 e 4.²²⁹

O resultado do peso concreto de ‘P_l’, portanto, seria obtida mediante uma fórmula quociente e não mediante uma fórmula diferença

$$G_i, j = li / l_j^{230}$$

Chega-se, portanto, ao núcleo da chamada “fórmula do peso”, que é, primordialmente, o objeto da presente investigação. Nas palavras do autor

Em sua formulação completa, a fórmula peso contém, ao lado das intensidades de intervenção, os pesos abstratos dos princípios colidentes e os graus de segurança das suposições empíricas sobre a realização e a não realização dos princípios colidentes pelas medidas que estão em questão. Isso significa que em uma colisão de dois princípios o peso concreto ou

²²⁶ Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p.143.)

²²⁷ Ibidem.

²²⁸ Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p.145.)

²²⁹ Ibidem.

²³⁰ Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p. 146.)

relativo de ambos os princípios depende de três pares de fatores, portanto, no total, de seis fatores. Se eles são iguais, então eles neutralizam-se reciprocamente. A fórmula [...] pode [...] ser assim interpretada, os pesos abstratos e os graus de segurança foram reduzidos por causa dos seus pesos respectivos.²³¹

É bem verdade que não se enxerga a importância da progressão geométrica em sua amplitude, apenas limitando o olhar à tríade proposta para avaliação da relevância dos princípios. Alexy apresenta a alternativa, com objetivo de facilitar esta visualização, de que o modelo triático seja alargado para o triático duplo, variando, portanto, de 1 à 9, com as potências variando de 0 a 8 (2^0 - 2^8).²³²

Com isso, seria possível sair da limitação circunscrita entre as fronteiras do que seja *leve*, *médio* e *grave* e passar à considerar variações mais tênues, como *muito leve*, ou *muito grave*, e mesmo *leve mediana*.²³³

Como salientado anteriormente, a divisão triática é apenas uma sugestão não vinculativa e que a única ressalva feita por Alexy é a de que as variações não sejam demasiadamente extensas.

Como se espera ter ficado claro, dispensar as fórmulas matemáticas em Alexy, e especialmente o uso das fórmulas para ponderar o conflito entre princípios, pode gerar um completo desvirtuamento da teoria.

São as fórmulas matemáticas que dão coerência procedimental ao método da ponderação de interesses. Fugir das equações significa autorizar uma subjetividade ilimitada ao já dilatado poder discricionário do julgador.

E a redução da discricionariedade fixa norte, em última análise, na redução da parcela de individualidade que o julgador imprime em seu julgado. Ora, ninguém vai ao judiciário saber o que o juiz “A” ou o juiz “B” pensam sobre determinada matéria controvertida.

Opinião pessoal sobre o “melhor direito aplicável” até o leigo deterá. O que Alexy parece acreditar que o jurisdicionado busque do Poder Judiciário, é sua *opinião institucional* e, para tanto, deveria existir uma razoável parcela de previsibilidade nesta *opinião*.

Alinhado a teoria de Alexy, é razoável considerar que nesta ‘previsibilidade’ estaria presente razoável parcela de segurança jurídica. Nos dizeres de Cunha,

²³¹ Ibidem.

²³² Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p. 147.)

²³³ Ibidem.

portanto, *segurança jurídica é a segurança no Direito, é a possibilidade de conhecimento que confere previsibilidade de comportamentos.*²³⁴

Ademais, conforme esclarecido alhures, a proposição de uma teoria interpretativa tem por norte, ontologicamente, subtrair o poder discricionário do juiz. Alexy parece propor que da mesma forma que os juízos morais, o poder discricionário do julgador também deve ser encarado com cautela no âmbito da ciência do direito.

Alinhado com a formulação teórica de Alexy, portanto, é possível propor, em síntese conclusiva, que se a escolha dos critérios para a análise do peso, especialmente no conflito entre princípios, não fosse sistematizada, a mera analogia à figura da balança da justiça seria o suficiente para a formulação da teoria.

A subtração da matemática na teoria dos princípios de Alexy, portanto, a desnatura e apequena no âmbito da ciência jurídica.

3.6 O que esperar das teorias de argumentação jurídica

Nas obras de ambos os pesquisadores estudados no presente capítulo, pode ser identificada, ainda que em medidas diferentes, uma busca pela efetividade do princípio da segurança jurídica.

Em Dworkin vimos a sobreposição de princípios que seriam mais caros ao ordenamento, e em Alexy observou-se o reconhecimento da prevalência de um princípio sobre outro somente diante de uma situação concreta.

E o princípio da segurança jurídica, que poderia ser definido como a juridicalização do sentimento de justiça inato a todo vivente, já traz ínsito uma imensa carga de subjetividade. Daí o desafio que parece ter sido auto-proposto por Alexy em sua proposição matemática, ou seja, alcançar uma objetivação que promovesse a sensação de segurança jurídica, sem descambar para o arbítrio, entretanto.

O direito, tal como hoje é conhecido e aplicado, é fruto de séculos de pesquisa científica e experimentação empírica.

A filosofia sempre será o porto seguro para as investigações mais profundas acerca do fundamento de validade do direito e de sua interação com os membros da sociedade.

²³⁴ CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 57.

A moral tende a sempre ter alguma medida de relação com o direito, na medida em que os pilares das sociedades ocidentais são inspirados por primados desta natureza.

A evolução do direito, no que tange ao estabelecimento de garantias ao homem, a criação de meios assecuratórios de seu exercício e de blindagem contra o retrocesso, necessita de eco perante as instâncias julgadoras.

A construção da intelectualidade jurídica/legislativa, inspirada pelos anseios de toda a sociedade, não pode ser ultrapassada pelo entendimento de um, ou de uns poucos.

As teorias interpretativas podem ser a saída para que se encontre o equilíbrio entre um modelo no qual o julgador não passe de um mero operador de silogismos e nem que se transforme em tirano pseudo-oráculo.

Um ser dotado de habilidades sobre-humanas, todas voltadas ao conhecimento do direito e do caso concreto origem do litígio, é o que dá completude à teoria dos casos difíceis de Dworkin.

O concurso da matemática é o critério que dá coerência ao sistema da ponderação de Alexy, contribuindo para a segurança jurídica, sem se sobrepor à análise exclusivamente subjetiva dos interesses em conflito.

Se é verdade que as conclusões de Alexy e de Dworkin são passíveis de críticas, mais verdade é que exercem influência ímpar para o estudo da efetivação judicial de direitos fundamentais.

4 Hermenêutica ontológica, discricionariedade do julgador e legalidade

4.1 Da argumentação jurídica à perspectiva ontológica

No capítulo anterior, o estudo se dedicou a elucidação do liame existente entre a contribuição filosófica de Aristóteles e Kant e sua relação com o direito.

Daí se avançou até as chamadas teorias da argumentação jurídica, oportunidade na qual o estudo fixou mira na obra de Dworkin e de Alexy, ambos não apenas como expoentes do tema analisado, mas também como inspiradores da maioria da produção nacional sobre o tema.

Com isso, a investigação partiu de uma análise filosófica acerca da própria justiça e partiu para uma das formas de alcançá-la, ou seja, através do direito. Em outras palavras, os olhares de Dworkin e de Alexy foram apresentados como guias para a efetivação da justiça através da atuação dos juízes, o que, em última análise, é o que reflete diretamente na vida de toda a sociedade.

Já que (i) a sociedade busca uma regulação justa de suas relações, já que (ii) a elaboração/consolidação do entendimento do que seja justiça é feito mediante a edição de regras, sendo esta edição sido delegada ao parlamento e, por fim, já que (iii) os eventuais conflitos serão dirimidos por intérpretes independentes e autônomos, ou seja, os juízes, a argumentação jurídica seria o caminho racional e lógico pelo qual estes juízes trilhariam para decidir os casos concretos.

Ocorre que esta racionalidade não é a única bússola para todos os intérpretes do direito. Por este motivo, o presente capítulo objetiva trazer outra trilha proposta ao julgador, sendo esta identificada na obra de Heidegger.²³⁵

A escolha da ontologia heideggeriana, como contraponto à argumentação jurídica, teve por móvel não apenas a grande diferença entre suas proposições, mas principalmente por ser integralmente aderente ao interesse de quem pretenda defender o ativismo judicial como solução à efetividade dos direitos fundamentais.

Considerando que a proposta do presente trabalho é defender justamente ideia contrária, ou seja, a de que o ativismo judicial não se presta ao alcance desta finalidade, era de suma importância enfrentar um argumento tão forte contra nossa proposição.

²³⁵ HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Vozes, 2011.

Por isso, portanto, neste capítulo a pesquisa focará o estudo da hermenêutica heideggeriana, com olhar em sua aplicação no campo do direito, mais especificamente em sua relação com o ativismo judicial.

4.2 Compreendendo a hermenêutica

Remontando à mitologia grega, é possível elucidar que Hermes era o mensageiro dos deuses, responsável não só por transportar suas mensagens, como por traduzir o conteúdo para a compreensão dos mortais.

A palavra hermenêutica significa explicar ou interpretar, portanto. As raízes do vocábulo advêm do verbo grego *hermeneuein* (interpretar) e do substantivo *hermeneia* (interpretação). A hermenêutica jurídica clássica identificava uma série de métodos interpretativos, valendo aqui citar, meramente com intuito de aguçar a memória, os seguintes: gramatical ou literal (*verba legis*); lógico (*mens legis*); Teleológico (*ratio legis*); sistemático; histórico; sociológico; autêntico; extensivo, e; restritivo.²³⁶

Da mesma forma, a necessidade de estabelecer regras para a interpretação de textos normativos, também fixa base na necessidade de que os intérpretes que se sucedam no tempo, compreendam e sejam compreendidos. Neste mesmo sentido, já se verificava a preocupação de Santo Agostinho

Existem certas normas para tratar as Escrituras e creio que devem ser utilizadas por aqueles que se dedicam ao seu estudo, a fim de que eles próprios gozem os frutos dos que, antes deles, se dedicarem à decifração das Escrituras; além disso, enriquecidos com tais regras, o seu próprio trabalho de explicação será mais proveitoso aos outros.²³⁷

Permanecendo, ainda, na esteira dos entendimentos clássicos sobre hermenêutica, vale frisar a proposição de Ferrara, que estabeleceu que *a aplicação das leis envolve, por consequência, uma tríplice investigação: sobre a existência da norma, sobre o seu significado e valor, e sobre a sua aplicabilidade.*²³⁸

²³⁶ MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica jurídica*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord. Geral). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011, p. 204-206.

²³⁷ AGOSTINHO, Sto. *Acerca da doutrina cristã (excertos)*. In: MAGALHÃES, Rui. (Org.). *Textos de hermenêutica*. Porto-Portugal: Rés, 1984, p. 35.

²³⁸ FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 11.

Recentemente, a ciência do direito tem focado mira na filosofia apresentada por Heidegger, como uma possibilidade hermenêutica para o alcance de uma almejada efetividade máxima do direito.

Este olhar do direito não se apresenta revestido de características de ineditismo intelectual, na medida em que a hermenêutica ontológica apresentada por Heidegger tem sido pesquisada, estudada e aplicada em outros ramos da ciência humana, *v.g.*, a pedagogia, a psiquiatria, a sociologia, entre outras.

A busca incessante da compreensão do ser, em detrimento da fácil identificação do ente, pode ser apontada como a característica principal da filosofia heideggeriana e nisto reside o que desperta todo o interesse jurídico na obra do pensador alemão.

E buscar a compreensão do ser, no campo da investigação jurídica, sintoniza em grande parte com a busca da verdade, na medida em que não se admite pensar em ciência do direito, enquanto efetividade da justiça, sem que se compreenda e interprete a própria verdade.

Por outro lado, estudar a hermenêutica heideggeriana pressupõe meditar um pouco acerca de outros estudos, outras abordagens, acerca da hermenêutica tal como pensada na literatura brasileira e, ainda, também tangenciando elementos de dialética.

Diante deste cenário, e considerando que o ativismo judicial que é estudado neste trabalho pressupõe uma grande medida de discricionariedade atribuída, ou auto atribuída, ao julgador, o estudo da perspectiva ontológica apresentada por Heidegger é uma forma de dar oportunidade para uma fundamentação filosófica daquilo que é criticado neste estudo.

Em outras palavras, o objetivo é demonstrar que a hermenêutica ontológica já foi apresentada como fundamento razoável e racional para o ativismo judicial.

A presente pesquisa ousa divergir, entretanto, ao propor que este entendimento apresenta um grande risco à segurança jurídica, mormente diante do alto grau de discricionariedade delegada ao julgador.

Assim, partimos da premissa de que mais do que interpretar o texto da lei e aplicá-lo ao caso concreto, a atividade do julgador é de verdadeiro hermeneuta, carecendo, portanto, de um fundamento filosófico racional que legitime a sua opção de interpretação e aplicação do direito ao caso concreto. Magalhães diferencia interpretação de hermenêutica, filosoficamente, da seguinte forma

O conceito de interpretação é universal. O de hermenêutica é particular. Mas a universalidade da interpretação é uma universalidade do real e do ideal. É uma universalidade do significativo. Se passarmos ao sentido, a dificuldade é a ausência de fundamento. Ele não é uma outra dimensão do significativo, nem o seu fundamento, mas antes a realidade do irreal, a realidade do que não é o real possível (formulações ainda significativas). Sentido e interpretação não são assim correlatos como se pretende na teoria hermenêutica: entre eles não existe qualquer relação modal; não interpretamos nunca o sentido, não o construímos. Ele ocorre.²³⁹

A hermenêutica, e mesmo a filosofia do direito, têm códigos e nomenclaturas próprios e que não raras vezes parecem ininteligíveis para os não iniciados. A pretensão deste capítulo, portanto, além do que já foi dito acima, é também criar uma ponte de entendimento entre o pesquisador do direito e o hermeneuta filosófico.

Tudo isso, entretanto, sem perder o foco central do tema, ou seja, a aplicação do direito. Portanto, em que pese a proposta seja enveredar pela seara heideggeriana, que inegavelmente propõe uma abordagem totalmente particular pelo hermeneuta, fixamos âncora na proposição de Ferrara

A atividade do intérprete tendente a apurar o conteúdo da lei e a desenvolvê-lo, bem como a elaboração científica, têm por último fim a *aplicação*. Porque o direito vive para se realizar, e a sua realização consiste nem mais nem menos que na aplicação aos casos concretos. O conhecimento do direito visa a este objetivo prático – a decisão dos casos jurídicos.²⁴⁰

Ocorre que como se verá, a hermenêutica ontológica possibilita que tanto o interprete como o aplicador do direito, imprimam seu exclusivo e pessoal entendimento acerca da melhor “justiça” à ser aplicada ao caso concreto.

Neste sentido, o estudo neste capítulo também pretende investigar a medida na qual a obediência à lei se relaciona com o conceito de Estado democrático e de direito.

O recurso argumentativo que será utilizado nesta segunda parte do capítulo, será um pouco diferente do que foi utilizado até este ponto do trabalho.

²³⁹ MAGALHÃES, Rui. *Sentido e interpretação*. In: MAGALHÃES, Rui. (Org.). *Textos de hermenêutica*. Porto-Portugal: Rés, 1984, p. 32.

²⁴⁰ Ob.Cit., p. 77. (FERRARA. *Como aplicar e interpretar as leis*.)

Propositalmente, os autores citados não o serão de acordo com a inteligência extraída do conjunto de sua obra e nem mesmo serão apresentados vinculados às escolas de pensamento às quais se relacionaram, ou que assim ficaram conhecidos.

O anseio deste trabalho é evidenciar que a abertura do tema é de tal envergadura, que pontos isolados nos trabalhos destes autores poderão conduzir a uma ou a outra direção. No percurso desta investigação, serão abordados pontualmente alguns estudos de Aquino, Bobbio, Habermas, Hobbes, Ihering, Kant, Kelsen, Montesquieu, Rawls e Rosseau, a fim de que o trabalho tenha solidez para alcançar o objetivo traçado.

Veja-se que a proposta do capítulo é justamente identificar pequenos excertos das obras de vários pensadores, aumentando a base de investigação, e não o aprofundamento do estudo das obras de apenas uns poucos.

Identificar dois ou três pensadores e aprofundar no estudo de suas obras, geraria exatamente o resultado contrário do que se pretende com este capítulo.

Em outras palavras, o que se pretende evidenciar é que na atuação do julgador, durante a análise do caso concreto, o juiz apenas deterá parte das informações da realidade do conflito no mundo fenomenológico. A perfeita compreensão de todos os elementos que envolvem a controvérsia, de molde a identificar com precisão qual decisão seria a mais justa, é uma meta utópica.

E somente a satisfação desta meta utópica é que possibilitaria a aplicação da verdadeira justiça, na perspectiva hermenêutica ontológica.

Resta, portanto, ao julgador, aplicar a justiça real, que será o reflexo da análise das poucas informações que lhes forem disponibilizadas, em cotejo com o ordenamento jurídico vigente.

Daí a necessidade de analisar pequenas passagens das obras destes pensadores. A análise aprofundada daria uma compreensão profunda de sua inteligência, o que seria incompatível com o nível de compreensão que é possível ao julgador diante de um caso concreto.

Assim como o julgador apenas terá acesso à diminuta parcela, de tudo aquilo que necessitaria conhecer se quisesse efetivar a verdadeira justiça na perspectiva hermenêutica ontológica, a análise das obras dos pensadores escolhidos será de pequenos trechos.

Além disso, e exatamente por isso, os trechos serão analisados, propositalmente, com enfoque contrário ao que se poderia identificar após uma leitura ampla de suas obras.

Note-se, enfim, que o objetivo do presente capítulo não é, em nenhuma medida, uma crítica à hermenêutica ontológica proposta por Heidegger, mas sim identificar a amplitude da discricionariedade que poderá ser relegada ao julgador.

Assim, com mira na construção da ponte de entendimento, como acima apresentada, passemos a primeira parte deste capítulo, partindo de uma análise da linguagem utilizada na hermenêutica ontológica, aqui nominada em Heidegger.

4.3 Breves linhas acerca da linguagem ontológica em Heidegger

O mapa para a caminhada intelectual do presente tópico, está inserido no § 43 de *Ser e Tempo*.²⁴¹

Primeiro compreende e depois interpreta.

A proposição acima, isoladamente considerada, parece estar deslocada no texto, mas exprime com exatidão a perspectiva heideggeriana quanto a hermenêutica da presença, do *Dasein*.

Em outras palavras, só se alcançará o sentido de ser, na sua perspectiva ontológica, se este mesmo ser já houver sido plenamente compreendido.

E essa compreensão, por sua vez, só se verificará na perspectiva da espiral hermenêutica.

O expectador alheio aos acontecimentos, fora do mundo, estará no tempo zero, no marco original, procurando compreender o ente que pretende interpretar.

Este tempo zero, este *locus* hermenêutico, permitirá ao expectador avaliar o ente considerando o passado, o presente e o futuro, analisando, portanto, o que ocorreu, o que ocorre e, ainda, deverá projetar-se para o futuro, antevendo o que está por vir, o *de-vir*.

Cirne-Lima, por sua vez, analisando o conceito de *Devir* sob a ótica filosófica, cotejando o pensamento dos chamados “Dialéticos” em contraponto ao dos chamados “Analíticos”, conclui que

²⁴¹ Ob.Cit. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*.)

Todas as coisas estão em Devir. Tudo se move, tudo se movimenta. As coisas se engendram e surgem. Elas morrem e desaparecem. Ir e vir, aparecer e desaparecer, nascer e morrer. O mundo está em movimento, o universo está em perpétuo Devir.²⁴²

E mais especificamente quanto ao tema do estudo, Hegel faz uma medida em que a primeira adviria da Filosofia, enquanto o segundo estaria fora desta ciência. O conceito de direito, portanto, careceria de uma dedução pressuposta, dada. No texto original

A ciência do Direito é *uma parte da Filosofia*. Por isso, [como ciência] ela tem de, a partir do conceito, desenvolver a *ideia*, enquanto esta é a razão de um ob-jeto, ou, o que é o mesmo, ela tem de dirigir o olhar ao próprio desenvolvimento imanente da Coisa mesma. Como parte, ela tem um *ponto de partida* determinado, que é o *resultado* e a verdade do que *precede* e isso que precede constitui a assim chamada *demonstração* do resultado. Por isso, o conceito do Direito, segundo o seu *devir*, cai fora da ciência do Direito, a sua dedução é aqui pressuposta, e é preciso admiti-lo como *dado*.²⁴³

A pre-sença, enquanto ser-no-mundo, irá se desvelar, portanto, abrindo-se e mostrando toda a sua essência, após haver sido plenamente compreendida.

Esta compreensão, por sua vez, ocorrerá na alethéia, na clareira, no local onde o que estava velado, enevoadado, será revelado, será desvelado, mostrará a sua verdadeira essência. Neste ponto será alcançada a cura, a compreensão plena do ente.

Neste caminhar compreensivo, entretanto, o afastamento da simultaneidade das perspectivas de passado, presente e futuro, forçará o espectador a coisificar o ente, ou seja, a deixar de vê-lo segundo uma perspectiva ontológica e passar a olhá-lo apenas numa perspectiva ôntica. Assim, o ente deixa de ser.

A cada vez que isso acontecer ocorrerá a chamada decaída, a decadência, na qual uma espécie de força centrípeta expulsará o espectador da espiral hermenêutica, obrigando-lhe à retomar a análise compreensiva, a fim de alcançar uma melhor clareira, a verdadeira essência do ente que se quer compreender.

²⁴² CIRNE-LIMA, Carlos. *Dialética para principiantes*. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 140.

²⁴³ HEGEL, G. W. F. *Linhas fundamentais da filosofia do direito ou direito natural e ciência do Estado no traçado fundamental: introdução à filosofia do direito*. Trad., not. e apres., Marcos Lutz Müller. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2005, p. 40.

Tal expulsão, entretanto, não conduzirá o espectador à *estaca à zero*, haja vista que a cada desvelamento, à cada compreensão do ser, melhor se identificará sua essência.

Cada identificação de essência, cada desvelamento, constituirá uma clareira, uma cura, sendo esta, enfim, a efetiva representação da realidade, conforme esclarece Heidegger

A questão se o mundo é real e se o seu ser pode ser provado, questão que a *presença* enquanto ser-no-mundo haveria de levantar – e quem mais poderia fazê-lo? – mostra-se, pois, destituída de sentido. Trata-se ademais de uma questão ambígua. Confunde-se e não se chega a distinguir mundo enquanto o contexto do ser-em e “mundo” enquanto ente intramundano em que se empenham as ocupações. No entanto, *com o ser* da presença, o mundo já se abriu de modo essencial; com a abertura de mundo, já se descobriu o “mundo”²⁴⁴.

Mas essa realidade, contudo, não corresponderá ao real último, pois Heidegger chega mesmo à duvidar da possibilidade desta identificação

De fato, o “problema do *mundo externo*” orienta-se, constantemente, pelos entes intramundanos (coisas e objetos) e, desse modo, todas as discussões conduzem a uma problemática que, do ponto de vista ontológico, é quase indeslindável²⁴⁵.

De fato, considerando a perspectiva daquele que está em um tempo originário e, além disso, projetando-se para frente, considerando o que ainda está por vir, não há como afirmar a possibilidade de alcançar a compreensão plena da essência do ente investigado.

Stein pontua que a visão de *ser-no-mundo* proposta por Heidegger, parte da ausência de resposta em Kant para pergunta “*que é o homem?*”. Segundo Stein, Heidegger pretende resolver dois problemas, que seriam ‘a síntese intuição-sensibilidade’ e ‘o ser no mundo prático’, com a seguinte proposição: *o Mundo é o como do Homem*. Daí, portanto, a pretensão de responder à quarta questão kantiana, propondo que o homem seja visto como Dasein, com o ‘Da’ indicando o caráter intuitivo, sensível e temporal (*Zeit*), e o *Sein* indicando o aspecto inteligível, o ser (*Sein*)

²⁴⁴ Ob.Cit. (Heidegger. *Ser e tempo*. p. 271).

²⁴⁵ Idem, p. 271.

Portanto, o título *Ser e Tempo* (*Sein um Zeit*) é um título kantiano: ele é composto, de um lado, pela Estética Transcendental (as formas a priori da sensibilidade, espaço e tempo) e, por outro lado, pela Analítica Transcendental, aquilo que Kant fez sobrar da metafísica (que trata da questão da inteligibilidade, dos conceitos). Heidegger vai dar o nome à sua obra a partir da questão kantiana da relação entre sensibilidade (Tempo) e inteligibilidade (Ser).²⁴⁶

E concluindo o raciocínio, Stein deixa clara a importância da temporalidade na definição do Dasein

O Dasein é *ser-no-mundo*, esse é o *como* do homem, que deve resolver a questão da temporalidade como uma das características fundamentais do *ser-no-mundo*, enquanto passado-presente-futuro.²⁴⁷

Apesar disso, Heidegger tem a preocupação de demonstrar que a realidade não será apenas uma compreensão entre tantas outras possíveis, mas sim, e tão somente, uma única realidade definidora da essência do ente. *Necessita-se, para tanto, comprovar: que realidade não é apenas um modo de ser entre outros, mas que, ontologicamente, acha-se num determinado nexo de fundamentação com a presença, mundo e manualidade.*²⁴⁸

Heidegger destaca três pontos para analisar o problema ontológico-fundamental da realidade, sendo eles a) *a realidade como problema do ser e da possibilidade de comprovação do “mundo externo”*; b) *realidade como problema ontológico*; c) *realidade e cura.*²⁴⁹

O primeiro ponto tem seu âmbito de abrangência delimitado pela possível independência do real com relação à consciência, ou, em outras palavras, a possível transcendência da consciência para a esfera do real.²⁵⁰

Heidegger propõe que o real só pode ser acessado como ente intramundano, sendo que este acesso ontológico só possível à partir de uma constituição fundamental da presença, à partir do ser-no-mundo.²⁵¹

Ocorre que, como dito acima, esta perspectiva do observador na espiral hermenêutica, considera, inexoravelmente, o futuro, o *de-vir*. Assim, o mundo estará

²⁴⁶ STEIN, Ernildo. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito de fenomenologia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 147.

²⁴⁷ Ibidem.

²⁴⁸ Ob. Cit. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 270).

²⁴⁹ Ibidem.

²⁵⁰ Ibidem.

²⁵¹ Idem (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 271.)

aberto na perspectiva do observador que ainda se encontrar na alethéia, sob a luz da clareira. Ocorrendo a decadência, a força centrípeta da espiral terá prevalecido, expulsando o hermeneuta, velando o ser, enevoando o mundo, eclipsando a clareira.

Por isso, a realidade será um problema do ser, posto que a perspectiva ontológica terá o potencial de mutabilidade, na medida em que a análise do passado ou do presente, bem como o projetar-se para o futuro poderá alterar à cada desvelamento.

Com isso, já se adentrou o segundo ponto destacado por Heidegger, na medida em que compreender o ente intramundano é compreender o próprio fenômeno da intramundaneidade

[...] Do ponto de vista ontológico, ser-no-mundo está imbricado na totalidade estrutural de ser da presença, caracterizada como cura. Com isso, caracterizam-se também os fundamentos e horizontes cujo esclarecimento possibilita a análise da realidade. Apenas nesse contexto é que também o caráter do em-si torna-se ontologicamente compreensível.²⁵²

Heidegger faz um alerta, todavia, acerca do risco em ser expulso da espiral hermenêutica, na medida em que *interpretar ontologicamente a presença, porém, não significa uma recondução ôntica a um outro ente.*²⁵³

Em outras palavras, Heidegger quer dizer que o observador no tempo originário não pode ceder à tentação de valorar o ente, hipótese na qual imporá suas impressões pessoais na análise, o que decerto encobrirá a verdadeira essência do ente. É o ente que se desvela e não o observador que o descobre.

O terceiro ponto destacado por Heidegger remete à compreensão de *realidade* e de *cura*. A realidade, neste contexto, passa à ser a expressão do que é real dentro da perspectiva do observador no tempo originário. Assim, também

A “natureza” que nos “envolve” é, na verdade, um ente intramundano que, no entanto, não apresenta o modo de ser do que está à mão e nem de algo simplesmente dado no modo de “coisidade da natureza”. Qualquer que seja a maneira de interpretar esse ser da “natureza”, todos os modos de ser dos entes intramundanos fundam-se, ontologicamente, na mundanidade do mundo e, assim, no fenômeno do ser-no-mundo. Disso resulta a seguinte compreensão: realidade não possui primazia no âmbito dos modos de ser dos entes intramundanos, assim como esse modo de ser não pode ser

²⁵² Idem (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 278.)

²⁵³ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 279.)

caracterizado adequadamente, do ponto de vista ontológico, como mundo ou presença.²⁵⁴

Não se pode olvidar que a realidade sempre remeterá ao fenômeno da cura, ao menos na ordem dos nexos ontológicos fundamentais, das referências existenciais e categorias possíveis. Mas, conforme previne Heidegger *isso não pode significar que o real só poderá ser em si mesmo aquilo que é se e enquanto existir a presença*.²⁵⁵

Com toda clareza, se não existir presença, o ente intramundano não poderá ser descoberto e também não poderá ficar oculto.²⁵⁶ Mello esclarece a perspectiva de ser-no-mundo neste contexto

Ser-no-mundo é ser cotidiano; é sempre o mundo compartilhado com os outros. O *Dasein* (Ser-aí, pre-sença) é o ente privilegiado que compreende o ser e tem acesso aos entes. Com isso, a ontologia heideggeriana produz o rompimento da subjetividade do pensamento ocidental, através do método fenomenológico que se conforma com a estrutura do ser-aí, visando a superação do esquema sujeito-objeto. O sentido do ser há de ser determinado a partir do horizonte do tempo. É neste sentido que ocorre o rompimento do subjetivismo a partir do momento que ser é tempo.²⁵⁷

Heidegger encerra o § 43 sintetizando o pensamento com a proposição, auto-explicativa, de que *o ente como ente só é acessível se uma compreensão de ser se dá; a compreensão de ser como ente só é possível se o ente possui o modo de ser da presença*.

4.4 Verdade, pre-sença e conexões com o direito

Já no § 44, Heidegger estabelece, logo ao delimitar a linha de investigação, que a verdade não será tratada como teoria do conhecimento ou do juízo. Afirma que “verdade” e “coisa” significam “o que se mostra em si mesmo”. Sua investigação, portanto, fixará norte na busca do significado de “verdade”, quando esta for usada para “ente” e para “ser”.²⁵⁸

²⁵⁴ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 281.)

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 282.)

²⁵⁷ MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006, p. 3.

²⁵⁸ Ob.Cit. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 283.)

Logo em seguida, conduz a discussão para a questão da problemática ontológica fundamental, ao propor que a verdade encontra-se *num nexu originário com o ser*.²⁵⁹

Heidegger não ignora a tradição aristotélica de considerar a verdade como uma relação sujeito-objeto, ou seja, a verdade como concordância. Reconhece, inclusive, que o fenômeno da verdade se torna expresso no próprio conhecimento quando este se mostra como verdadeiro, afirmando, inclusive, que *no contexto fenomenal dessa verificação, portanto, é que a relação de concordância deve tornar-se visível*.²⁶⁰

Todavia, Heidegger acredita que somente dentro da perspectiva do fenômeno ontológico a verdade poderá ser alcançada. Afirma textualmente que a verdade não possui uma estrutura de concordância entre conhecimento e objeto, ao menos numa perspectiva ôntica, ou seja, numa relação entre entes (sujeito-objeto). Sua proposição é coerente com o contexto de ser e tempo

O próprio ente visado mostra-se *assim como* ele é em si mesmo, ou seja, que, em si mesmo, *ele* é assim como se mostra e descobre *sendo* no enunciado. Não se comparam representações entre si nem com *relação* à coisa real. O que se deve verificar não é uma concordância entre conhecimento e objeto e muito menos entre algo psíquico e algo físico. Também não se trata de uma concordância entre vários “conteúdos da consciência” (*Bewusstsein*). O que se deve verificar é unicamente o ser e estar descoberto do próprio ente, o *ente* na modalidade de sua descoberta. Isso se confirma uma vez que o enunciado, isto é, o ente em si mesmo, mostra-se *como o mesmo*. *Confirmação* significa: *que o ente se mostra em si mesmo*. A verificação cumpre-se com base num mostrar-se dos entes.²⁶¹

Em outras palavras, somente na perspectiva do ser-no-mundo, do Dasein, de reconhecimento da constituição fundamental da presença, que se constitui, em Heidegger, o fundamento do fenômeno originário da verdade.²⁶²

Ser-verdadeiro (verdade) diz ser-descobridor.²⁶³

Com a definição acima, Heidegger consolida a ruptura com a perspectiva clássica da verdade, dando início a uma investigação mais profunda sobre o tema

A “definição” proposta da verdade não é um *repúdio* à tradição, mas uma *apropriação* originária: e tanto mais quando se conseguir provar

²⁵⁹ Ibidem.

²⁶⁰ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 284-286.)

²⁶¹ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 288-289.)

²⁶² Ibidem.

²⁶³ Ibidem.

que e como a teoria fundada no fenômeno originário da verdade precisou chegar à ideia de concordância. A “definição” da verdade como descoberta e ser-descobridor tampouco é mera explicação de palavras. Ela nasce da análise das atitudes da presença, que costumamos chamar de “verdadeiras”.²⁶⁴

Este descobrir (a verdade), portanto, nada mais é que um modo de ser-no-mundo, de presença. O que é descoberto são os entes intramundanos. O processo de desvelamento aqui se verifica em sua perspectiva mais pura, daí Heidegger afirmar que *os fundamentos ontológico-existenciais do próprio descobrir é que mostram o fenômeno mais originário da verdade*.²⁶⁵

Por este motivo, a verdade não dirá o descobrimento (ser-descobridor), mas sim, e tão somente, a descoberta (ser-descoberto). Como visto anteriormente, o desvelamento dos entes intramundanos constitui a *abertura* (o pre, da presença). Por isso,

Somente com a *abertura* da presença é que se alcança o fenômeno *mais originário* da verdade. [...] Sendo essencialmente a sua abertura, abrindo e descobrindo o que se abre, a presença é essencialmente “verdadeira”. *A presença é e está “na verdade”*. Esse enunciado possui sentido ontológico.²⁶⁶

Heidegger pretende apresentar o sentido existencial da proposição acima (a presença é e está na “verdade”), mediante quatro determinações assim definidas: *abertura em geral; estar-lançado; projeto, e; decadência*.²⁶⁷

A primeira delas propõe que a *‘abertura em geral’ pertence essencialmente à constituição de ser da presença. Abrange a totalidade da estrutura ontológica que se explicitou no fenômeno da cura*.²⁶⁸ Como já analisado neste trabalho, somente à partir do desvelamento do ser do ente que se alcançará sua compreensão. Este desvelar, por sua vez, ocorre na clareira, momento no qual se verifica a cura.

A segunda determinação propõe que

O estar-lançado pertence à constituição de ser da presença como constitutivo de sua abertura. Nele desvela-se que a presença já é sempre minha e isso num mundo determinado e junto a um âmbito

²⁶⁴ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 290-291.)

²⁶⁵ Ibidem.

²⁶⁶ Ibidem.

²⁶⁷ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 292.)

²⁶⁸ Ibidem.

determinado de entes intramundanos determinados. A abertura é, em sua essência, fática.²⁶⁹

O *estar-lançado* verifica-se na perspectiva do hermeneuta analítico-ontológico, que se coloca no tempo originário (passado, presente e futuro simultâneos) e que se projeta para além da perspectiva do observador presente, baseando-se neste *locus* atemporal que lhe permitirá desvelar o ente, alcançando enfim sua essência.

A terceira determinação propõe que *o projeto pertence à constituição de ser da presença: do ser que se abre para o seu poder-ser. Como um em compreendendo, a presença pode compreender-se tanto a partir do “mundo” e dos outros entes quanto a partir de seu poder-ser mais próprio.*²⁷⁰

Em outras palavras, foi visto anteriormente que a força centrípeta da espiral hermenêutica expulsa o hermeneuta da clareira, momento no qual ocorrerá novo velamento, novo enevoamento, do ente. A presença permitirá, à cada processo de velamento e de desvelamento, nova compreensão do ser do ente. Trata-se, portanto, de um processo contínuo de compreensão, ou, conforme Heidegger, de um *em compreendendo*.²⁷¹

A cada desvelamento haverá nova compreensão e cada compreensão poderá ser apoderada pelo Dasein. E esta compreensão que houver sido apoderada, por sua vez, será um *poder-ser* do ente.

O *projeto*, portanto, se apresenta em duas vertentes, uma sendo este poder-ser em relação à(s) compreensão(ões) anterior(es), e outra a partir do “mundo” e dos outros entes intramundanos. Esta primeira vertente mostra que o fenômeno da verdade possibilita alcançar a verdade mais originária. Por sua vez, *a verdade da existência é a abertura mais originária e mais própria que o poder-ser da presença pode alcançar.*²⁷²

A quarta e última determinação esclarece que

A decadência pertence à constituição de ser da presença. Numa primeira aproximação e na maior parte das vezes, a presença se perdeu em seu “mundo”. Enquanto projeto para as possibilidades de ser, o compreender aí já se inseriu. [...] Do ponto de vista ontológico-existencial, o sentido completo da sentença: “a presença é e está na

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ Ibidem.

²⁷² Ibidem.

verdade” também inclui, de modo igualmente originário, que a “presença é e está na não verdade”.²⁷³

Conforme já visto, o desvelar e novo velar do ente devem ser entendidos como uma espiral contínua, como que numa tentativa incessante de se descobrir algo que tenta permanentemente se esconder, sendo que a cada descoberta se pode compreender melhor a essência daquilo que se quer conhecer numa perspectiva ontológica.

Pois bem, nesta perspectiva a decadência ocorrerá cada vez que ocorrer o novo velar do ente. E a proposição final (presença é e está na não verdade), parte da consideração de que é possível que aquilo que se compreendeu como “não verdade”, num desvelamento que posteriormente foi velado (ou novamente velado), torne-se verdade num desvelamento posterior. Daí Heidegger dizer que *é por isso que, em sua essência, a presença tem de tomar posse expressamente do que se descobriu contra a aparência e a distorção e sempre se reassegurar da descoberta*.²⁷⁴

A conclusão a que chega Heidegger, portanto, é que *da interpretação ontológico-existencial do fenômeno da verdade resultou, portanto: 1. Verdade no sentido mais originário é a abertura da presença à qual pertence a descoberta dos entes intramundanos. 2. A presença é e está, de modo igualmente originário, na verdade e na não verdade*.²⁷⁵

Prosseguindo, Heidegger passa a considerar a fala como elemento pertencente à abertura da presença. A verdade, portanto, compreendida num *locus* desvelador, pode ser apreendida através de um enunciado, conforme destaca o filósofo

A presença se pronuncia; se – enquanto ser-descobridor para o ente. É no enunciado que ela se pronuncia como tal sobre o ente descoberto. O enunciado comunica o ente no modo de sua descoberta. Na percepção, a presença que percebe essa comunicação traz a si mesma para o ser-descobridor com a referência ao ente discutido. Naquilo sobre o que o enunciado se pronuncia está contida a descoberta dos entes. A descoberta preserva-se no que se pronuncia.²⁷⁶

A cada apropriação de enunciado pronunciado, se terá, portanto, um manual de remissão ao ente descoberto, pois este enunciado de fala preservará o que houver

²⁷³ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 292-293.)

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 294.)

²⁷⁶ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 294-295.)

sido descoberto, podendo este manual ser utilizado como verificação para as descobertas futuras, ou seja, para os desvelamentos futuros.²⁷⁷

Em prosseguimento, o enunciado de fala, o manual, passa à ser algo simplesmente dado e o ente desvelado passa também à ser algo simplesmente dado. Neste ponto retornamos à visão filosófica clássica de *concordância*, na medida em que a fala, a definição simplesmente dada, corresponderá ao objeto, ao ente simplesmente dado

O fenômeno existencial da descoberta, que se funda na abertura da presença, transforma-se em propriedade simplesmente dada, que ainda guarda em si um caráter de relação e, como tal, torna-se uma relação simplesmente dada. Verdade como abertura e ser-descobridor, no tocante ao ente descoberto, transforma-se em verdade como concordância entre seres simplesmente dados dentro do mundo. Com isso, fica demonstrado o caráter ontologicamente derivado do conceito tradicional de verdade.²⁷⁸

Heidegger alerta para o fato de que a analítica-ontológica difere da análise ôntica, chegando a afirmar que *o que, porém, no ordenamento dos contextos de fundação ontológico-existenciais ocupa o último lugar é o que, onticamente, vem em primeiro lugar e aparece antes de tudo*. Em outras palavras, Heidegger vem enfatizar seu repúdio à coisificação do ente, esta aqui considerada numa perspectiva axiológica.²⁷⁹

E prosseguindo o raciocínio, Heidegger considera que em sendo também a verdade algo simplesmente dado, também a compreensão do ser partirá, de início, do ente como algo simplesmente dado, daí concluindo que

O enunciado não é o “lugar” primário da verdade. *Ao contrário*, o enunciado, enquanto modo de apropriação da descoberta e enquanto modo de ser-no-mundo, funda-se no descobrimento ou na *abertura* da presença. A “verdade” mais originária é o “lugar” do enunciado e a condição ontológica de possibilidade para que o enunciado possa ser verdadeiro ou falso (possa ser descobridor ou encobridor).²⁸⁰

²⁷⁷ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 295.)

²⁷⁸ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 296.)

²⁷⁹ Ibidem.

²⁸⁰ Idem. (HEIDEGGER. *Ser e Tempo*. p. 296-297.)

Assim, a verdade em Heidegger demanda um buscar incessante por seu desvelamento. A verdade é, em última análise, o corolário máximo do desvelamento do ente.

4.5 A aplicação do direito na perspectiva heideggeriana

De início, vale lembrar que neste trabalho não há a pretensão de estudar o direito como um sistema hermético de normas, que tenha a pretensão de bastar-se em si mesmo. A experiência já demonstrou que inexistente sistema exauriente e, mais que isso, demonstrou que a miríade de particularidades identificadas nos conflitos de interesses sempre demandará do juiz uma parcela de discricionariedade ao aplicar a legislação ao caso concreto. Neste sentido, Mello conclui

O pensamento jurídico não pode ficar adstrito a um sistema de pretensão absoluta, isto é, à pretensão da lei de bastar a si mesma, de ser completa, fechada, de ter tudo. Isso quer dizer que o direito não pode ser explicado a partir de uma relação sujeito-objeto, em que se instaura a subjetividade do sujeito com a objetividade do objeto. Melhor dizendo: o pensamento jurídico plantado no solo inexpugnável da metafísica tradicional utiliza-se da solidez de seu fundamento – *fundamentum absolutum et inconcussum*.²⁸¹

Por outro lado, não se pode olvidar que a bússola orientadora da ciência jurídica deve ser, necessariamente, a justiça, ao menos como ideal à ser alcançado.

E sobre essa necessidade de que o ideal de justiça não seja destituído de sua posição de norte do direito, de farol salvador nas águas tormentosas dos conflitos de interesses, Mello enfatiza a necessidade de um novo olhar sobre o ponto

Daí a importância de pensar o direito a partir do *Dasein*, a partir da hermenêutica da facticidade. Nesse sentido, é o caminho para o *processo de humanização do direito*, uma vez que o julgador deverá conduzir o pensamento jurídico, mais originalmente, em busca da Essência do homem. O jurista ter consciência desse momento original e fundante da ordem jurídica é o mesmo que permitir a existência de uma consciência histórico-efeitual. Ou ainda: o homem só conseguirá buscar o significado dos entes a partir da fusão de horizontes, assim como o próprio homem em sua finitude, temporalidade e historicidade.²⁸²

²⁸¹ Ob. Cit. (MELLO. *Hermenêutica e direito*. p. 168-169.)

²⁸² MELLO, Cleyson de Moraes. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008, p. 168.

Vale aqui a abertura de um parêntese, a fim de que fique claro que a perspectiva de historicidade apresentada em Mello, acima, não se confunde com a interpretação histórica. Não se trata aqui de hermenêutica clássica, mas também de *historicidade* na perspectiva ontológica.

E este conceito de historicidade, acorde com a visão ontológica pesquisada no presente trabalho, deve ser colhido em Gadamer, que inicia a explicação com fundamento em Husserl

Era claro, portanto, que o projeto heideggeriano de uma ontologia fundamental tinha como pano de fundo o problema da história. Todavia, em breve se perceberia que, nem a solução do problema do historicismo, nem uma fundamentação originária das ciências, e até nem mesmo uma autofundamentação ultra-radical da filosofia de Husserl corresponderiam ao sentido dessa *ontologia fundamental*; é a *própria ideia da fundamentação que experimenta agora um inversão total*.²⁸³

Ocorre que Heidegger evoluiu o pensamento de Husserl, fazendo com que a temporalidade passasse à ser o fio condutor para a sua pretendida ontologia fundamental. E por isso Gadamer elucida que

O questionamento já não é mais igual ao de Husserl, quando Heidegger empreende a interpretação do ser, verdade e história a partir da temporalidade absoluta. Pois essa temporalidade já não era mais a da “consciência” ou a do eu-originário transcendental. [...] O que o ser significa terá de ser determinado a partir do horizonte do tempo. A estrutura da temporalidade aparece assim como a determinação ontológica da subjetividade. Porém ela era mais do que isso. A tese de Heidegger era: o próprio ser é tempo.²⁸⁴

Fechando o parêntese e retomando a linha de raciocínio, a busca da verdade no campo da discricionariedade do magistrado, necessariamente passará pela compreensão ontológica, pela tentativa incansável de desvelar o ente, ainda que este teime em tentar se encobrir com os mantos veladores das alegações das partes, da rigidez do ordenamento e mesmo dos pré-conceitos que o julgador traz impregnados a sua compreensão pessoal (e, portanto, irrelevante) de mundo.

Vale pontuar que à partir deste conceito de historicidade, o enfoque muda completamente de cenário, pois o que era subjetivo, passa agora à ser objetivo. Na

²⁸³ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev.Trad. Ênio Paulo Giachini. 3ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, p. 389.

²⁸⁴ Ibidem.

medida em que agora o passado integra o conceito do presente e, antevendo o futuro, completa a ideia de ser-no-mundo, o fundamento do direito passe à ser algo concreto. Neste sentido, Mello esclarece o ponto quando afirma que

No *horizonte da interpretação do direito*, os enunciados da norma jurídica somente podem ser inteiramente compreendidos quando a verdade tem sua origem na sua abertura. Logo, o discurso jurídico pertence essencialmente à abertura do ser-aí (da-sein, ser-no-mundo).[...] Desta maneira, o fundamento do direito não é mais aquele seguro e subjetivo, mas um fundamento ligado às condições concretas, históricas, do modo de ser-no-mundo. Um existencial, portanto! Assim, a questão da verdade e da compreensão do direito está relacionada à *historicidade*. É um ir além da realidade e da idealidade.[...].²⁸⁵

Vale pontuar, diante da oportunidade, que a hermenêutica ontológica não esconde que delega ao julgador grande parcela de discricionariedade, conforme adverte Mello

Daí a importância do exegeta (julgador) já que ele não pode ser um espectador passivo e desinteressado, senão deve ficar atento à questão da verdade no âmbito da esfera jurídica. Eis aqui o novo paradigma do direito. A questão da verdade se aproxima da questão do fundamento do direito.²⁸⁶

Assim, a ontologia heideggeriana se apresenta como uma alternativa para a busca da realização da verdade no campo do direito, culminando por contribuir para o alcance de justiça plena, assim considerada como um anseio da própria natureza humana.

4.6 Uma provocação investigativa

Identificada a hermenêutica ontológica, se faz necessário ingressar na segunda parte deste capítulo, a fim de investigar, como antes afirmado, a medida na qual a obediência à lei se relaciona com o conceito de Estado democrático e de direito.

Por uma questão metodológica, de agora e até o final do capítulo as expressões *lei* e *direito* serão grafadas em minúsculo e itálico, para que fique evidente que foram produzidas neste trabalho e não que representam a inteligência dos estudiosos referenciados em cotejo.

²⁸⁵ MELLO, Cleyson de Moraes. *Direito e(m) verdade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011, p. 84-85.

²⁸⁶ Idem. (MELLO. *Direito e(m) verdade*. p. 85.)

Não se intenciona questionar a legitimidade da ordem jurídica constituída e muito menos atacar as proposições da hermenêutica ontológica. O foco é provocar o questionamento acerca da existência, ou não, de formas de realização do *direito* em sua plenitude.

Além disso, não há pretensão de esgotar o tema e o foco desta segunda parte é evidenciar a miríade de questionamentos que têm sua gênese nesta problemática. Nesta perspectiva, ao contrário do cenário jusfilosófico, a Teoria Geral do Direito é o arcabouço científico no qual esta parte do trabalho fixará suas bases.

Como adiantado na primeira parte deste capítulo, os autores adiante citados não o serão de acordo com a inteligência extraída do conjunto de sua obra, mas sim de acordo com pontos isolados nos seus trabalhos, de molde a demonstrar que a interpretação livre pode apontar para resultados opostos, à depender do volume de informação que se detenha.

A análise que se fará adiante, portanto, se relacionará com a seguinte problemática: diante de um conflito entre uma conduta prevista pela *lei* e uma conduta adequada ao ideal de *direito*, qual deveria prevalecer?

Indo direito ao ponto, convém iniciar destacando que a complexidade ínsita ao mundo jurídico é de tal magnitude, que chegou a fazer com que Bobbio concluísse que a tentativa de dar uma resposta ao problema da definição do direito, estabelecendo uma espécie de prescrição, seria integralmente destinada ao fracasso.²⁸⁷

O valor transcendental que o conceito de Estado Democrático de Direito possui no mundo contemporâneo, é de reconhecimento notório. Estabelecida esta premissa, de antemão impende pontuar que nesta parte do trabalho não se enveredará na seara dos conceitos de direito, lei, Estado, entre outros aplicáveis aos diferentes sistemas existentes no orbe terrestre. Aqui nos bastará a compreensão advinda da inteligência produzida no mundo ocidental.²⁸⁸

²⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005, p.147.

²⁸⁸ Sobre o entendimento destes *standards* no mundo oriental, em especial a China, ver a tese de doutorado do Prof. Dr. Marcelo Maciel Ramos, intitulada “A invenção do direito pelo ocidente. Uma investigação face à experiência normativa da China” disponível em www.ufmg.br

No ordenamento brasileiro, o conceito ganha status constitucional, erigido ao patamar de princípio fundamental e apresentado como a forma de constituição de nossa República.²⁸⁹

Moraes esclarece que Estado Democrático de Direito significa a exigência de que o Estado seja regulado por leis democráticas, que existam eleições livres, periódicas, que neste processo eleitoral haja participação do povo, bem como seja regido pelo respeito às autoridades públicas e aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.²⁹⁰

Daí, portanto, Bastos correlacionar a legitimidade da constituição à consagração de valores jurídicos positivados

Das constituições, por seu turno, é cobrada legitimidade, que vem a ser a maior ou menor correspondência entre os valores e as aspirações de um povo e o constante da existente Lei Fundamental. Constata-se assim que a Constituição não se contenta com a legalidade formal, requerendo uma dimensão mais profunda, a única que a torna intrinsecamente válida. Assim sendo, uma Constituição não representa uma simples positivação do poder. É também uma positivação de valores jurídicos.²⁹¹

Sendo o Estado, democrático e de direito, poder-se-ia concluir que toda a lei deveria ser respeitada sem questionamentos. Ora, em havendo a participação popular no processo de elaboração da lei e considerando que a submissão da República ao *direito* é um princípio fundamental, parece que esta seria a conclusão inexorável.

Ocorre que o Estado democrático não está submetido à *lei*, mas sim ao *direito* e, nesta perspectiva, é importante reconhecer a possibilidade – ainda que hipotética – de que a *lei* possa estar em conflito com o *direito*.

Avançando um pouco mais neste exercício imaginativo, poderíamos conceber a hipótese de que os mecanismos de controle de adequação da *lei* ao *direito*, jurisdicionais ou não, pudessem falhar, o que culminaria com a necessidade de que o próprio indivíduo, diante de uma situação lesiva concreta, tivesse que optar entre a obediência à *lei*, virando as costas para o *direito*, ou a conformidade com o *direito*, descumprindo a *lei*.

²⁸⁹ Brasil. Constituição. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:(...)

²⁹⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2001, p.49.

²⁹¹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 21.

Em que pese o estudo das *fontes do direito* não estar absorvido pela limitada abrangência deste estudo, a inteligência de Bobbio sobre o assunto tem grande pertinência

A importância do problema das fontes do direito está no fato de que dele depende o estabelecimento da pertinência das normas, com que lidamos a um determinado ordenamento jurídico: tais normas lhe pertencem ou não, conforme derivem ou não dos fatos ou atos dos quais o ordenamento jurídico faz depender a produção das suas normas. Formulado em outros termos, o problema das fontes do direito diz respeito à validade das normas jurídicas.²⁹²

A conclusão de Bobbio, no desenrolar do raciocínio acima descrito, é de viés eminentemente positivista, o que destoava do objeto deste trabalho. Como enunciado, o objetivo é de destacar as implicações desta proposição, estimulando mais o processo de investigação do que propriamente o desvendar da resposta.

Neste contexto, a citação do excerto pareceu adequada, na medida em que enuncia a problemática acerca do fundamento de validade da *lei*. Em não sendo reconhecida esta validade, seria legítimo descumpri-la? Essa a questão que se coloca.

Montesquieu já vislumbrava a possibilidade de uma lei perder a legitimidade, quando afirmava que em um Estado popular seria necessária a presença da *virtude* para que um governo se mantivesse ou sustentasse. Aliás, fixava na lei o último bastião à dar sustentação a um governo popular, na medida em que dizia que *quando em um governo popular as leis não são mais executadas, o Estado já estará perdido, pois isso só pode ser conseqüência da corrupção da república*.²⁹³

Ao esclarecer o que seria esta *virtude*, Montesquieu diz que *em uma república, a virtude é uma coisa muito simples: é o amor pela república, é um sentimento e não uma série de conhecimentos [...] o amor à pátria leva à bondade dos costumes, e a bondade dos costumes, ao amor à pátria*.²⁹⁴

À primeira vista, a sutileza do argumento pode sugerir um viés de pouca importância à *lei*. Todavia, quando exemplifica o ponto, Montesquieu traça um paralelo com o amor externado pelos monges para com sua Ordem e, neste argumento, sustenta que este amor é focado justamente no que a Ordem tem de insuportável. Afirma que suas normas (as da Ordem) privam os monges de todas as coisas nas

²⁹² BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006, p.161.

²⁹³ MONTESQUIEU, Barão de la Brède e de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.35. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

²⁹⁴ Idem. (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. p. 55.)

quais as paixões ordinárias se apóiam e seria precisamente daí a gênese das paixões pelas normas que os mortificam. Daí concluir que: *quanto mais austeras são essas normas, quanto mais elas impedem as suas inclinações, tanto mais força imprime àquelas que permite.*²⁹⁵

Como se pode perceber, quando Montesquieu se dedica a esclarecer o que seria e quais as conseqüências da *virtude* no Estado político, fica ainda mais evidente a carga de subjetividade impressa ao instituto.

Com efeito, à depender do ângulo de visada impresso pelo intérprete, poder-se-á afirmar tanto que a *lei* pode ser descumprida para prestigiar o *direito*, quanto o contrário. Ora, por este pensamento, a *lei* ou o *direito* prevaleceriam, à depender do local onde a *virtude* ou a paixão guardassem moradia.

Talvez o problema se encontre na moral, ou na avaliação que cada um detém acerca do que seria a moral. Desta forma, e de fato isto ocorre, não são raras as oportunidades nas quais o indivíduo se depare diante de uma situação real, na qual esteja inclinado a tomar determinada atitude, ainda que esta aparente ofender a sua moral. Em outros termos, e especificamente ordenada pela ótica kantiana, Korsgaard enuncia a problemática da seguinte forma

A moralidade é incondicional e imperiosa. Suas demandas são incondicionais e suas exigências têm prioridade sobre todas as outras. Ainda assim, todos nós podemos pensar em situações nas quais, por razões que nos parecem honráveis, não-egoísticas ou conscienciosas, poderíamos fazer coisas que a moralidade parece proibir.²⁹⁶

A mera enunciação deste dilema hipotético já é suficiente para instigar a curiosidade e permite, em alguma medida, antever as implicações de se optar por uma ou outra ação.

4.7 Obediência à lei

Refinando o argumento daqueles que consideram que o respeito incondicional ao comando legal é necessário, pode-se dizer que esta obediência se constitui no próprio exercício, no prestígio, ao conceito de Estado Democrático de Direito.

²⁹⁵ Idem. (MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. p. 55-56.)

²⁹⁶ KORSGAARD, Christine M. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 518.

A racionalidade de Aquino aponta na direção de concluir que a lei e o direito se confundem, sendo a obediência à lei, portanto, mera efetivação do direito

A lei propriamente, por primeiro e principalmente, visa a ordenação ao bem comum. Ordenar, porém, algo para o bem comum é ou de toda a multidão ou de alguém que faz as vezes de toda a multidão. E assim constituir a lei ou pertence a toda a multidão, ou pertence à pessoa pública que tem o cuidado de toda a multidão. Porque em todas as coisas ordenar para o fim é daquele de quem este fim é próprio.²⁹⁷

E mais adiante, essa coincidência entre lei e direito fica mais evidente quando Aquino estabelece que

[...] a lei não é outra coisa que o ditame da razão do que preside, pelo qual os súditos são governados. E a virtude de qualquer súdito é submeter-se bem àquele pelo qual é governado, como vemos que as potências irascível e concupiscível consistem em que sejam bem obedientes à razão. E por esse modo “a virtude de qualquer súdito é submeter-se bem ao príncipe”, como diz o Filósofo²⁹⁸. Qualquer lei ordena-se, pois, a que seja obedecida pelos súditos. Donde é manifesto que isso seja próprio da lei, induzir os súditos à própria virtude dos mesmos.²⁹⁹

Por fim, o jurista canônico chega mesmo à admitir que no foro da consciência o homem poderia se considerar desobrigado de cumprir tal ou qual lei considerada injusta, devendo contudo à ela se submeter, cedendo seu direito, para, por exemplo, evitar o escândalo.³⁰⁰

As hipóteses de não sujeição à lei, na obra de Aquino, são absolutamente formais.³⁰¹ Veja-se, por exemplo, quando admite uma hipótese de exceção da aplicação da lei, mas a restringindo à iminência de *perigo súbito*. Aquino deixa claro, entretanto, que somente os príncipes teriam legitimidade para declarar a situação de perigo súbito e de, portanto, permitir a não aplicabilidade de determinada lei.

O caso não parece se constituir em verdadeira exceção à cogência da lei, mas sim em hipótese de sua derrogação, ou mesmo ab-rogação. Uma dessas espécies de revogação, ao que tudo indica, ocorreria pela edição de outra lei, sendo essa elaborada pela autoridade competente para sua edição.

²⁹⁷ AQUINO, Tomas. *Suma teológica. Os hábitos e as virtudes. Os dons do Espírito Santo. Os vícios e os pecados. A lei antiga e a lei nova. A graça*. Vol.4. São Paulo: Edições Loyola. I-II, Q90, A4.

²⁹⁸ Aristóteles.

²⁹⁹ Ob.Cit. (AQUINO. *Suma teológica*). I-II, Q92, A1

³⁰⁰ Idem. (AQUINO. *Suma teológica*). I-II, Q96, A4

³⁰¹ Idem. (AQUINO. *Suma teológica*). I-II, Q96, A5; Q96, A6.

A inteligência tomista, portanto, aponta claramente para a correção da lei vigente, para a legitimidade de quem a promulga e para sua força coativa.

Esta identidade entre os conceitos de *lei* e de *direito* é mais bem delineada em Kelsen. Kelsen propõe que quando se confrontam os objetos que são apontados como “direito”, a resultante será que todos (os objetos) se apresentarão como *ordens de conduta humana* e, à partir daí passa a explicar que

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo facto de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é [...] uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem. Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertencente a uma determinada ordem jurídica, e pertence a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem.³⁰²

Fica evidente, portanto, que na concepção kelseniana o *direito* é uma ordem normativa, é o conjunto das *normas* de um país, e que estas normas somente serão válidas se estiverem em conformidade com a lei chamada de *fundamental*.

Nas sociedades ocidentais, verifica-se a constituição como sendo a norma mais elevada do sistema positivo. A existência de uma norma positiva superior a todas as outras, possibilita visualizar o sistema hierárquico piramidal proposto pela racionalidade do pensamento de Kelsen.

Mantendo esta linha de raciocínio, é de se concluir que o estabelecimento de um sistema eficiente de controle formal, tanto do processo de elaboração, como do de aplicação da norma jurídica, seria o suficiente para garantir que o *direito* fosse plenamente válido.

Se a *norma* estiver vigente, será porque ela estará em conformidade com a *lei fundamental* e, se assim estiver, será porque estará em conformidade com todo o ordenamento. Sendo o ordenamento a representação do que seja o próprio *direito*, a *norma* representará o próprio *direito*. *Norma* e *direito* se confundiriam e, como tal, não haveria que se falar em hipótese legítima de desobediência.

³⁰² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984, p.57.

Calafetando as frestas dessa formulação, Kelsen separa ontologicamente o *direito* da Moral³⁰³, não permitindo que argumentos desta natureza tenham o condão de legitimar eventual desobediência à qualquer comando normativo vigente.³⁰⁴

O curioso desta proposição, é que ela pode levar à crer justamente o contrário do que a compreensão mais larga da doutrina permite ao estudioso.

Perceba-se que Kelsen afasta a Moral do Direito, pois acredita que juízos de Moral partem de premissas preconcebidas, estanques e que, portanto, levariam a uma legitimação acrítica da ordem coercitiva estatal.³⁰⁵

Por isso, somente a obediência ao processo legislativo estatuído – e neste âmbito o consideramos como o utilizado no Estado Democrático de Direito – é que permitiria essa discussão racional e que possibilitaria alcançar o fim de impor a uma ordem social um critério de medida firme sobre o que viria à ser justo ou injusto, independentemente de circunstâncias de tempo e de lugar.³⁰⁶

Veja-se, portanto, que a premissa da correção da norma, na ótica kelseniana, não se esgota na observância ao formalismo, mas sim parte da ideia de que anteriormente ao preenchimento dos ritos formais, a norma teria sido elaborada em estrita observância ao *Direito*, legitimando assim o justo.³⁰⁷

Esse pensamento fica evidenciado com mais clareza em outra oportunidade, quando Kelsen afirma que inexiste racionalidade na ideia de justiça.³⁰⁸

Em outras palavras, Kelsen afirma que ainda que a ideia de justiça seja indispensável para a *volição* dos homens, ela não está sujeita à *cognição*. Isso porque esta *cognição* só poderia reconhecer uma ordem positiva se evidenciada por atos que pudessem ser determinados por critérios objetivos. E essa ordem positiva seria, inexoravelmente, o direito positivo.³⁰⁹

Todo este raciocínio está preordenado pela necessidade de se retirar a subjetividade, a discricionariedade das mãos do julgador, objetivando a manutenção

³⁰³ Vale observar que a absoluta separação entre Direito e Moral, da forma como proposta por Kelsen, tem sua gênese na crença de que não existiria uma única Moral, mas sim vários sistemas de Moral completamente diferentes uns dos outros, não permitindo, portanto, que o Direito pudesse estar vinculado à todas as “morais” existentes, o que comprometeria o anseio de ser justo.

³⁰⁴ Ob.Cit. (KELSEN. *Teoria pura do direito*. p.106.)

³⁰⁵ Idem, p.107.

³⁰⁶ Ibidem.

³⁰⁷ Ibidem.

³⁰⁸ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p.20-21.

³⁰⁹ Ibidem.

de um critério que pudesse oferecer segurança à sociedade. Segurança jurídica, enfatiza-se.

E o anseio de Kelsen pela preservação da segurança jurídica, fica evidente na seguinte passagem

Essa mudança de significado do conceito de justiça caminha lado a lado com a tendência de retirar o problema da justiça da insegura esfera dos julgamentos subjetivos de valor e de estabelecê-lo no terreno seguro de uma ordem jurídica determinada. Nesse sentido, a 'justiça' significa legalidade; é 'justo' que uma regra geral seja aplicada em todos os casos em que, de acordo com seu conteúdo, esta regra deva ser aplicada. 'Justiça' significa a manutenção de uma ordem positiva através de sua aplicação escrupulosa. Trata-se de justiça 'sob o Direito'.³¹⁰

Não há nenhum espaço, por isso, para se falar em inobservância da lei, na teoria pura do direito. Nos dizeres do jurista: o Direito é uma ordem coercitiva.³¹¹

4.8 Desobediência

A desobediência à qualquer ordem constituída, à qualquer sistema legal legitimamente estabelecido, ofende o bom senso, *prima facie*.

Abrindo um pouco mais o espectro de visada, entretanto, já se pode vislumbrar mais de uma hipótese na qual o descumprimento à *lei* é pressuposto da busca da realização do *direito*, como, por exemplo, nos processos revolucionários e, com maior intensidade, nas guerras.

Ainda no século XVII, Hobbes já afirmava a existência de um direito natural de todo homem, sendo este constituído pela liberdade que cada ser humano teria de utilizar seu poder para garantir sua vida, inclusive fazendo tudo aquilo que entendesse adequado para atingir este fim.³¹²

Hobbes chega mesmo à estabelecer uma diferença conceitual entre *lei* e *direito* quando afirma que

Em vista da confusão entre *lex* e *jus*, direito e lei, feita pelos que têm tratado desse assunto, é preciso fazer distinção [...] Assim, o direito é a liberdade de agir ou de omitir, enquanto a lei obriga a agir ou omitir.

³¹⁰ Idem. (KELSEN. *Teoria geral do direito e do estado*, p. 21.)

³¹¹ Idem. (KELSEN. *Teoria geral do direito e do estado*. p. 25.)

³¹² HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 97. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

Portanto, entre lei e o direito há a mesma diferença que existe entre a obrigação e a liberdade, que são incompatíveis quando dizem respeito à mesma matéria. Uma vez que a condição humana [...] é a da guerra de uns contra os outros, cada qual governado por sua própria razão, e não havendo algo de que o homem possa lançar mão para ajudá-lo a preservar a própria vida contra os inimigos, todos têm direito a tudo [...].³¹³

O pensamento de Hobbes sobre essa questão trabalha a tensão existente entre o direito absoluto de se defender e o ponto de conflito que isso gera entre as pessoas, na medida em que se todos têm este direito, os homens viveriam em constante estado belicoso. A busca da paz, portanto, se apresenta como um norte à ser perseguido e mantido, sendo que este objetivo sintetiza a primeira parte da regra ao fixar a própria lei fundamental da natureza, isto é, a busca da paz. A outra parte seria a essência deste chamado direito natural, que é a possibilidade de se defender utilizando todos os meios possíveis.³¹⁴

Lei e direito, portanto, poderão ser confrontados, prevalecendo o segundo, nesta ótica.

O pacto social proposto por Rosseau, estabelece que tanto quanto o homem detém poder absoluto sobre todos os seus membros, sendo este poder advindo da natureza, o corpo político deteria poder absoluto sobre todos os seus, na medida em que o teria recebido da vontade geral, sendo esta, inclusive, a manifestação da verdadeira soberania.³¹⁵

Ocorre que Rousseau fixa esta premissa dentro da perspectiva de um Estado ideal, e expressamente estabelece que os serviços que o cidadão deverá prestar ao Estado, por solicitação do soberano, só serão realmente devidos se guardarem utilidade à comunidade. Chega a afirmar que *os compromissos que nos ligam ao corpo social só são obrigatórios por serem mútuos, e é tal sua natureza que, respeitando-os, não é possível trabalhar para os outros sem trabalhar também para nós*.³¹⁶

Digno de nota, se apresenta a figura do legislador rousseauiano, que é personagem sempre adjetivado, tal como extraordinário, chegando o autor à afirmar que “*seriam necessários deuses para dar lei aos homens*”. Isso porque a lei seria, neste olhar, a perfeita representação da vontade geral, a forma perfeita de regular a

³¹³ Idem. (HOBBS. *Leviatã*. p. 98.)

³¹⁴ Ibidem.

³¹⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2010, p.36-37. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

³¹⁶ Idem. (ROUSSEAU. *Do contrato social ou princípios do direito político*. p. 37.)

vida em sociedade. Coerente com este raciocínio, e ciente da realidade factual, Rousseau estabelece que

Vê-se mais que, reunindo a lei a universalidade da vontade e a do objeto, o que um homem, seja qual for, de seu moto próprio ordena não é lei; o que ordena mesmo o soberano, acerca de um objeto particular, também não é lei, mas um decreto; nem um ato de soberania, mas de magistratura.³¹⁷

Assim, a *lei* é reputada por Rousseau como algo do gênero ato normativo formal e, nesta perspectiva, poderia ser descumprida para a efetivação do *direito*, especialmente quando se considerasse que o pacto social não fosse adequadamente respeitado.

Contemporaneamente à Rousseau, Kant elabora sua teoria jurídica e sua teoria ética, que repercutiram em toda a Europa.

Considerando a conhecida separação da moral do conceito de direito na obra kantiana, e a sua evidente influência no pensamento de Kelsen³¹⁸, poderia intrigar a razão do austríaco ser tratado no tópico da “obediência”, enquanto ao alemão foi reservada a “desobediência”.

Logo de início, registre-se que não se pretende afirmar que na obra de Kant há menção à desobediência ao direito constituído, tal como os autores que iniciaram este tópico. Porém, a filosofia kantiana, e sua constante busca pela liberdade, pode, em alguma medida, contrastar com a *lei*.

Veja-se uma das versões do conhecido imperativo categórico

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.³¹⁹

Logo adiante a máxima é refinada nos seguintes termos

Se, então, minha ação ou minha condição pode geralmente coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, todo aquele que obstaculizar minha ação ou minha condição me produz injustiça,

³¹⁷ Idem. (ROUSSEAU. *Do contrato social ou princípios do direito político*. p. 42 e ss.)

³¹⁸ Para o aprofundamento do tema, ver: GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

³¹⁹ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008, p. 76-77.

pois este obstáculo (resistência) não pode coexistir com a liberdade de acordo com uma lei universal.³²⁰

Ao discorrer sobre o direito de necessidade (*ius necessitatis*), Kant elabora seu raciocínio sobre a hipótese da existência do direito de uma pessoa subtrair a vida de outrem, sendo esta conduta legitimada pela necessidade. Utiliza-se do brocardo latino *necessitas non habet legem* (a necessidade não tem lei), para subsidiar o argumento, no que não há nenhuma inovação.

O que interessa para este estudo, contudo, é a seguinte afirmação: *No entanto, não poderia haver necessidade alguma que fizesse o que é injusto se conformar à lei.* Exsurge daí, portanto, que o conteúdo do injusto contamina o ato com tal intensidade que nem mesmo a *lei* poderia purificá-lo. Kant considera, inclusive, que o conceito de direito, neste caso, poderia variar se analisado *perante a razão* ou *perante uma corte*.³²¹

De toda sorte, a coerção é um elemento determinante para a caracterização do *direito* na obra de Kant e, considerando a miríade de textos normativos que não contêm sanção (ainda que por falha técnica legislativa), poder-se-ia considerar que estas *leis* não demandariam cumprimento.

Ihering, por sua vez, é enfático ao considerar que para o *direito* a luta é equivalente ao trabalho. A obtenção do direito sempre advém da luta e deve ser buscada ainda que em desconformidade com a *lei*. Esse entendimento é afirmado em diversas oportunidades de sua obra, sendo digno de nota

O fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta [...] A vida do direito é a luta – uma luta dos povos, governos, classes sociais, indivíduos. [...] Sabe-se que a palavra direito é usada em duas acepções distintas, a objetiva e a subjetiva. O direito compreende os princípios jurídicos manipulados pelo Estado, ou seja, o ordenamento legal da vida. O direito subjetivo representa a atuação concreta da norma abstrata, de que resulta uma faculdade específica de determinada pessoa. Num como noutro sentido, o direito encontra resistências, e em ambos os sentidos tem de vencê-las, isto é, deve conquistar ou defender sua existência através da luta.³²²

Rawls, assim como Rousseau, estabelece uma relação de ajuste entre os membros da sociedade e o poder constituído. Chega, inclusive, a vislumbrar a

³²⁰ Idem. (KANT. *A metafísica dos costumes*. p. 77.)

³²¹ Idem. (KANT. *A metafísica dos costumes*. p. 81-82.)

³²² IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 53-55.

possibilidade dos indivíduos agirem de acordo com suas próprias regras, desde que os objetivos almejados estejam em consonância com o senso comum

Dizendo que a instituição e, por conseguinte, a estrutura básica da sociedade, são um sistema público de regras, entendo que qualquer um que esteja engajado neste sistema saberá se as regras e a sua própria participação nas atividades definidas pelas regras são o resultado de um acordo ou não. [...] Entendemos que os indivíduos pertencentes a esta divisão poderão fazer regras para eles mesmos, enquanto estas regras têm por função chegar a objetivos aceitos por todos e que as outras pessoas não sejam atingidas.³²³

De outro ângulo, é inarredável pontuar que as bases desta obra de Rawls são fincadas na convicção de que a lei sempre deve ser cumprida, ainda mesmo quando for injusta (sendo válido aqui tudo o que acima foi dito sobre a teoria de Kelsen). Rawls chama a atenção para o fato de que o ponto que se precisa investigar, mais precisamente, são as circunstâncias e o grau em que as pessoas são obrigadas a acatar sistemas injustos

Há quem diga que nunca somos obrigados a cumprir determinações nestes casos. Mas isto é um erro. Do mesmo modo que a validade legal de legislação (na forma definida na constituição vigente) não é razão suficiente para que se a cumpra, o caráter injusto de uma lei não é razão suficiente para não se acatá-la. Quando a estrutura básica da sociedade é razoavelmente justa, equidade esta, calculada em termos daquilo que o estado presente das coisas permite, devemos reconhecer a obrigatoriedade de leis injustas, desde que não excedam certos parâmetros de injustiça.³²⁴

E Rawls esclarece, amiúde, que se a premissa é de que a Constituição é justa, então será necessário aceitar um de seus princípios fundamentais, ou seja, o da democracia, em sua obra vista como o governo da maioria. Daí Rawls afirmar que *num estado de quase justiça, temos normalmente o dever de acatar leis injustas pela obrigação de apoiar a constituição justa.*³²⁵

Rawls, entretanto, discorrendo sobre o que ele denomina de um *fragmento da teoria da obediência parcial*, admite hipóteses de desobediência à *lei* quando formula os conceitos de ‘resistência passiva’ e da ‘recusa por motivos de consciência’. A

³²³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UNB, 1981, p. 64.

³²⁴ Idem. (RAWLS. *Uma teoria da justiça*. p. 265-267.)

³²⁵ Idem. (RAWLS. *Uma teoria da justiça*. p. 267.)

questão, para Rawls, reside na intensidade da injustiça³²⁶, mas não esclarece, contudo, o que seria ou qual o método para se mensurar o grau dessa injustiça.

Abrindo um parêntese, vale pontuar que este argumento parece ter sido utilizado por Radbruch, quando afirma que se a *lei* promover uma contradição tão intensa com a justiça que se constitua em verdadeiro *direito incorreto*, poderia ser afastada em detrimento desta justiça.³²⁷

Voltando ao prumo, a definição de Rawls sobre a ‘desobediência civil’ e a ‘recusa por motivos de consciência’, nos permite compreender com bastante largueza o alcance dos conceitos. Em linhas gerais, o filósofo norte-americano estabelece que da mesma forma que a teoria constitucional da desobediência civil se apóia, unicamente, sobre uma concepção de justiça, o mesmo se daria com a chamada recusa por motivos de consciência. Segundo Rawls

Esta forma política pode ser compreendida como forma de dirigir-se ao senso da justiça da comunidade, uma invocação dos princípios reconhecidos de cooperação entre iguais. Por ser um apelo à base moral da vida cívica, constitui ato político e não religioso. Assenta-se sobre o bom senso dos princípios de justiça [...] é derivada da concepção pública de justiça que caracteriza a sociedade democrática [...] uma concepção de desobediência civil faz parte da teoria do governo livre.³²⁸

Fica evidente, portanto, a admissão de hipóteses de repúdio à *lei*. À partir daí, as implicações são delegadas ao intérprete.

4.9 Sobre a viabilidade de um ativismo judicial sob a hermenêutica ontológica

Como visto, Heidegger apresenta o direito pautado na verdade, mas não na verdade utópica e sim na verdade manifestativa orientada pela compreensão ontológica e na verdade como manifestação do legislador.

A verdade, então, se reveste de características que permitem rotulá-la como fundamento do direito. Inegável, portanto, a mudança do seu *locus* hermenêutico. Aliás, como apresentado na pesquisa, esta perspectiva altera o status da verdade mesmo se for considerada numa análise axiológica.

³²⁶ Ibidem.

³²⁷ RADBRUCH, Gustav. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 1973, p.345, *apud* ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 34.

³²⁸ Ob.Cit., p.273-292.

O direito é afetado por essa nova perspectiva da verdade, na medida em que na visão ontológica a verdade não possui a estrutura de concordância entre o sujeito (conhecimento) e o objeto. O que se busca é uma recolocação do ser em seu sentido mais originário, evitando o encobrimento que o próprio ente exerce sobre o ser.

O processo contínuo de velar e desvelar, de esconder e descobrir, de claro e escuro é o que constitui a própria essência da verdade na filosofia heideggeriana.

No campo do direito, portanto, a verdade não será o que o julgador disser se o fizer de acordo com sua própria consciência, pois, caso ocorra, haverá novo encobrimento do ente, com nova expulsão da clareira pela espiral hermenêutica, ocorrendo o retrocesso à compreensão sujeito-objeto.

O intérprete do direito, e principalmente o juiz, como intérprete e aplicador, portanto, enquanto hermeneuta heideggeriano, deverá continuamente se colocar no tempo originário, lembrando o passado, observando o presente e antevendo o futuro.

Deverá se esforçar para não ser tragado pela força centrípeta que tentará, incessantemente, retirá-lo deste adequado *locus* hermenêutico.

Além disso, não poderá ignorar a sua condição de ser-no-mundo, de catalisador de todas as impressões dos demais seres-no-mundo, de molde à adequadamente alcançar o conceito de mundanidade.

E assim o fazendo, na ótica apresentada por Heidegger, o direito, seus intérpretes e aplicadores, estarão mais distantes da valoração do ente, da rotulação do caso concreto. Ao contrário, a hermenêutica ontológica prega que se estará cada vez mais próximo da verdade, do alcance da essência do que se pretende interpretar, possibilitando, conseqüentemente, a aproximação de uma efetivação do ideal de justiça.

O objetivo do capítulo, em última análise, foi evidenciar a possibilidade de que a inteligência humana dê a interpretação que melhor lhe convier, diante de uma situação litigiosa.

Por conseguinte, os sistemas jurídicos necessitam de mecanismos de proteção, de molde a assegurarem que casuísmos pontuais não tenham o poder de amoldar, torcer, e mesmo subverter, a interpretação e aplicação do direito.

Se o direito tem uma pretensão de correção, ao menos nos moldes vistos anteriormente³²⁹, não nos parece possível que possa haver tantas interpretações quantas forem as situações conflituosas que lhe sejam submetidas.

Daí a necessidade de que a norma seja respeitada incondicionalmente, caso reconhecida como manifestação da produção republicana advinda de uma instituição democrática.

Korsgaard apresenta a questão nos seguintes termos

[...] E a normatividade dos próprios procedimentos surge não da qualidade de seus resultados, mas sim do fato de que devemos ter tais procedimentos se vamos formar uma vontade geral. Para agirmos juntos – para fazermos leis e políticas, aplica-las, impô-las de uma maneira que represente, não alguns de nós impondo nossas vontades privadas sobre os outros, mas todos nós agindo juntos a partir de uma vontade geral coletiva -, devemos ter certos procedimentos que tornem possíveis decisões e ações coletivas e, normativamente falando, devemos nos guiar por seus resultados reais.³³⁰

Nesta perspectiva, se espera que o presente capítulo tenha alcançado o objetivo de enunciar, de um lado, a miríade de possibilidades hermenêuticas advindas da ontologia heideggeriana, bem como o quão importante é a necessidade – talvez sendo este o verdadeiro desafio – de conjugação de seus primados com a necessária obediência à ordem constituída, para que se efetive o verdadeiro *direito*.

E o pano de fundo que permeia esta discussão, é a atuação ativista do Poder Judiciário, aqui analisada dentro da tensão existente entre uma máxima discricionariedade do julgador – tal como ontologicamente possível – com o rigor hermético do arcabouço legislativo que compõe o ordenamento jurídico.

³²⁹ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 15.

³³⁰ KORSGAARD, Christine M. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 541.

5 REFLEXÕES SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E A DEMOCRACIA

5.1 Primeiras impressões

O poder executivo governa, o poder legislativo elabora as leis e o poder judiciário julga os conflitos entre as pessoas.

A complexidade das relações públicas e privadas, aliada à miríade de pautas em discussão em todos os segmentos da sociedade contemporânea, nos autorizam a afirmar que a proposição acima é tão verdadeira quanto é afastada da realidade.

Fato é, entretanto, e mantendo o foco da pesquisa, que ao poder judiciário é relegada a tarefa de interpretar e aplicar a lei aos conflitos que lhes são apresentados. Esta interpretação e aplicação da lei é o que se chama de hermenêutica jurídica, tal como esclarecido no capítulo anterior.

Sendo assim, a medida da liberdade do julgador para interpretar o conteúdo normativo da regra de direito é o ponto que norteia o estudo no presente capítulo.

A limitação entre o que é a atuação técnica do julgador, seu agir coerente com o critério hermenêutico escolhido, e a sua necessária submissão às fronteiras da norma, pode gerar questionamento acerca da subtração da atribuição do poder legislativo pelo poder judiciário.

E se existe potencial de subtração de atribuições, existe o potencial de ofensa ao princípio democrático.

Nesta perspectiva, o presente capítulo insere a pesquisa nos questionamentos e implicações do ativismo judicial, quando analisado sob a lente da legitimidade democrática para a edição de uma regra cogente de direito.

5.2 Um outro olhar sobre a democracia. A perspectiva de Ober

Ober destaca que democracia é uma palavra que pode gerar significados diferentes, para pessoas diferentes. Sua origem, do grego antigo, remete a uma definição análoga a *poder do povo*.³³¹

Dentro do arcabouço jurídico brasileiro, logo no primeiro artigo da constituição a democracia está assegurada como princípio fundamental, ficando estabelecido mais

³³¹ OBER, Josiah. The original meaning of “democracy”: capacity to do things, not majority rule. *Constellations*, vol. 15, No. 1, 2008, p. 1.

adiante, que todo o poder emanará do povo e que ele o exercerá por meio de seus representantes eleitos, ou até mesmo diretamente.³³²

Uma das críticas mais comuns à democracia, reside na possibilidade de que o sistema se constitua em uma forma de opressão da maioria, que falsamente atribuiria sua legitimidade à sua vitória nas urnas. Esta crítica parece tentar ser respondida com os sistemas hoje existentes, como, por exemplo, no caso brasileiro, o sistema do voto proporcional. Tais tentativas de resposta pretendem garantir, em última análise, que algumas minorias alcem seus representantes às instâncias legislativas, participando de forma paritária no processo de elaboração das leis.

Ocorre que essa discussão não se esgota neste ambiente ainda raso, sendo necessário mergulhar um pouco mais profundamente, especialmente quando se considera que ainda é muito comum não se identificar o funcionamento adequado do sistema democrático, na medida em que possibilita hiatos de representatividade para determinados setores da sociedade.

Veja-se, por exemplo, os reflexos patrimoniais oriundos de uma relação homo afetiva, que é tema já idoso quanto ao ineditismo, mas ainda plenamente atual na ordem das instâncias legislativas de diversos países.

Nesta perspectiva, Ober sustenta que a democracia seria mais bem definida se fosse considerada como a *capacidade de fazer coisas*, do que se o fosse como o *governo da maioria*.³³³

A construção intelectual do autor parte de uma investigação etimológica, que não é o objeto do presente estudo, mas sua conclusão apresenta pontos de contato com a linha de raciocínio aqui apresentada.

Assim, Ober propõe que a democracia, normalmente vista como o governo, o poder da maioria, vista como o verdadeiro controle monopolístico de uma autoridade constitucional pré-existente, passe a ser entendida como o poder que a população detém de efetivamente participar da gestão pública, não apenas como controlador da atuação dos titulares do poder, mas, inclusive, com capacidade de promover mudanças efetivas no cenário público.³³⁴

³³² Brasil. *Constituição*. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

³³³ Ob.Cit. (OBER. The original meaning of “democracy”: capacity to do things, not majority rule, p. 3.)

³³⁴ Idem, p. 7.

Como se pode perceber, o cerne foi profundamente modificado, pois a capacidade de influenciar diretamente na gestão da coisa pública, é bem diferente do que ser o detentor, o titular do poder estatal, sendo este considerado como ideia e não como resultado de um sistema político-jurídico.

Resta saber, entretanto, se esta proposição se conjuga com o texto da constituição brasileira antes mencionado, que expressamente determina que *todo o poder emana do povo*.

Em princípio, parece não haver incompatibilidade ontológica com a proposição e o texto constitucional, na medida em que Ober não subtrai o poder advindo do povo. Sua proposição apresenta uma interpretação diferente do fenômeno político, um olhar externo que parece não alterar a essência deste fenômeno em nenhuma medida.

A conclusão que se chega em Ober, portanto, é que ao modificar esta concepção sobre o que seria a democracia, foi retirada a possibilidade de opressão da maioria, possibilitando que setores menos favorecidos da sociedade recebam vantagens em termos de participação no cenário público, a fim de que sejam tratados com efetiva isonomia.³³⁵

Do contrário, conclui Ober, seria o equivalente a dar razão aos que já definiram a democracia como se fosse um sistema caracterizado como uma espécie de tirania da maioria.³³⁶

Mas sendo a democracia a possibilidade de fazer coisas, seria interessante saber qual o equilíbrio desta atuação. Em outras palavras, restaria saber se com esta perspectiva apenas não haveria a mudança no foco da opressão, ou seja, da tirania da maioria para a tirania de uma minoria qualquer. Esta investigação, entretanto, também transborda ao objeto do presente estudo.

O passo seguinte a esta capacidade de fazer coisas - isto considerando que elas realmente tenham sido feitas, ao menos no que pertine ao processo legislativo constitucional - surge a necessidade de implementação das garantias que se tenha conseguido estabelecer no texto da constituição.

Oportunidades haverá, neste viés, nas quais estas garantias não serão efetivadas e nas quais o indivíduo, ainda imbuído desta possibilidade democrática de

³³⁵ Ibidem.

³³⁶ Ob.Cit., (OBER. The original meaning of “democracy”: capacity to do things, not majority rule, p. 8.) “[...] so suffice it to say that ancient critics of popular rule sought to rebrand *demokratia* as the equivalent of a tyrannical “*polloi-archia*” – as the monopolistic domination of government apparatus by the many who were poor [...]”.

fazer as coisas, terá a possibilidade de alçar sua pretensão a um Órgão diferente daquele elaborador da lei e daquele gestor da coisa pública, surgindo daí a chamada jurisdição constitucional.

Para Lima, a jurisdição constitucional, ou seja, a possibilidade de se discutir direitos constitucionais em sede de um processo promovido sob a tutela do poder judiciário, é um elemento facilitador do fortalecimento da democracia.³³⁷

E pensar em jurisdição constitucional é, inexoravelmente, pensar em estado de direito. No caso específico da linha de pensamento apresentada neste trabalho, será, portanto, estado democrático de direito.

Neste contexto, portanto, resta investigar se a democracia, seja ela considerada como o governo da maioria, ou seja ela entendida como a capacidade de fazer coisas, ofende, ou tem o potencial de ofender, a própria higidez do Estado democrático de direito.

5.3 Estado de direito e democracia

Rosenfeld faz um prudente alerta sobre a possibilidade de haver hipóteses nas quais o estado de direito poderá se chocar com a democracia.³³⁸

E grande parte do problema, em sua visão, residiria na própria definição do que seria o estado de direito, chegando Rosenfeld mesmo a afirmar que este seria um conceito essencialmente contestável.³³⁹

Ademais, prossegue Rosenfeld, mesmo num contexto de democracia constitucional, o estado de direito pode ser invocado pelo Estado contra os cidadãos, no sentido de preservar a lei - sendo esta considerada como manifestação da vontade da maioria - tanto quanto poderia ser invocado pelos cidadãos em face do Estado, com o objetivo de assegurar direitos fundamentais que tenham sido violados por leis ou determinadas políticas públicas.³⁴⁰

Rosenfeld apresentou este pensamento de forma inequívoca, por ocasião da Conferência proferida na Assembléia Legislativa de Belo Horizonte/MG.

³³⁷ LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A guarda da constituição em Hans Kelsen. p. 10, disponível na internet: < <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/031007.pdf>>, acesso em: 24 de junho de 2012.

³³⁸ ROSENFELD, Michel. The rule of Law and the legitimacy of constitutional democracy. *Cardozo Law School, Public Law Research Paper*, No. 36, 2001, p. 3, disponível na internet: <<http://ssrn.com/abstract=262350>> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.262350>, acesso em: 24 de junho de 2012.

³³⁹ Idem (ROSENFELD). The rule of Law and the legitimacy of constitutional democracy. p. 4.)

³⁴⁰ Idem, p. 5.

Naquela oportunidade, enfrentou a tensão entre constitucionalismo e democracia, deixando evidente não ser óbvio que os dois devam caminhar juntos, mas, principalmente para o ponto que se pretende ressaltar, que a democracia é a regra da maioria, a regra majoritária, a contrapondo, portanto, com o constitucionalismo

Há muitas definições de democracia. Eu adotarei aqui uma definição que considero uma versão simplificada: democracia é a regra da maioria, a regra majoritária. É uma forma política de organização, um sistema político em que as decisões que são contestadas resultam do voto da maioria. Dessa forma, constitucionalismo e democracia estão em lados opostos. Numa democracia, os direitos constitucionais vão diretamente contra a vontade democrática.³⁴¹

Rosenfeld é ainda mais específico, deixando claro que a maioria não necessita de proteção constitucional, quando estabelece sua plena capacidade de autoproteção

A liberdade de pensamento ou de expressão - e aqui pode-se comparar uma monarquia a uma democracia - realmente significa proteger os pontos de vista com os quais a maioria não está de acordo, porque os pontos de vista com os quais a maioria concorda não precisam de proteção constitucional. A maioria tomará conta de si mesma, por meio do processo legislativo e do devido governo.³⁴²

Neste sentido, Rosenfeld entende que os direitos constitucionais seriam, em alguma medida, antidemocráticos, antimajoritários, na perspectiva na qual os direitos encartulados na constituição existem especificamente para a proteção do indivíduo contra a vontade da maioria.³⁴³

Veja-se que Rosenfeld considera a democracia como a exteriorização da vontade da maioria, no que diverge de Ober, que a define como a capacidade de fazer coisas. Poder-se-ia dizer, em defesa de ambas as posições, que a perspectiva de Rosenfeld foca na razão prática, enquanto a de Ober prima pela razão pura.

Em um ou em outro caso, entretanto, saber o que é a democracia será uma constatação mais empírica do que dogmática. Se a forma de exercício da democracia possibilitar que todos os setores da sociedade tenham a capacidade de atuar

³⁴¹ ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 7, n. 12, jan/jul 2004, p. 12, disponível na internet: <<http://mediaserver.almg.gov.br/acervo/127/688127.pdf>>, acesso em 24 de junho de 2012.

³⁴² Ibidem.

³⁴³ Idem (ROSENFELD. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. p. 13.)

efetivamente no âmbito das definições da coisa pública, a correção residirá no pensamento de Ober.

Se, por outro lado, a ineficiência da máquina administrativa estatal conduzir a uma realidade, na qual as decisões públicas sejam a expressão de um discurso majoritário advindo das massas – sejam elas de qualquer origem, bastando que sejam a maioria – a resposta correta estará em Rosenfeld.

Ocorre que em sede de jurisdição constitucional, ou seja, de atuação do juiz diretamente perante um caso concreto, parece necessário saber qual o impacto da decisão judicial no que pertine à própria manutenção da democracia. Em outras palavras, é necessário saber em que medida o tribunal constitucional teria competência democrática para decidir desta ou daquela maneira.

Dworkin, considera de absoluta certeza que “*naturalmente as decisões que os juízes proferem devem ser políticas sob um aspecto. Em muitos casos, a decisão de um juiz será aprovada por um grupo político e rejeitada por outros, porque estes casos têm conseqüências para controvérsias políticas.*”³⁴⁴

A proposição de Lima, por seu turno, considera como necessária a presença do elemento político no contexto de jurisdição constitucional, admitindo a existência de duas reflexões teóricas possíveis

A primeira delas foi aqui anteriormente lembrada: o constitucionalismo necessita da teoria política – e de uma teoria política da democracia, após as experiências catastróficas do século XX – para garantir consistência empírica aos textos que produz (e que significam, em sociedade como as oriundas da redemocratização dos anos 80 na América Latina, a sua razão de ser). Sem o componente da análise política, a aplicação das constituições e a visão possível de seus direitos, garantias e instituições pouco contribuirão para sua própria existência, enquanto referência democrática a ser efetivada.³⁴⁵

Lima, entretanto, aborda um aspecto ainda pouco analisado na literatura nacional, que se cinge à questão do papel preponderantemente político dos tribunais no arco do poder do Estado, chegando mesmo a mencionar uma possível *usurpação*

³⁴⁴ DWORKIN, Ronald M. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985, p. 9. “Of course the decisions that judges make must be political in one sense. In many cases a judge's decision will be approved by one political group and disliked by others, because these cases have consequences for political controversies.”

³⁴⁵ Ob.Cit. (LIMA. A guarda da constituição em Hans Kelsen. p. 7.)

*do político por tribunais que não se submetem a qualquer tipo de controle direto por parte do povo.*³⁴⁶

Perceba-se, portanto, que a possibilidade de carência democrática em uma decisão do tribunal constitucional já é uma preocupação da comunidade científica, diante da possibilidade – e mesmo diante de resultados práticos já conhecidos – de que o controlador não seja controlado por ninguém, tornando-se um verdadeiro tirano.

E se mesmo em sede de um tribunal constitucional essa possibilidade já se verifica, inclusive podendo ser pensada como uma *fissura no sistema*, com maior razão se apresentará a necessidade de enfrentar a questão quando se tratar de decisão proferida por qualquer membro do Poder Judiciário.

De relevo pontuar que em Dworkin se observa que nos Estados Unidos o tema não é diverso do observado no Brasil, ou seja, a atuação política de juízes não se restringe às cortes superiores.

Afirma Dworkin que um grande número de juristas e acadêmicos, e mesmo alguns dos juízes de tribunais prestigiados, sustentam que as decisões judiciais são inevitavelmente, e com razão, políticas. Dworkin pontua que eles têm em mente não apenas as grandes decisões constitucionais da Suprema Corte, mas também as decisões civis mais comuns dos tribunais estaduais, como as referentes a contratos, responsabilidade civil e direito comercial. Eles entendem que os juízes agem, e que devem agir, como legisladores, mas apenas dentro do que eles chamam de "interstícios" de decisões já elaboradas pelo legislativo.³⁴⁷

Neste contexto, Dworkin apresenta sua opinião sobre o tema, afirmando que acredita que a visão correta seja que o que os juízes fazem, e que devem fazer, é proferir seus julgamentos sobre casos polêmicos baseados em argumentos de princípio (*political principle*), e não em argumentos políticos (*political policy*), e encerra afirmando que sua opinião é mais restritiva do que a visão americana progressista, porém menos restritiva do que a visão oficial britânica.³⁴⁸

³⁴⁶ Idem, p. 10-11.

³⁴⁷ Ob.Cit. (DWORKIN, Ronald M. *A matter of principle*. p. 10. "A great party of academic lawyers and law students, and even some of the judges in the prestigious courts, hold that judicial decisions are inescapably and rightly political. They have in mind not only the grand constitutional decisions of the Supreme Court but also the more ordinary civil decisions of state courts developing the common law of contracts and tort and commercial law. They think that judges do and should act like legislators, though only within what they call the "interstices" of decisions already made by the legislature.")

³⁴⁸ Ob.Cit. (DWORKIN, Ronald M. *A matter of principle*. p. 11. "The correct view, I believe, is that judges do and should rest their judgments on controversial cases on arguments of political principle, but not in arguments of political policy, My view is therefore more restrictive than the progressive American view but less restrictive than the official British one.")

Neste mesmo sentido, vale pontuar que Dworkin relembra que historicamente existe o entendimento de que a decisão judicial deve estar subordinada à lei – o que ele chama de *objeção à originalidade judicial* – e diz que este entendimento está baseado em duas premissas

A primeira argumenta que a comunidade deve ser governada por homens e mulheres que são eleitos pela maioria e sob sua responsabilidade. Uma vez que os juízes não são, na sua maior parte, eleitos, e uma vez que eles não são, na prática, responsáveis perante o eleitorado como são os legisladores, esta proposição (decisão subordinada à legislação) parece ser comprometida quando os juízes criam lei. A segunda afirma que se um juiz cria a lei e a aplica de forma retroativa no caso concreto, a parte vencida será punida não porque violou algum dever, mas sim porque violou um novo direito criado após o evento.³⁴⁹

Vale aqui abrir um parêntese, portanto, para destacar que o sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil, possui as duas vertentes praticadas no mundo ocidental.

Aqui se controla a constitucionalidade pela forma concentrada – na qual a matéria é analisada *em tese*, por um único Órgão julgador³⁵⁰ - e pela forma concreta, quando a discussão sobre a constitucionalidade não for a finalidade do processo, mas sim o fundamento para se alcançar a pretensão deduzida naquela demanda específica.³⁵¹

Fechando o parêntese, parece ficar claro que uma decisão judicial proferida em sede de controle concreto, tem potencialmente maior possibilidade de lesão à democracia, do que aquela proferida em sede de controle abstrato.

A decisão em controle abstrato, portanto, tem em seu favor ao menos o fato de analisar a hipótese *em tese*, possibilitando que os efeitos da decisão final atinjam

³⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. USA: Harvard University Press – Cambridge, Massachusetts, 1977, p. 84. (“The familiar story, that adjudication must be subordinated to legislation, is supported by two objections to judicial originality. The first argues that a community should be governed by men and women who are elected by and responsible to the majority. Since judges are, for the most part, not elected, and since they are not, in practice, responsible to the electorate in the way legislators are, it seems to compromise that proposition when judges make law. The second argues that if a judge makes new law and applies it retroactively in the case before him, then the losing party will be punished, not because he violated some duty he had, but rather a new duty created after the event.”)

³⁵⁰ O controle concentrado/abstrato será exercido pelo STF quando o controle da constitucionalidade tiver por parâmetro a constituição federal e, pelos Tribunais de Justiça estaduais quando o parâmetro for a constituição daquele estado especificamente.

³⁵¹ O controle concreto/difuso, no Brasil, é exercido por todos os Órgãos do Poder Judiciário. No controle abstrato o *pedido* da ação é a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. No controle concreto o *fundamento* para se formular o *pedido* da ação, é que será a inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo.

todas as pessoas. No controle concentrado, todavia, e considerando-se a doutrina tradicional, a decisão só terá valor entre as partes do processo.

Frise-se, por oportuno, que esta digressão foi necessária para que fosse evidenciada a amplitude à qual poderia chegar o estudo, se a hipótese fosse de cognição exauriente acerca da própria jurisdição constitucional. O objeto da pesquisa deste trabalho, como se pode perceber, é um pouco mais específico.

5.4 O ativismo judicial e a democracia.

A hipótese elaborada como objeto de investigação – e que também norteará o estudo do capítulo seguinte, é a de atuação do Poder Judiciário contra uma política pública existente, mas que no entender do tribunal seja insuficiente para atendimento de um determinado caso concreto.

Em linhas gerais, e como visto no primeiro capítulo desta pesquisa, o ativismo judicial se caracteriza por uma atuação direta do Estado-Juiz, na figura do Poder Judiciário, no sentido de assegurar a realização de um direito fundamental estabelecido na constituição, diante de uma situação concreta na qual uma pessoa seja privada deste direito.

Também foi visto que esta atuação costuma ser verificada em três esferas de ausência e que o presente estudo fixaria norte apenas na investigação da terceira esfera, sendo esta aquela na qual ocorrerá quando houver política pública sobre determinada matéria, mas esta política se mostrar ineficiente diante do caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.

A hipótese investigada, portanto, se verifica nas situações nas quais o Poder Executivo houver elaborado uma política pública com pretensão de efetivar determinado direito, mas nas quais o Poder Judiciário intervenha com o fundamento de que aquela política seja ineficiente para uma determinada situação concreta.

O que se propõe investigar, assim, é se agindo assim o Poder Judiciário subtrai atribuições do Poder Executivo ou do Legislativo, ofendendo, em última análise, a própria democracia.

Neste sentido, o que ocorre na hipótese de ativismo judicial ora estudada, é a prolação de uma sentença judicial que tem o objetivo de fazer valer uma norma programática, ou, com maior freqüência, de um princípio de direito esculpido na

constituição. Desta sentença advirá uma ordem que determine ao Poder Executivo proceder desta ou daquela maneira.

Sintetizando o raciocínio, para que a hipótese não se perca na profusão de termos técnicos, impossibilitando a leitura por outros ramos das ciências humanas, faz-se necessário esclarecer um pouco mais o objeto do estudo, agora já de posse das informações tratadas até o momento.

Observaremos o caso hipotético de um juiz – de qualquer instância ou tribunal – que decide que para a efetivação de um direito fundamental pleiteado pela parte supostamente lesada, o Poder Executivo deverá agir da forma que ele (juiz) determinar, sem que para isso necessite sequer abordar, nem mesmo *an passant*, se a política pública analisada é ou não ofensiva ao texto constitucional. Basta, portanto, que o indivíduo demonstre que o exercício de determinado direito fundamental não lhe seja garantido por aquela política.

A síntese da síntese, portanto, é que a hipótese de ativismo judicial analisada neste capítulo é aquela na qual o juiz decide *o quê* o Poder Executivo deverá fazer para efetivar o direito fundamental em um determinado caso concreto.

De início, vale pontuar que esta hipótese parece, ao menos num primeiro olhar, incompatível com a teoria da *separação dos poderes*. A *separação dos poderes* é aqui considerada como hoje é conhecida e como foi incorporada ao constitucionalismo pela obra de Montesquieu. Conforme Dallari

Com Montesquieu, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si [...] Montesquieu afirma a existência de funções intrinsecamente diversas e inconfundíveis [...]. Em sua opinião, o normal seria a existência de um órgão próprio para cada função, considerando indispensável que o Estado se organizasse com três poderes, pois “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes”.³⁵²

E estendendo um pouco mais o raciocínio, Rawls chama a atenção para a necessidade de preservação das instituições. Em outras palavras, Rawls propõe que se a Constituição é justa e se o parlamento é reconhecido como uma instituição justa, não há razão para afastar o cumprimento da norma, ainda quando diante de hipóteses de injustiça, salvo quando se tratar de injustiça extrema

³⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 219.

A justiça processual perfeita é impossível no âmbito dos assuntos políticos. Ademais, o processo constitucional vê-se obrigado a depender em larga medida de alguma forma de votação. [...] Maiorias (ou coligações de minorias), entretanto, cometerão inevitavelmente erros, por falta de conhecimento e juízo ou por causa de opiniões parciais e egoístas. Apesar disto, nosso dever natural de preservar instituições justas nos obriga a acatar leis e políticas injustas ou, ao menos, não lhes fazer oposição de forma ilegal, enquanto não excedam certos limites de injustiça.³⁵³

Ademais, como adverte Alexy, o legislador, e especialmente o legislador constitucional, tem sempre a chamada *pretensão de correção*, ou seja, quem promulga uma lei o faz querendo acertar o alvo, sendo este alvo a própria justiça

Ao ato de legislação constitucional está necessariamente vinculada uma pretensão à correção, que, nesse caso, é sobretudo uma pretensão à justiça. Um legislador constitucional incorre numa contradição performativa quando o conteúdo de seu ato constitucional-legislativo nega essa pretensão, não obstante ele a formule com sua execução.³⁵⁴

Escudado no percurso de Habermas na seara do direito, Moreira destaca que a participação dos sujeitos de direito no processo de formação das leis, como elementos da comunidade jurídica, deve ser norteado pela busca de uma simetria na participação, a fim de que se obtenha uma pretensão de validade criticável da norma, fazendo com que

Assim, à institucionalização das iguais liberdades subjetivas corresponde um reconhecimento intersubjetivo dos co-autores do Direito. À medida que os referidos direitos fundamentais são institucionalizados, assegura-se que a formação discursiva da opinião e da vontade seja determinante do grau de legitimidade do sistema jurídico.³⁵⁵

Moreira adverte que o ponto vai ainda mais longe, na medida em que estabelece uma pretensão de revogabilidade sempre que houver ofensa aos próprios direitos fundamentais e, mais ainda, sempre que houver contrariedade aos interesses da sociedade, pois

³⁵³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UNB, 1981, p. 336-337.

³⁵⁴ ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 45-46.

³⁵⁵ MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos co-ed. Fortlivros, 1999, p. 195-197.

À medida que os referidos direitos fundamentais são institucionalizados, assegura-se que a formação discursiva da opinião e da vontade seja determinante do grau de legitimidade do sistema jurídico. Determinante, uma vez que a normatividade, proveniente da legalidade, tem de estar acoplada a uma pretensa revogabilidade, toda vez que não se mostrar compatível com os direitos fundamentais ou, ainda, quando contrair disposição contida na vontade discursiva dos cidadãos.³⁵⁶

A conclusão de Moreira é que para que o direito moderno seja considerado legítimo, portanto, necessariamente deverá estar tanto adequado à agenda dos direitos humanos, quanto com o princípio da soberania do povo.³⁵⁷

Necessário lembrar que o tema deve ser pensado no contexto da realidade do Estado brasileiro, o que forçará levar em consideração a existência de um hiato entre o querido e o possível, na perspectiva de um país ainda em processo de desenvolvimento.

A pergunta que se formula, portanto, é a seguinte: agindo assim, o Poder Judiciário garante à pessoa (como espécie humana) a democracia, sendo esta considerada como *a capacidade de fazer coisas*, ou promove o desvirtuamento do sistema democrático, ao obrigar que o Estado privilegie a pessoa (indivíduo específico) em detrimento de todos os demais?

Ávila também já refletiu acerca de eventual preponderância entre Poderes da República, especialmente no contexto que se insere a sociedade contemporânea

Não é correto [...] asseverar que o Poder Judiciário deve preponderar sobre o Poder Legislativo (ou Executivo). Numa sociedade complexa e plural, é o Poder Legislativo o Poder onde, por meio do debate, se pode *respeitar e levar em consideração* a pluralidade de concepções de mundo e de valores, e o modo de sua realização. Em matérias para as quais não há uma solução justa para os conflitos de interesses, mas várias, não um só caminho para a realização de uma finalidade, mas vários, é por meio do Poder Legislativo que se pode melhor obter a participação e a consideração da opinião de todos.³⁵⁸

Por este motivo, Ávila considera que as atribuições do legislativo, entretanto, não passaram para a agenda do judiciário, pois

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ Ibidem.

³⁵⁸ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009, p. 18-19, disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>, acesso em 27 de outubro de 2011.

Num ordenamento constitucional que privilegia a participação democrática e reserva ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, um sem número de matérias, não se afigura adequado sustentar *se passou* do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, nem que se *deve passar* ou é *necessariamente bom que se passe* de um para outro.³⁵⁹

Cirne-Lima nos faz lembrar que neste contexto parece que nos deparamos com uma realidade platônica, na medida em que a melhor forma de governo deixaria de ser a democracia e passaria à ser a aristocracia, posto que

Os Filósofos Gregos se deram conta muito cedo, na História de nossa cultura, de que é importantíssimo definir com clareza qual é a forma de governo que faz florescer a Justiça e a Cidadania. [...] O governo feito por um colegiado constituído de alguns homens, que se supõe serem excelentes em virtude e sabedoria, é a Aristocracia, o Governo dos Melhores. É por isso que o Estado deve ser governado pelos Filósofos. Surge, assim, em Platão a concepção aristocrática do Rei Filósofo.³⁶⁰

Porém, Cirne-Lima alerta que considerar que o “*Bem Pensante*”, sozinho, sabe melhor o que fazer é um verdadeiro equívoco e que, em verdade, só se saberá o melhor à ser feito após uma ampla e democrática discussão, na medida em que

A Eticidade, ou seja, a capacidade que um interesse particular possui de ser universalizado, isso só se descobre fazendo o Discurso Real em que todos, iguais entre iguais, apresentam suas razões. Neste ponto Habermas tem razão. Mas a tentação de pensar que eu sozinho sei o que é melhor para todos, essa tentação permanece com suas promessas falaciosas.
[...] É por isso, no fundo, bem lá no fundo, que a única forma ética de Governo é a Democracia.³⁶¹

O ativismo, da forma como pintado com as pesadas cores utilizadas neste estudo, ruma para o autoritarismo, na medida em que o Poder Judiciário, ao invés de guardião da legalidade constitucional, flerta perigosamente com teorias totalitárias.

Pretender retirar a legitimidade do Poder Legislativo para decidir o que é melhor ou pior para a sociedade, é retirar a voz do povo, é subtrair a democracia e dedicar sua análise a um grupo seletivo de iluminados. Como já alertava Kelsen há quase um século

³⁵⁹ Idem. (ÁVILA. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”)

³⁶⁰ CIRNE-LIMA, Carlos. *Dialética para principiantes*. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p. 196-197.

³⁶¹ Idem, p. 198-199.

Permitir que uma maioria de homens ignorantes decida, em vez de reservar a decisão ao único que, em virtude de sua origem ou inspiração divina, tem o conhecimento exclusivo do bem absoluto – não é esse o método mais absurdo quando se acredita que tal conhecimento é impossível e que, conseqüentemente, nenhum indivíduo isolado tem o direito de impor sua vontade aos outros. O fato de os juízos de valor terem apenas uma validade relativa – um dos princípios básicos do relativismo filosófico – implica em que os juízos de valor opostos não estão nem lógica nem moralmente excluídos.³⁶²

A proposição de Kelsen revela que não só é impossível reconhecer, neste contexto, a existência de um ser onisciente, como também é tirânico, intolerante e preconceituoso pretender retirar a voz de qualquer setor da sociedade mediante a definição de valores absolutos, posto que

Um dos princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros, uma vez que todos são iguais e livres. A tolerância, os direitos das minorias, a liberdade de expressão e de pensamento, componentes tão característicos de uma democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença em valores absolutos. Tal crença leva irresistivelmente – e sempre tem levado – a uma situação na qual aquele que pretende possuir o segredo do bem absoluto reivindica o direito de impor sua opinião e sua vontade aos outros, que estarão incorrendo em erro se com ele não concordarem. E errar, segundo essa concepção, é uma falta e, portanto, passível de punição.³⁶³

Neste ponto, é imprescindível esclarecer que não se pretende propor com este estudo a supremacia do Poder Legislativo. A supremacia se encontra no equilíbrio entre estes poderes e em Rawls há uma síntese sobre o ponto que se almeja aclarar

[...] o poder supremo de um governo constitucional não pode caber ao legislativo, nem mesmo ao supremo tribunal, que é apenas o melhor intérprete judicial da constituição. O poder supremo é detido pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo.³⁶⁴

Ao se debruçar sobre esta concepção política de justiça, apresentada por Rawls em “*o liberalismo político*”, Magalhães esclarece que esta concepção pode ser a base de um consenso em favor das instituições democráticas. Este consenso, esclarece Magalhães, seria proveniente de uma sobreposição, ou de um

³⁶² KELSEN, Hans. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202.

³⁶³ Ibidem.

³⁶⁴ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000, p. 283.

entrecruzamento, de doutrinas que ela denomina como *razoáveis*. Em suas próprias palavras, fica claro que

Essa *concepção* política da justiça, ou essa concepção da justiça política, é *independente*, na medida em que não é elaborada como uma doutrina – ela é apresentada independentemente de toda doutrina compreensiva, seja ela religiosa, filosófica ou moral – e formula, partindo das *ideias políticas fundamentais* (implícitas na cultura política de uma democracia), os *valores políticos essenciais de um regime constitucional*.³⁶⁵

Neste sentido, já que é necessário que o povo seja representado e que sua vontade seja exteriorizada por um discurso único, não há como vislumbrar que uma única pessoa, investida de jurisdição, possa subtrair o que a vontade da maioria estabeleceu.

Antes disso, é de se reconhecer, todavia, que o primeiro passo é identificar o que seria a manifestação volitiva do povo. A questão é tormentosa e já foi delimitada por Korsgaard quando afirmou que

O problema surge porque a vontade do povo deve ser representada. Um povo não pode literalmente falar com uma só voz. Ele deve falar através de um representante que tenha seu mandato. O que torna o problema da revolução tão agudo é que o que está em questão aqui é quem representa o povo. E o povo não pode literalmente falar com uma só voz sobre *isso*, não mais do que pode fazê-lo em relação a qualquer outra coisa. Até que resolvamos a questão de quem representa o povo, a vontade geral não tem uma voz com a qual falar.³⁶⁶

Para a solução deste intrincado problema, que é não apenas acadêmico, mas essencialmente factual, Korsgaard apresenta a solução de Kant, no sentido de que

Então não podemos começar com a vontade do povo; para saber o que é a vontade do povo, devemos começar com alguém que foi designado como seu representante, sua voz. Isso pode fazer com que pareça estranhamente arbitrário quem nós escolhemos para representá-lo. A solução de Kant para esse problema é dizer que o representante do povo é *apenas* o governo existente, qualquer que seja ele.³⁶⁷

³⁶⁵ MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica e filosofia política: a dimensão pública da linguagem*. Belo Horizonte: Arraes, 2011, p. 263.

³⁶⁶ KORSGAARD, Christine M. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 545.

³⁶⁷ *Ibidem*.

Por outro lado, e ainda que a análise não estivesse escudada numa perspectiva kantiana, Korsgaard persiste no ponto acerca da necessidade inafastável de se identificar a voz do povo e assim o faz à partir da seguinte hipótese

[...] Suponha que nós aceitemos, ao invés, que exista algo como a vontade geral, independentemente de nossos procedimentos, e que nossos procedimentos deveriam ser vistos como dispositivos falíveis para determiná-la. Então, podemos admitir, contrariamente a Kant, que o regime existente pode não representar a vontade do povo e pode, portanto, falhar em ser legítimo. Mesmo assim, temos o problema. Ainda é verdade que o povo não pode falar como povo até que tenha uma voz.³⁶⁸

E prosseguindo no raciocínio, Korsgaard exemplifica sua proposição sugerindo que se imagine a figura de um revolucionário que se arvora na condição de legitimado a regular o povo, por supostamente ser capaz de captar o seu “espírito”. Neste sentido, Korsgaard afirma que

Um revolucionário que alega ser o representante do povo meramente por causa do espírito que ele capta entre o povo, ou mesmo porque ele teve um voto favorável, está descrevendo erroneamente a situação. O povo só pode conferir o seu mandato através de alguma voz devidamente constituída, através de alguém que tenha o direito de representá-lo. Se admitirmos a possibilidade de que o regime existente não representa a vontade geral, então não há *qualquer forma* de dizer o que é a vontade geral.³⁶⁹

Portanto, denota-se que em nenhum momento a decisão final é relegada aos acadêmicos ou aos técnicos do direito. Parece, sem sombra de dúvida, que a voz do povo é escutada diretamente da boca de seus representantes, ao menos para que se obtenha uma unicidade no regramento ou em sua interpretação.

O que é ainda mais curioso na proposição de Korsgaard, é a sua fundamentação em Kant para citar a legitimidade advinda da voz do povo. A curiosidade, neste ponto, está relacionada ao fato de que a crítica ao modelo de separação de poderes em Kant aponta para a formação de um Estado despótico, com o soberano praticamente concentrando os poderes legislativo e executivo, e um judiciário mais autônomo.

Acerca desta crítica, vale observar o que pontua Westphal

³⁶⁸ Ob.Cit. (KORSGAARD. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. p. 546-547.)

³⁶⁹ Ibidem.

A teoria constitucional publicada em Kant é incompleta e internamente inconsistente. Apesar de ele não ter percebido essa inconsistência, ele expressamente indicou sua incompletude. Assim, é especialmente importante notar que a maioria dos princípios requeridos pelas necessárias revisões já estão explicitamente contidos em sua *Rechtslehre* (Doutrina do Direito). Também merece ser ressaltado que a divisão na teoria de Kant entre uma divisão de poderes republicana e um governante executivo absolutista é a principal divisão constitucional entre o que até muito recentemente eram os Blocos Oeste e Leste.³⁷⁰

Crítica similar se verifica em Travessoni, em que pese divergir, ainda que em pouca medida, de Westphal, partindo da premissa de que

[...] ele (Westphal) aponta o caráter rígido da divisão de poderes e a falta de um sistema de freios e contrapesos na teoria política de Kant. Eu (Travessoni) aponto aqui a falta de um critério para fixar um mínimo de legitimidade para o sistema jurídico. Esses são dois fronts na mesma batalha. Existe um problema: como harmonizar *obediência e legitimidade*? Podemos tentar resolvê-lo (i) criando meios para assegurar que o sistema jurídico seja legítimo ou (ii) fazendo a desobediência, pelo menos em alguns casos, legítima. Westphal defende a primeira solução, enquanto eu defendo, *aqui*, a segunda. Parece-me que uma não exclui a outra.³⁷¹

Ambos, Travessoni e Westphal, entretanto, concordam que quando Kant tratou desta matéria poderia ter aprofundado mais em seus próprios princípios do que realmente fez.³⁷²

Veja-se, neste diapasão, que independentemente do foco da crítica, o que é unânime é que a concentração de poderes republicanos é algo frequentemente repudiado pela comunidade acadêmica. E se a concentração de quaisquer dos poderes republicanos é ruim quando se localiza nas mãos do soberano, também o será se sua moradia residir nas mãos de um único magistrado ou tribunal.

Ao traçar um paralelo entre as inteligências de Rousseau e Kant, Habermas chega mesmo a afirmar que prestigiar a vontade do legislador é hipótese de preservação da soberania do povo

Uma vez que a pergunta acerca da legitimidade das leis que garantem a liberdade precisa encontrar uma resposta *no interior* do direito positivo, o contrato da sociedade faz prevalecer o princípio do direito,

³⁷⁰ WESTPHAL, Kenneth R. *Republicanism, despotismo e obediência ao Estado: a inadequação da divisão de poderes em Kant*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 516.

³⁷¹ TRAVESSONI, Alexandre. *É consistente a defesa de Kant da obediência absoluta à autoridade?* In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009. p. 578-579.

³⁷² Idem. (TRAVESSONI. *É consistente a defesa de Kant da obediência absoluta à autoridade?* p. 578-579.)

na medida em que liga a formação política da vontade do legislador a condições de um *procedimento democrático*, sob os quais os resultados que apareceram de acordo com o procedimento expressam *per se* a vontade consensual ou o consenso racional de todos os participantes. Desta maneira, no contrato da sociedade, o direito dos homens a iguais liberdades subjetivas, fundamentado moralmente, interliga-se com o princípio da soberania do povo.³⁷³

A constituição, como corolário máximo da manifestação democrática e norte para todo o ordenamento jurídico, entretanto, carece de regulamentação amíúde, o que é relegado às leis infraconstitucionais, que também se submetem a um processo legislativo democrático estabelecido pela própria constituição.

A proposta do presente estudo parte de outra racionalidade. Considerando, por conseguinte, que o processo democrático também delega ao Poder Executivo a competência para estabelecer as políticas públicas – que darão vida aos direitos fundamentais esculpidos na constituição – o Poder Judiciário só poderia se manifestar contra a integralidade da política pública. De outra forma, a efetivação do direito só seria garantida para aqueles que pudessem pleitear a proteção jurisdicional.

Esta proposição pressupõe a constatação irrefutável de que o acesso ao Poder Judiciário não é amplo, irrestrito e plural em todo o país. Apesar desta questão não ser aqui aprofundada empiricamente, é utilizada como um paradigma lógico, diante de sua notoriedade.

Ao que o estudo indica, pensar diferente é permitir que o Poder Judiciário feche os olhos para a sua condição de membro do Estado e ignore o fato de que somente algumas pessoas conseguem apresentar suas queixas para apreciação judicial. Se a política é ofensiva à efetivação de direitos fundamentais, o será para todos e não somente para aqueles que puderem chegar aos seus gélidos corredores marmoreados.

Não poderia o Poder Judiciário, portanto, em um momento atuar como Estado-juiz e obrigar outro Poder da República a proceder desta ou daquela forma, e em outro momento se esconder em regras processuais para somente fazer valer sua decisão para quem puder – e for representado por um bom advogado – submeter-lhe sua pretensão.

³⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol I.* Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010, p. 126-127.

O pensamento apresentado, pretende conjugar as necessárias racionalidade e coerência do sistema, preservando a chave da lógica da ordem jurídica, como diria Goyard-Fabre:

A superlegalidade constitucional significa que, no Estado, a Constituição é a chave da lei e da regularidade das decisões de direito. Entenda-se por isso que ela se impõe de modo coercitivo como fonte da legalidade e que, por essa razão, torna inteligível, desde seus princípios primeiros, todo o sistema jurídico do Estado. Em outras palavras, ela permite pensar o sistema do direito segundo as categorias da razão. A doutrina constitucionalista corresponde, com efeito, a uma preocupação de racionalização da ordem jurídica.³⁷⁴

Nesta perspectiva, não haveria nenhuma racionalidade democrática que sobrevivesse à coexistência de políticas públicas diversas para pessoas iguais, especialmente se esta diferença fosse imposta pelo Poder Judiciário.

Nunca é demais lembrar que a constituição brasileira estabelece que todo o poder emana do povo³⁷⁵ e que este se manifesta, primordialmente, por seus representantes. Quando estes representantes editam leis, é o próprio povo que estabelece a cogência destas normas de direito.

A vontade popular, neste sentido, sempre estará acima das instituições, ainda que estas se apresentem bem intencionadas. Neste sentido, Korsgaard pondera que este julgamento das instituições de governo pode gerar uma tensão que leve ao nível de paradoxo, conforme exemplifica

[...] Suponha que estejamos convencidos de que a ideia de que o governo deveria representar a vontade geral do povo exige que algum grupo de pessoas, até então irremediavelmente subordinadas a um tirano poderoso, tenha permissão para escolher suas próprias instituições políticas em uma eleição democrática. E suponha que, tendo sido libertadas de seu tirano e tendo lhes sido permitido votar para escolher suas instituições políticas, elas unanimemente rejeitem a democracia, e elejam seu tirano imediatamente de volta.³⁷⁶

E à partir daí, Korsgaard indaga onde residiria a justiça e se seria necessário impor àquelas pessoas uma forma de governo que elas não escolheram ter, em *nome* do respeito a sua vontade geral?³⁷⁷

³⁷⁴ GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 122.

³⁷⁵ Brasil. Constituição Federal. Art. 1º. P.único.

³⁷⁶ Ob.Cit. (KORSGAARD. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. p. 542.)

³⁷⁷ Ibidem.

Conclui Koorsgard, portanto, afirmando seu convencimento de que a democracia constitucional é a melhor forma de um povo expressar sua vontade geral. Pontua, entretanto, que a mera ausência de instituições democráticas não pode ser tomada como prova ou mesmo como evidência de que um governo não represente a vontade geral de seu povo.³⁷⁸

5.5 Um caminho para a efetivação democrática dos direitos fundamentais

Neste caminhar intelectual, conclui-se que a proteção de direitos fundamentais em sede constitucional é, ou deveria ser, uma proteção para o indivíduo. O indivíduo passa à ter a garantia de que seus direitos individuais serão respeitados, mesmo quando a vontade da maioria, ou a vontade estatal, quiserem negar-lhe determinado direito.

Para que essa meta se concretize, todavia, se faz necessária, além da preservação dos direitos fundamentais, a criação de meios efetivos para sua realização, sendo este dever atribuído ao Estado.

Ao se pensar desta maneira, sobressai o entendimento de que a democracia, considerada como a capacidade de fazer coisas, como a possibilidade de qualquer indivíduo obrigar o Estado a efetivar um direito que lhe esteja sendo negado ou violado, compreende a possibilidade de atuar diretamente perante os três poderes estatais.

Além disso, a democracia, seja a considerada como o governo da maioria, seja a considerada como a capacidade de fazer coisas, deve sim primar pelo foco no que for coletivo, mas somente naquilo em que o coletivo for igual. Em outras palavras, se a política pública ofende determinada pessoa, é desdobramento lógico que ofenderá a todas as pessoas que a ela forem iguais.

Sendo assim, se o Estado, através de uma de suas facetas de Poder, entende que deva fazer uma intervenção para garantir a efetivação de um direito fundamental, deve agir de forma a assegurar o direito para todos que se encontrem na mesma situação.

Por conseguinte, não há que se falar em superioridade ou legitimidade de um determinado Poder da República, especialmente se esta pretensa superioridade

³⁷⁸ Ibidem.

estiver lastreada em critérios de conhecimento científico-acadêmico e, portanto, mais distante da massa.

O Estado, mesmo como titular do dever de efetivação das garantias individuais, é composto pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e assume o compromisso de agir coletivamente na preservação destas garantias.

Para que essa efetivação se verifique em plenitude, o Estado não poderá se esconder atrás de nenhuma de suas facetas da tripartição de poderes. A efetivação dos direitos fundamentais não pode ser utilizada como máscara para privilegiar injustificadamente qualquer indivíduo ou grupo social, culminando por prejudicar toda a coletividade.

6 O ATIVISMO JUDICIAL E SEU INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO

6.1 A crítica final

Nos capítulos anteriores, a pesquisa pretendeu abordar os aspectos de teoria e filosofia do direito, de molde a construir um argumento racional que desse sustentação ao presente trabalho.

O presente capítulo, todavia, parte de uma premissa mais pragmática, que poderia ser resumida na seguinte proposição: ainda que o ativismo judicial tivesse o potencial de efetivar os direitos fundamentais, ainda assim seria inefetivo.

Tal proposição está escudada no *modus operandi* deste ativismo. Em outras palavras, é fato que o juiz só pode se manifestar quando provocado e também é fato que só pode o ser através de um processo judicial.

Nesta perspectiva, o presente capítulo propõe que o processo, por si só, é inefetivo. Propõe-se que o processo judicial cria obstáculos intransponíveis para a efetivação dos direitos fundamentais e que este, portanto, é mais um argumento para demonstrar que o ativismo judicial não é um caminho viável para este mister.

6.2 Ativismo e processo

Como visto anteriormente, a semente do ativismo judicial brasileiro é a carência de meios, políticas e ações que efetivem os direitos fundamentais previstos na Constituição, impossibilitando que todo cidadão os possa usufruir em sua magnitude.

Neste contexto de inefetividade de direitos, o Poder Judiciário tem se apresentado como o Órgão guardião destes direitos, no sentido de assegurar que estas garantias individuais, que esta luz que emana da constituição, ilumine adequadamente toda a atuação do Estado, especialmente na sua relação com o particular.

E corroborando a necessidade de existência de um órgão de controle do cumprimento da Constituição, citamos mais uma contribuição de Kelsen

A busca político-jurídica por garantias da Constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima

legalidade da função estatal. [...] A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados.³⁷⁹

O Poder Judiciário só poderá se manifestar, só poderá atuar como este *efetivador de direitos*, contudo, se, e quando for, regularmente provocado. E esta provocação, no direito brasileiro, somente poderá ocorrer através do processo.

No âmbito do ativismo judicial, portanto, o processo é apresentado como o instrumento por excelência para a realização concreta de um direito fundamental negado ou violado.

Ocorre que este próprio instrumento de efetivação – o processo – demonstra claros sinais de ineficiência, especialmente pelo fator temporal. A demora na conclusão do processo tem sido apontada, não só no campo da ciência jurídica, como um grande contribuinte da inefetividade dos direitos, na medida em que é senso comum que justiça tardia não é justiça.

O objetivo do capítulo, portanto, é demonstrar que mesmo que se considere que o caminho adequado para a efetivação dos direitos fundamentais seja através do ativismo judicial, ainda assim o jurisdicionado não terá meios de se beneficiar deste auxílio. Esta impossibilidade se verificará na medida em que o instrumento para o benefício – o processo – não é o adequado para a consecução da finalidade pretendida.

Além disso, é brevemente analisado o papel do Poder Judiciário não mais como instituição limitada à sua atribuição típica de poder julgador. A atuação pró-ativa deste Poder da República altera o foco de atenção no decorrer da evolução histórica, na medida em que tem se apresentado como verdadeiro protagonista na efetivação destes direitos.

6.3 Direitos Fundamentais e a Constituição de 1988

Muito já se falou sobre os direitos fundamentais na constituição cidadã. O tema, de novel no texto constitucional brasileiro, passou à ser comezinho ao operador do

³⁷⁹ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Trad. alemão Alexandre Krug. Trad. italiano Eduardo Brandão. Trad. francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Rev. técn. Sérgio Sérulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 239-240.

direito e cada vez mais tem inspirado toda a produção legislativa infraconstitucional, bem como tem norteado a aplicação do direito pelo Poder Judiciário.

Precisa síntese dos conceitos presentes na doutrina constitucional brasileira sobre o tema é encontrada em Moraes³⁸⁰, quando apresenta a classificação de direitos fundamentais de *primeira, segunda e terceira gerações*, baseando-se na ordem histórica cronológica em que passaram a ser constitucionalmente reconhecidos. Assim, os *direitos fundamentais de primeira geração* são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos (liberdades públicas), os de *segunda geração* são os direitos sociais, econômicos e culturais, surgidos no início do século XX (trabalho, previdência, saúde, etc.). Já os de *terceira geração* são os chamados *direitos de solidariedade* ou *fraternidade*, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida entre outros direitos difusos.

Barroso delimita muito bem o ponto ao qual o presente capítulo estará circunscrito quando afirma que os direitos *individuais*, cuja origem se encontra ligada às revoluções liberais e às declarações dela resultantes, e frequentemente referidos como *liberdades públicas*, são a afirmação da personalidade humana. E prossegue afirmando que os direitos individuais são

Talhadados no individualismo liberal e dirigidos à proteção de valores relativos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, contêm limitações ao poder político, traçando a esfera de proteção jurídica do indivíduo em face do Estado. Os direitos individuais impõem, em essência, deveres de abstenção aos órgãos públicos, preservando a iniciativa e a autonomia dos particulares. Na Constituição brasileira em vigor, eles se concentram na extensa enunciação dos 77 incisos³⁸¹ do art. 5º.³⁸²

Sobre a evolução trazida com a Constituição de 1988, Piovesan esclarece a importância da *charta* na positivação destes direitos e garantias fundamentais do indivíduo

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduce, também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira.³⁸³

³⁸⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2001, p. 57-58.

³⁸¹ A Emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB. N.A.

³⁸² BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.82.

³⁸³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

E mais adiante, Piovesan formula seu raciocínio, encerrando uma proposição no sentido de que no caso brasileiro os direitos fundamentais seriam um elemento básico para a própria realização do Estado Democrático de Direito

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito brasileiro, destacam-se a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos II e III). Vê-se aqui o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, fazendo-se claro que os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem uma função democratizadora.³⁸⁴

Traçando um paralelo com a status de lei fundamental próprio da constituição, Alexy pontua o duplo significado do título de “direitos fundamentais” dado à constituição

Ele concede, em primeiro lugar, “direitos de defesa do cidadão contra o estado”. Mais além, porém, ele deve conter um “ordenamento de valores” ou um “sistema de valores” que, “como decisão fundamental jurídico-constitucional”, vale “para todos no âmbito no direito”: “Dação de leis, administração e jurisdição recebem dele linhas diretas e impulsos”.³⁸⁵

Esse olhar da constituição para o indivíduo, sendo os direitos deste indivíduo encarados como *liberdades públicas*, é também encontrado em Nogueira

Do direito Constitucional clássico, que atingiu seu ponto culminante com o modelo do Estado Democrático de Direito, passa-se a um plano ainda mais elevado, o supradireito das Liberdades Públicas moldado no Estado Democrático dos Direitos Humanos. [...] O ocaso de uma era é a aurora de outra moldada na experiência passada, mas modelada em um mundo completamente renovado.³⁸⁶

E prossegue, Nogueira alçando os direitos fundamentais como o núcleo central de um ordenamento legal norteado pela justiça e como parâmetro supralegal de tudo o que se produzir, ou se interpretar, na seara jurídica

Um Direito outra vez humanizado para o “homem do terceiro milênio” pós-burguês. É nessa perspectiva que na incessante busca de uma

³⁸⁴ Idem, (PIOVESAN. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. p. 78.)

³⁸⁵ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 199.

³⁸⁶ NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 415-420.

Ordem Jurídica Justa (dever de todo jurista e também de cada cidadão, cada ser humano, mas especialmente do jurista...), o objetivo fundamental, senão o único, é alçar o Direito [...] como a matriz, ou centro gravitacional, dos demais sistemas ou ordens.³⁸⁷

No que toca os direitos fundamentais, nosso ponto de estudo ficará delimitado a esta espécie de direitos, os chamados de terceira geração, na medida em que sua efetivação se apresenta, na prática, bem mais tormentosa que a das gerações anteriores.

6.4 Agentes da efetividade dos direitos fundamentais

A questão da titularidade da efetivação dos direitos fundamentais sempre foi tema de discussão no âmbito acadêmico, sendo um conceito em constante evolução diante das próprias mudanças históricas que afetaram o instituto.

O processo evolutivo da relação do Estado com os jurisdicionados tem por início a titularidade inicial quase que exclusiva em mãos do poder legislativo, através da elaboração de leis que garantissem tais direitos. Passado o tempo, o foco migrou para o poder executivo, pela possibilidade de realizar tais direitos através de políticas públicas específicas. Tempos depois, seja pela inércia do poder legislativo, seja pela ineficiência ou inexistência de políticas públicas adequadas, a titularidade muda para o Poder Judiciário, sendo hoje o atual guardião dos direitos desta envergadura.

Abordando este contexto histórico, especialmente a passagem de titularidade do legislativo para o executivo, Alves afirma que

Mais adiante [...] o protagonismo passou a ser exercido pelo Poder Executivo. Do “governo” se esperava que tomasse medidas concretas mediante programas e serviços bem estruturados, capazes de assegurar condições suficientes de qualidade de vida, especialmente no campo da saúde, educação e previdência social. Tal fase [...] o chamado Estado Social de Direito [...] passou a ser designado Estado do Bem-Estar Social (do inglês *Welfare State*), ou Estado Providência (do francês *État Providence*).³⁸⁸

Ocorre que no mundo contemporâneo, no mundo das sociedades de massa, as políticas públicas têm se mostrado muito precárias quanto à efetivação dos direitos

³⁸⁷ Ibidem.

³⁸⁸ ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 21-23.

fundamentais. Não interessa aqui discutir a gênese da falência da maioria destas políticas – isso quando elas existem – mas sim reconhecer que o Poder Executivo, por si só, se mostrou ineficaz neste particular.

Ao introduzir o tema da necessidade do Estado prover meios de acesso gratuito à justiça, Alves conclui que

De nada adiantará assegurar a observância do processo democrático na fase de produção do Direito se as autoridades encarregadas de interpretá-lo e de executá-lo não estiverem comprometidas com a realização da vontade popular, presumidamente latente no preceito estabelecido pela norma jurídica, e sem as necessárias garantias de possibilidade real de acionamento do aparelho judiciário.³⁸⁹

Mas não basta que o Poder Judiciário assumira esta competência, se de forma pragmática o titular do direito violado não conseguir apresentar sua pretensão perante o estado-juiz. Para que esta participação seja efetiva, os meios de acesso à justiça devem ser facilitados e libertos de entraves burocráticos injustificáveis. Possibilitar este acesso partirá, inexoravelmente – e aqui retornamos à atribuição do Poder Executivo – da estruturação e oferta gratuita de serviços profissionais jurídicos a quem não possa pagar por eles.

Acerca desta ponderação, Alves adverte, ainda, que

As importantes medidas que vêm sendo tomadas ultimamente no Brasil, com vistas à reformulação do Judiciário, com a criação dos Juizados Especiais [...] de simplificação e reforma das leis processuais e de democratização da justiça, não serão suficientes nem adequadas para viabilizar a efetiva aproximação das classes mais pobres à Justiça, enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo não compreenderem a necessidade urgente de se implementar medidas e ações para tornar efetiva a norma constitucional que impõe ao poder público a obrigação de prestar “assistência jurídica integral e gratuita” aos necessitados.³⁹⁰

E nesse contexto, Gaio eleva o *princípio do acesso à justiça* como um dos três pilares principiológicos para a efetividade do processo, especialmente quando propõe que

³⁸⁹ Idem. (ALVES. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. p. 20.)

³⁹⁰ Idem. ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. 25-26.)

O princípio do acesso à justiça está fortemente ligado à noção de justiça social, no qual o direito à igualdade deve significar direito à igualdade de oportunidades e, justamente, partindo da ideia de que os desiguais têm que ser tratados de forma desigual, a igualdade, obrigatoriamente, tem que atingir a mesma oportunidade de acesso à justiça à todos.³⁹¹

Fora do âmbito de organização do Estado, a ciência jurídica passa a considerar o próprio *processo* como agente transformador da realidade particular. A independência alcançada pela ciência processual, se constituindo como verdadeiro ramo autônomo do direito, fez com que o processo deixasse de ser visto como mero meio para a efetivação de direitos materiais, se tornando verdadeiro fim em si mesmo. Torna-se ele, o processo, um legítimo agente da efetividade dos direitos fundamentais.

Gaio propõe ainda, neste particular, que

Tem-se como processo, no tocante ao aspecto jurídico-político, por isso ligado essencialmente às funções do Estado, o método pelo qual se opera a Jurisdição, com vistas à composição de situações incertas e conflituosas, sendo, portanto, instrumento de realização da justiça.³⁹²

Em oportunidade anterior, Gaio já reafirmava a ideia que norteia suas obras *de que o processo, na medida do que for praticamente possível, deve proporcionar a quem tem um direito tudo e precisamente aquilo a que faria jus, caso não tivesse o direito sido molestado.*³⁹³

Cintra, Grinover e Dinamarco estabelecem uma relação entre a função jurisdicional a função do processo no seu desempenho

O processo é indispensável à *função jurisdicional* exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o *instrumento através do qual a jurisdição opera* (instrumento para a positivação do poder).³⁹⁴

³⁹¹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 98.

³⁹² Idem. p. 90.

³⁹³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Tutela específica das obrigações de fazer*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 97.

³⁹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.279.

A necessidade premente de serem implementados meios e condições favoráveis ao pleno acesso à justiça - no âmbito do processo – não é preocupação nova e já vem sendo tratada de há muito pelos processualistas pátrios.

Os mesmos Cintra, Grinover e Dinamarco³⁹⁵, ainda quando *jovens mestres de direito* (prefácio da 1ª edição - 1974) já externavam sua preocupação com a efetividade do processo como meio de acesso à justiça e com a necessidade indispensável de haver a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas sim um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e ao Estado.

Digno de nota que a obra dos professores paulistas, acima referenciada, remonta à década de setenta do século passado e que já externava preocupação quanto a possibilidade do processo dar resposta às necessidades de uma *vida societária de massa, com tendência a um direito de massa*, posto que, segundo os autores,

Se postulamos uma sociedade pluralista, marcada pelo ideal isonômico, é preciso ter também um *processo sem óbices econômicos e sociais* ao pleno acesso à justiça; se queremos um processo ágil e funcionalmente coerente com os seus escopos, é preciso também *relativizar o valor das formas* e saber utilizá-las e exigí-las na medida em que sejam indispensáveis à consecução do objetivo que justifica a instituição de cada uma delas.³⁹⁶

Faz-se necessário conjugar o aprendizado adquirido através da experiência e dos estudos da ciência no passado, com a realidade contemporânea. Nesta gestação evolutiva sempre poderemos nos deparar como artífices de um processo de revolução científica, tal como previsto por Kuhn.³⁹⁷

Sobre a relevância dos estudos pretéritos e o respeito à evidência histórica, no que pertine ao processo de evolução da ciência, Kuhn propõe que

Se a consciência da anomalia desempenha um papel na emergência de novos tipos de fenômenos, ninguém deveria surpreender-se com o fato de que uma consciência semelhante, embora mais profunda, seja um pré-requisito para todas as mudanças de teoria aceitáveis”.³⁹⁸

³⁹⁵ Idem. (CINTRA. *Teoria Geral do Processo*. p. 42-45.)

³⁹⁶ Idem. (CINTRA. *Teoria Geral do Processo*. p. 45.)

³⁹⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

³⁹⁸ Idem. (KUHN. *A estrutura das revoluções científicas*. p. 94.)

Assim, a necessidade de existência de processos de massa, que possam dar efetividade a direitos de massa, a luta para eliminar óbices econômicos que dificultem o livre acesso ao poder judiciário e a eliminação de estatutos formais estanques e herméticos, se constituem em verdadeiros paradigmas científicos - antecedentes históricos – à viabilidade de qualquer investida ativista que se pretenda múltipla e abrangente.

6.5 O processo e o tempo

O meio por excelência para a solução de um conflito de interesses no mundo ocidental é o processo judicial, doravante referido apenas como processo.

Não se ignora a existência dos diversos meios de solução extrajudicial de conflitos, especialmente a arbitragem, muito utilizada em sistemas jurídicos estrangeiros, mas ainda incipiente no direito pátrio, em que pese sua legislação ordenadora³⁹⁹ já distar cerca de quinze anos. Muito menos se fecha os olhos para o método que poderia ser, filosoficamente, o fim último para o esgotamento das controvérsias – o consenso.

Apesar destas constatações, fato é, para o bem e para o mal, que o sistema em uso hoje no Brasil é o processo e, em o sendo, faz-se necessário investigar se tem atendido efetivamente aqueles que dele se socorrem.

E por atendimento a seus usuários, deve ser entendido o efetivo asseguramento, por obtenção ou manutenção, de um direito negado ou violado.

Tal efetividade pode ser compreendida sob dois prismas, o que foca nos instrumentos processuais específicos e disponíveis para o atingimento do direito buscado e o que se reflete no lapso temporal necessário para este mister.

A presente investigação não objetiva enumerar as medidas processuais adequadas para cada caso concreto, tal como um manual de prática forense. Basta, dentro do espectro limitado do campo de visada apresentado, saber que existe no direito brasileiro um sistema processual estruturado e que este é capaz de viabilizar ao titular de um direito negado ou violado, independente da natureza da negação ou violação, de sua extensão ou do agente negador ou violador, apresentar seu inconformismo diretamente ao Poder Judiciário.

³⁹⁹ Brasil. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Avançar na investigação sugerida no parágrafo anterior conduzirá para dois caminhos, o da análise do mérito das decisões, o que não toca nem tangencialmente ao objeto deste trabalho, e o da legitimidade (e sua extensão) do estado-juiz em não só garantir o alcance ao direito, mas também possibilitar os efetivos meios para sua realização. Este segundo caminho é o que interessa a este estudo e será trilhado em tópico próprio, logo mais.

Portanto, o presente tópico será integralmente dedicado a pensar sobre o tempo de duração do processo judicial e sobre qual seria o melhor critério de razoabilidade para se mensurar se este tempo foi adequado ou excessivo.

Vox populi, vox Dei. Se este brocardo traz em si um argumento que possa ser cientificamente demonstrado, ou seja, se a opinião geral reflete uma constatação empírica, não há como provar nesta oportunidade. O que fica evidente, por outro ângulo, é a carga conceitual ínsita ao seguinte brocardo: *Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda.*

Aqui fica evidente que o imaginário popular conclui que não existe provimento jurisdicional que possa ser melhor que a solução consensual do litígio, ainda que o “consenso” reflita um prejuízo para ambas as partes. Veja-se que o foco do brocardo não são os ganhos dos envolvidos, mas sim as perdas. E essas perdas estão diretamente vinculadas à morosidade na efetivação da justiça, posto que uma pessoa só pode preferir abrir mão de seu direito, suportando um prejuízo concreto, se concluir que o tempo para sua efetivação será tão longo, que quando chegar não lhe seja mais interessante ou útil.

Tucci se dedicou a um trabalho de investigação acerca do tempo de duração do processo e a seus reflexos na realização da justiça⁴⁰⁰. Neste trabalho, ficam evidenciados que o problema da morosidade na prestação jurisdicional não é um problema exclusivamente brasileiro. Afeta a diversos países, às vezes pelos mesmos problemas, como a França, Itália, Espanha e Países Baixos, e às vezes por particularidades setoriais, como a chamada *empty-bench syndrome*⁴⁰¹ nos Estados Unidos.

⁴⁰⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.

⁴⁰¹ Tucci esclarece que a *empty-bench syndrome*, que equivaleria a “síndrome do banco vazio”, refletiria a carência de juízes nos EUA, não por falta de organização judiciária, mas sim pelo desinteresse na comunidade jurídica em ocupar tais postos. Na mesma linha, aponta, citando como exemplo o estado de Illinois, a preferência que as causas criminais têm sobre as cíveis, o que faria com que mesmo questões simples levassem anos para serem julgadas.

Percebe-se, então, que o problema não é geneticamente tupiniquim e que incumbe à ciência jurídica buscar a gênese das falhas e mesmo se reinventar, caso necessário, para que seja possível encontrar a saída deste labirinto.

Sobre a legitimidade da ciência para a resolução desta espécie de problema, Kuhn estabelece que

A comunidade científica é um instrumento imensamente eficiente para resolver problemas ou quebra-cabeças definidos por seu paradigma. Além do mais, a resolução desses problemas deve levar inevitavelmente ao progresso.⁴⁰²

De *lege lata*, a emenda constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da CRFB, de molde a conferir ao princípio da “razoável duração do processo” o status de direito fundamental individual.

De *lege ferenda*, a matéria já vinha sendo tratada na doutrina pátria, fortemente inspirada na experiência estrangeira, que já possuía estatuído em seus ordenamentos a disposição hoje presente na constituição brasileira.

O princípio sob holofote já foi referendado em pelo menos dois instrumentos supranacionais. A Carta Européia para a Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais – celebrada em Roma em 04/11/1950 – já continha esta previsão no inciso I, de seu art. 6º, e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, mais conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, continha disposição análoga no inciso I, de seu art. 8º.

Não se pode perder de vista que o conceito “duração razoável” é dotado de extrema vagueza. Trata-se de um bom exemplo do chamado conceito jurídico indeterminado.

Giorgis⁴⁰³ ensina que conceitos jurídicos indeterminados são palavras ou expressões indicadas na lei, de conteúdo e extensão vagos, imprecisos e genéricos. Não se referem a objetos, mas a significações atribuíveis a uma coisa ou situação. Tais conceitos carecem de um preenchimento valorativo, o que deve ocorrer caso a caso através de atos de validação, ou seja, no momento no qual o juiz faz a substituição do fato à norma deve dizer se a norma se aplica ou não ao caso concreto.

⁴⁰² Ob. cit. (KUHN. *A estrutura das revoluções científicas*. p. 210.)

⁴⁰³ GIORGIS, José Carlos Teixeira. *O Prazo Razoável como conceito indeterminado no Processo Penal*. In: FAYET, Ney; WEDY, Miguel Tedesco. (Orgs.) *Estudos Críticos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 111-122.

Considerando estarmos, nos dizeres de Cintra, Grinover e Dinamarco⁴⁰⁴, na *fase instrumentalista* do processo, o ponto nodal é descobrir se o conceito de duração razoável pode ser definido *in abstracto* ou se somente é aferível no caso concreto.

Para uma melhor contextualização do tema, convém esclarecer o pensamento dos processualistas citados, na medida em que delimitam as linhas evolutivas do direito processual civil no que chamam de três fases metodológicas fundamentais, o período do sincretismo, a fase autonomista e a atual, que é a que interessa neste ponto, a instrumentalista. Na inteligência dos autores

A fase *instrumentalista*, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto-de-vista e passar a ver o processo a partir de um *ângulo externo*, isto é, examina-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto-de-vista dos produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça): é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam aos *consumidores* desse serviço, ou seja, à população destinatária.⁴⁰⁵

Tucci⁴⁰⁶ apresenta uma fórmula acerca do tema, quando cria três regras para a aferição da razoabilidade do tempo do processo. A diferenciação entre os processos deveria considerar (a) a complexidade do assunto, (b) o comportamento do litigante e de seus procuradores e, (c) a atuação do órgão jurisdicional.

Portanto, se demonstrado que a causa era complexa, que as partes e advogados foram leais e não promoveram diligências procrastinatórias e que o juiz foi diligente, não haveria como apontar uma demora irrazoável ao processo.

É um critério de inegável valor, especialmente quanto a sua objetividade, mas que aponta toda a sua racionalidade para o olhar do cientista do direito.

Parece, todavia, que a análise de juristas não é suficiente para esgotar o tema, na medida em que o reconhecimento do que seria a duração razoável necessita, inexoravelmente, de referendo popular.

E se o argumento de réplica insistir que somente o conhecimento técnico é capaz de auferir qual lapso temporal seria o necessário para a duração razoável de um processo, é possível treplicar dizendo que é obrigação da comunidade científica

⁴⁰⁴ Ob. cit. (CINTRA. *Teoria Geral do Processo*. p. 43.)

⁴⁰⁵ Ibidem.

⁴⁰⁶ Ob. cit. (TUCCI. *Tempo e Processo*. p. 51.)

apresentar argumentos coerentes e que permitam convencer ao leigo de que um processo pelo rito comum, por exemplo, possa razoavelmente durar quatro anos até o trânsito em julgado.

O grande desafio, ao que parece, é a elaboração de um *link* entre o conhecimento técnico e o anseio popular por uma justiça rápida.

Inicialmente, faz-se necessário levar ao conhecimento de toda a população o fato de que os conceitos de “velocidade” e “efetividade” podem não ser compatíveis e, em alguns casos, podem mesmo conflitar. Veja-se o caso, por exemplo, de uma ação litigiosa para a definição da guarda de filhos menores, onde haja alegação de maus tratos por um lado, alienação parental de outro, incapacidade econômica de um, influência imoral de outro, etc. A fase instrutória, inclusive com o concurso de auxiliares da justiça, necessitará de análise criteriosa, sendo que esta, por óbvio, demandará um maior lapso temporal.

Precisa ficar claro para todos os envolvidos que os conceitos de ampla defesa e de celeridade no julgamento podem, e normalmente o são, antagônicos. Quanto mais possibilidade a parte tiver para se manifestar sobre pontos, detalhes, peculiaridades do processo, com o direito de ouvida da parte adversa, mais lento será o provimento jurisdicional. Trata-se de mera constatação, sem nenhum juízo valorativo, pontue-se.

Nesta linha de raciocínio, é fácil constatar que de um tempo pra cá se identifica a nítida intenção em petrificar as decisões dos Tribunais Superiores, sistematizando o agir dos demais juízes no Brasil. Viu-se isso na criação das súmulas vinculantes, na lei dos recursos repetitivos e agora, no projeto de reforma do Código de Processo Civil, essa investida será ainda mais evidente. Trata-se, também aqui, de mera constatação, sem nenhum juízo valorativo.

Didier realiza uma reflexão sobre a questão do tempo de duração do processo, deixando evidente que, em seu entendimento, se conquistou ao longo da história o direito à que os conflitos demorassem à ser solucionados. Esta demora, por óbvio, não se confunde com morosidade, mas sim com garantia de ampla defesa e contraditório, o que, por certo, consome mais tempo que um processo acelerado. Neste sentido

A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do conflito deve cumprir, necessariamente,

uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo do devido processo legal. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos, certamente, atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor insuperável. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sente saudade deles.⁴⁰⁷

Na mesma linha de raciocínio, mas pontuando acerca da falta de fatos e dados que possam garantir que o caminho hoje trilhado pelas recentes alterações e projetos de alteração ao código de processo civil alcançarão a almejada celeridade do processo, Barbosa Moreira pontua que

Já que só se podem comparar grandezas conhecidas, para chegarmos à conclusão segura acerca da repercussão de uma reforma na duração dos pleitos, necessitaríamos de dois dados: um relativo ao período anterior à reforma, outro ao período posterior a ela [...] qualquer afirmação categórica ficará exposta à censura a que se sujeita o 'argumento empírico sem base empírica'.⁴⁰⁸

Ao estabelecer um consenso entre juristas e jurisdicionados acerca da necessidade de um prazo mínimo para a duração de cada tipo de processo, de molde à assegurar a ampla defesa e o contraditório, será possível abrir o debate e receber também a contribuição de outros ramos da ciência humana.

Está demonstrado que o problema do tempo de duração do processo assola não só o Brasil, mas diversos outros países, inclusive aqueles nos quais os modelos de democracia, distribuição de renda e mobilidade social estão muito mais avançados que aqui *na terra onde tudo dá*.

A ciência jurídica, portanto, vem se dedicando ao estudo do tema e à proposição de soluções em vários cantos do mundo, mas ainda não tem alcançado níveis de satisfação popular razoáveis em quaisquer destes lugares. Talvez a revolução científica da qual necessitamos tenha sua semente na filosofia, na antropologia, na sociologia, ou mesmo fora das ciências humanas.

O presente tópico é encerrado com o olhar de Barbosa Moreira, que pontua que o problema da duração do processo é universal e não exclusivamente brasileiro. Além disso, afirma que as queixas sobre tal morosidade se repetem, mas sempre, e

⁴⁰⁷ DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol 1*. Salvador: Jus Podium, 2008, p. 43-44.

⁴⁰⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. disponível na Internet: <<http://www.gaiojr.adv.br>>. Acesso em: 27 de outubro de 2011.

quase que exclusivamente, circunscritas ao elemento temporal. Neste sentido, Barbosa Moreira decreta que *queremos sim, uma justiça rápida; mas não é só isso que queremos: queremos uma justiça melhor*.⁴⁰⁹

6.6 O protagonismo do Poder Judiciário

O chamado Ativismo Judicial é tema que tem despertado maior atenção à ciência do direito ultimamente que, portanto, nos inspirou a elaborar a presente pesquisa. Grosso modo, trata-se da atuação ativa do juiz como agente da efetivação de direitos fundamentais. A medida, a extensão e as conseqüências desta atuação são, portanto, o que há de mais interessante sobre o tema.

Em palestra durante o VI Ciclo de Conferências sobre o Direito da Crise Econômica, promovido pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Tepedino chama a atenção para a necessidade de sempre buscar o norte, o fundamento de validade da norma, no seio da constituição

Somente os valores constitucionais, no meio à diversidade de normas emanadas a cada dia, fruto de circunstâncias e lógicas setoriais variadas e contraditórias, podem oferecer ao magistrado e ao advogado os indispensáveis parâmetros de sistematicidade. É preciso, para tanto, assumir a Constituição Federal não já como Carta política, definidora de princípios voltados somente para o legislador, mas como norma jurídica, diretamente aplicável às relações de direito privado.⁴¹⁰

Logo de princípio, convém deixar claro que isso não se confunde, em nenhuma medida, com a aplicação de um princípio constitucional em detrimento de uma regra de direito, ou seja, de um dispositivo expresso da lei ou da constituição.

Deixar de aplicar uma lei tendo por base algum princípio ou primado da constituição é um erro grosseiro de hermenêutica e desmerece maiores considerações.

Os critérios de solução de antinomias aparentes da legislação e mesmo o controle difuso de constitucionalidade estão muito bem delineados na legislação processual, adequadamente inspirada na doutrina pátria. A crítica ao sistema processual brasileiro, neste particular, não é objeto deste estudo.

⁴⁰⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. In: *Revista de processo*, n.74, São Paulo, RT, 1994, p. 26-37.

⁴¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 81 et. seq.

É justamente dentro dos sistemas processuais hoje disponíveis que deverá se processar o ativismo judicial, de molde a viabilizar a efetivação dos direitos fundamentais preservando, em última análise, o próprio Estado Democrático de Direito. Afinal de contas, o substantivo final da expressão não é “entendimento” e muito menos “jurisprudência”.

E para a adequada participação ativa do Poder Judiciário, a ciência processual já apresenta alternativas doutrinárias de molde a preservar a equidistância e imparcialidade do juiz, mediante o *princípio da cooperação*.

Discorrendo sobre este princípio processual, Didier foca no direito estrangeiro

Atualmente, prestigia-se no direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal -, e já com alguma repercussão na doutrina brasileira, o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras.

Essa participação não se resumiria à ampliação dos seus poderes instrutórios ou de efetivação das decisões judiciais (arts. 131 e 461, e 461, §5º, CPC).⁴¹¹

Didier conclui afirmando que este princípio encerra o produto de uma atividade cooperativa, na qual cada um com sua função, mas todos atuando em prol da consecução de um objetivo comum.⁴¹²

Perlingieri apresenta a análise dando claro enfoque na mitigação do direito subjetivo como individual e absoluto. O foco central passa à ser a coletividade, como manifestação, agora, do *princípio da solidariedade*

No ordenamento moderno, o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma situação subjetiva complexa, composta tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus. É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente ao nível constitucional.⁴¹³

E é justamente este olhar que parece ser o adequado para a atuação do estado-juiz enquanto agente da efetivação dos direitos fundamentais. Assegurar o direito de

⁴¹¹ Ob. cit. (DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*. p. 58-59.)

⁴¹² Ob. cit. (DIDIER JR. *Curso de direito processual civil*. p. 59.)

⁴¹³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 121/122.

um, isoladamente, pode ter o potencial de ceifar o direito de vários. Esta deve ser sempre a preocupação do julgador. O juiz deve sempre se colocar no alto da montanha, para que tenha a mais ampla visão possível do horizonte de conseqüências que sua decisão proporcionará.

Prosseguindo na análise do tema, Perlingieri chega a decretar o óbito da concepção de que o direito individual seja absoluto quando afirma que

No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular”.⁴¹⁴

O processo, analisado como *procedere*, como o que deve andar para frente, como o meio para o alcance do direito subjetivo vilipendiado, traz várias lições que podem sugerir a busca de sua efetividade mediante a atuação pró-ativa do magistrado.

Por outro lado, é importante questionar em qual medida o Poder Judiciário estaria preparado para desempenhar este papel, especialmente quanto a estar atento para as tentativas de manipulação, mascaradas em falseadas condutas omissivas. Vejamos, como mero exemplo, a questão das políticas públicas na área de saúde.

Há um direito fundamental à saúde encadernado na Constituição de 88⁴¹⁵. Suponhamos que um administrador pretenda adquirir determinado medicamento de vital importância e de elevado custo, sem se submeter ao regular processo licitatório, com vistas a seu locupletamento mediante conluio com o laboratório fornecedor.⁴¹⁶

Na prática dos Tribunais, bastará que tal administrador formule uma política pública que exclua a aquisição de tal vital medicamento e aguardar algum tempo. Talvez alguns poucos dias.

Ao primeiro “sinal de liminar” advindo dos Tribunais, nosso hipotético administrador estaria referendado para concretizar seu crime, mas agora sob o

⁴¹⁴ Ibidem

⁴¹⁵ Brasil. CRFB. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁴¹⁶ Advertência: qualquer semelhança com fatos e personagens será mera coincidência.

beneplácito do Poder Judiciário. Veja-se que à despeito de se preservar a saúde, ou mesmo a vida, de um jurisdicionado, se contribui para a prática delituosa, sendo que o foco deste crime era justamente subtrair recursos da própria rubrica dedicada à promoção da saúde. Retirou-se dinheiro de todos para o privilégio de um.

Muito diferente, entretanto, seria a participação do Poder Judiciário como Estado, como um agente da formulação de uma política pública eficiente, sempre que o caso concreto assim recomendasse. Assim, aproveitando ainda este mesmo exemplo, a eventual procedência do pedido do jurisdicionado não seria corporificada na ordem “*compre o remédio*”, mas sim na ordem de “*alteração de todo o planejamento e priorização na aquisição de medicamentos*”, devendo o Poder Judiciário, diante das circunstâncias do caso concreto, se envolver na própria elaboração deste planejamento.

O problema é saber em qual medida o Poder Judiciário teria capacidade técnica para interferir nestas espécies de políticas públicas. O que faltaria, no nosso exemplo hipotético, seria competência na elaboração, ou na gestão, de uma política eficaz. O Poder Judiciário, contudo, é formado por magistrados de profundo conhecimento jurídico. Mas é só este o conhecimento hoje exigido do magistrado. Como um técnico do direito poderia interferir no planejamento de um técnico de gestão? Por mais que se tente encontrar a solução para esta indagação, não há vasto material científico produzido de molde a conduzir para esta gloriosa resposta.

Além disso, esta linha de raciocínio conduzirá a dois caminhos, um supostamente do bem, o da ampla efetividade dos direitos fundamentais, e outro seguramente do mal, da interferência de um Poder da República na esfera de outro. O caminho do suposto bem, ao que parece, deveria ser precedido, inexoravelmente, da qualificação técnica do Poder Judiciário em ciências diferentes das quais já sejam de seu domínio.

E o problema de pensar diferente reside especificamente na subtração da justiça. Sim, ao se subtrair um direito fundamental que deveria ser amplo, ainda que de aplicação ineficiente, mirando na eficiência absoluta para um único particular, se estará, em última análise, negando validade ao próprio direito fundamental que se pretendia assegurar.

Ainda no plano dos exemplos hipotéticos, imaginemos uma decisão judicial que tenha garantido a um doente um leito em hospital público, levando em consideração exclusivamente o direito à saúde previsto na Constituição de 1988. Imaginemos,

ainda, que o leito tenha sido negado por superlotação de todos os hospitais da região. Considerando que dois corpos não podem ocupar o mesmo lugar no espaço, é de se concluir que alguém teria que levantar (ou ser removido) para que o jurisdicionado se deitasse e, em sendo assim, parece que a efetivação do direito fundamental não foi obtida mediante a coerção judicial ao Estado, mas sim mediante a coerção judicial ao outro doente (que se levantou ou foi removido).

Conforme mencionado mais restritamente em capítulo anterior, esta seria uma das hipóteses em que Dworkin reconhece a possibilidade de se mensurar o peso dos direitos em aparente conflito, privilegiando o objetivo coletivo sobre o direito individual.⁴¹⁷

Nesta esteira hipotética, suponhamos ainda que tal decisão tivesse sido proferida em sede liminar *inaudita altera parts*, que não dispusesse de dados acerca da ocupação dos leitos da rede pública e que não conhecesse a política pública reguladora – ou o ato administrativo regulamentador – que estipulava as regras de prioridade no nosocômio. Neste caso, Bandeira de Mello considera que se trata de ofensa ao princípio da isonomia, previsto na própria Constituição Federal.⁴¹⁸

Bandeira de Mello ainda propõe um sistema no qual devam concorrer quatro elementos para se possa identificar a observância da isonomia

a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo; b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados; c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica; d) que, *in concreto*, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.⁴¹⁹

⁴¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. USA: Harvard University Press – Cambridge, Massachusetts, 1977, p. 92. “Rights also may be absolute: a political theory which holds a right to freedom of speech as absolute will recognize no reason for not securing the liberty it requires for every individual; no reason, that is, short of impossibility. Rights may also be less than absolute; one principle might have to yield to another, or even to an urgent policy with which it competes on particular facts. We may define the weight of a right, assuming it is no absolute, as its power to withstand such competition. It follows from the definition of a right that it cannot be outweighed by a social goals. We might, for simplicity, stipulate not to call any political aim a right unless, for example, it cannot be defeated by appeal to any of the ordinary routine goals of political administration, but only by a goal of special urgency.”

⁴¹⁸ Brasil. CRFB. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

⁴¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.41.

Tal como no primeiro exemplo, melhor seria que o Poder Judiciário, nesta análise em tese, pudesse participar de forma competente do processo de elaboração da política pública para a triagem de pacientes, antes de decidir um caso individual.

E é essa linha tênue que quando transposta transforma a justiça em injustiça. Quando assim não age, o Poder Judiciário subtrai um direito de todos para ser entregue exclusivamente a um particular. Nesse ponto o Ativismo Judicial deixa de ser uma alternativa como instrumento democrático de efetivação das garantias fundamentais do indivíduo e passa a contribuir para a polarização do exercício dos direitos somente nos setores da sociedade mais abastados e que, portanto, são melhores representados por seus advogados.

Ávila já se dedicou a questão e, partindo da premissa de que a justiça particular não deve prevalecer, seja em extensão, seja em importância, à justiça geral, propõe que

As regras desempenham funções importantes numa sociedade complexa e plural, que são as de estabilizar conflitos morais e reduzir a incerteza e a arbitrariedade decorrente da sua inexistência ou desconsideração, servindo, por isso, de valiosos instrumentos de justiça geral, pela uniformidade de tratamento e estabilidade das decisões que ajudam a produzir.⁴²⁰

E Ávila conclui adiante, afirmando que a existência de regras claras são de importância fundamental para o Estado Democrático e de Direito

A consideração dos elementos valorizados pela regra legal, apesar das circunstâncias do caso concreto, não é algo forçosamente negativo, antes assume uma importância fundamental num Estado de Direito. Sendo isso certo, não é correto enunciar que se passou da justiça geral para a justiça individual, nem que se *deve* passar ou é *necessariamente bom que se passe* de uma para outra.⁴²¹

O que se admitiria regular, portanto, quando se mira para o Ativismo Judicial como uma alternativa, é o Poder Judiciário assumindo sua condição prévia de Estado, efetivando plena e irrestritamente os direitos fundamentais individuais, absolutamente compromissado com a distribuição de justiça geral e isonômica.

⁴²⁰ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 27 de outubro de 2011.

⁴²¹ Ibidem.

6.7 Esperança para o ativismo judicial?

No decorrer do presente capítulo, foi identificada a existência de direitos fundamentais expressos na Constituição Federal, que se configuram em verdadeiras garantias do indivíduo. São eles que asseguram, em face do Estado, as liberdades públicas, os direitos sociais e mesmo os direitos supra-individuais.

Diante de tal magnitude, ficou clara a necessidade de sua efetivação, especialmente diante da ineficiência, constatada historicamente, da atuação do Poder Legislativo, do Poder Executivo e, já se verifica, também do Poder Judiciário.

Neste nosso caminhar intelectual, apontou-se o Processo como o instrumento por excelência para a efetivação de direitos individuais. O Processo como a forma adequada de se compelir o Estado a cumprir seu mister constitucional. Nos dizeres de Gaio Jr, como *o meio para se obter mais justiça ou menos injustiça*.⁴²²

Ficou evidenciado, entretanto, que a morosidade do processo é um fato inquestionável e que não é “privilégio” brasileiro. O problema é grave e afeta diversos países, inclusive naqueles em que o sistema vigente é o da *commom law*. Se o fato desculpa, em alguma medida, o que se verifica no Brasil, também serve de alerta para a dimensão do problema real, recomendando à ciência jurídica buscar meios de solução do problema em outros ramos das ciências, rumo a uma verdadeira revolução científica.

O Ativismo Judicial considerado como alternativa para essa meta efetivatória, portanto, não é aquele que se confunde com a negativa ao próprio Estado Democrático de Direito. Há de se primar pelo respeito a sólidos critérios de hermenêutica, há de se agir cooperativa e solidariamente, há de se privilegiar a justiça geral sobre a particular, há de se preservar os limites dos Poderes da República, há de se qualificar tecnicamente o Poder Judiciário como Órgão de Gestão e há de se ter a coragem para assumir a condição do Poder Judiciário como Estado, ingressando no âmago da política pública (ou a criando, se inexistente).

⁴²² Conferência em 04-10-2011 no Curso de Mestrado em hermenêutica e direitos fundamentais – UNIPAC/Juiz de Fora/MG.

7 SÍNTESE CONCLUSIVA

Espera-se que no decorrer da pesquisa tenha ficado suficientemente esclarecido a extensão do fenômeno conhecido por *ativismo judicial*.

Como visto, o ativismo judicial se caracteriza por uma atuação direta do Estado-Juiz, na figura do Poder Judiciário, no sentido de assegurar a realização de um direito fundamental estabelecido na constituição, diante de uma situação concreta na qual uma pessoa seja privada deste direito.

Ao delimitar o âmbito de abrangência do estudo, foi pontuado que esta atuação costuma ser verificada em três esferas de ausência, sempre relacionadas a inércia, em alguma medida, dos Poderes Legislativo ou Executivo. A primeira ocorreria diante da inexistência de norma infraconstitucional reguladora do direito. A segunda seria verificada quando inexistisse política pública hábil à consecução dos objetivos e programas idealizados pelo legislador constitucional.

E como proposição investigativa, o estudo foi delimitado à terceira hipótese, que seria aquela na qual existiria política pública implementada, mas esta política se mostraria ineficiente diante do caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.

Analisar o ativismo judicial, portanto, remete a uma necessária pesquisa acerca de seu antecedente lógico, que é o controle judicial da constitucionalidade das normas.

Há considerável parcela da literatura jurídica brasileira que enxerga positivamente o ativismo judicial. Em breve síntese, o raciocínio lógico desenvolvido pelos autores parte da premissa de que a posição ativa do juiz adveio de constatação de que determinado direito fundamental havia sido negado ou violado.

Além disso, o reconhecimento da possibilidade desta atuação discricionária do Poder Judiciário advém do entendimento de que a Constituição não é apenas um manifesto de metas à serem alcançadas, mas sim que o texto constitucional tem força condicionante e que deve, em concreto, fazer parte da realidade de todos os indivíduos.

A presente pesquisa ousa divergir de todos estes estudiosos, entretanto.

O ponto central eleito para fundamentar a crítica apresentada no presente estudo, foi a grande parcela de discricionariedade do julgador. Esta – a discricionariedade – é o grande problema para a viabilidade do ativismo judicial.

Por seu turno, a intenção de reduzir, ao máximo possível, a discricionariedade na análise do caso concreto, tem direta relação com a necessária neutralidade do juiz, esta considerada como garantia institucional do Estado Democrático de Direito.

A opção metodológica escolhida para a presente pesquisa, em seguimento à definição do objeto nuclear do estudo, ou seja, o ativismo judicial, foi investigar as raízes filosóficas subjacentes ao estudo da ciência do direito.

Em última análise, portanto, toda a fundamentação para defender o ativismo judicial está vinculada a uma busca para o alcance da justiça.

E considerando que a presente pesquisa pretendeu demonstrar que estamos diante de um equívoco, ou seja, que um conceito particular de justiça, ou mesmo que o conceito de justiça de um pequeno grupo, não pode superar o conceito geral, foi necessário enveredar no estudo sobre a definição, a busca e a efetivação da “justiça”.

O caminho dissertativo, portanto, partiu de Aristóteles, como matriz do pensamento jusfilosófico ocidental, enveredando em seguida pela obra de Kant, aqui considerada como o eixo filosófico que dá sustentação à quase integralidade da construção jurídica brasileira.

Em outras palavras, à partir da influência do chamado *silogismo aristotélico*, do processo lógico-dedutivo da subsunção, foi estudada parcela da contribuição de Kant, tanto por ser mais próxima da intelectualidade jurídica atual, quanto pela extensão de sua análise filosófica do direito.

Direito e moral, nesta perspectiva, são conceitos que necessariamente se tocam, seja em que medida for, pois o conceito de moral idealizado por Kant se afasta da realidade do mundo prático. A virtude advinda da obediência a um dever moral, exclusivamente pela moral, é uma perspectiva utópica e que talvez ainda só tenha assento nos estudos puramente filosóficos.

A seara do direito, todavia, não cogita mais este conceito idealizado do humano, mas sim busca compatibilizar os diversos ideais de moral com a existência de um sistema que tenha a pretensão de ser justo para todos.

O objetivo do estudo até este ponto foi tentar compreender um pouco melhor a matriz jusfilosófica subjacente às teorias do direito, culminando com a chamada escola positivista, cujo traço marcante é claramente observado no direito brasileiro.

Em prosseguimento, a pesquisa partiu da premissa de que o exercício do direito se verifica nos diversos sistemas argumentativos existentes, como forma de resolver os conflitos exurgidos das relações sociais. Por isso o trabalho se deteve sobre as

respectivas obras de Alexy e Dworkin, como representativos de diversos estudos hoje existentes na literatura jurídica brasileira.

Em Dworkin, identifica-se uma ácida crítica ao positivismo jurídico, sustentada por dois paradigmas: o positivismo jurídico se resumiria a um modelo de regras, que ignoraria a existência de princípios, e este modelo de regras possibilitaria a defesa de um poder discricionário do julgador.

Dworkin propôs o direito como um modelo de regras e de princípios. Regras obedeceriam ao padrão tudo ou nada, *all or nothing*, não admitindo exceções, exceto se previstas. Princípios seriam *prima facie*, poderiam ser compatibilizados entre si, sem que necessariamente um deles tivesse que ser afastado.

Alexy, todavia, utilizou a expressão *mandamentos de otimização*, afirmando que estes são *caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas*.⁴²³

Este modelo de regras e de princípios é adotado pela literatura brasileira e parece ser possível ousar afirmar que se não é unânime, tangencia a unanimidade. O fato é, retomando o raciocínio, que a questão da discricionariedade do julgador permaneceu presente, em alguma medida, em todos os modelos acima enunciados, jurídicos ou filosóficos.

Nesta perspectiva, é possível dizer que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, constituindo uma relação de gênero e espécie. O que diferencia a argumentação jurídica da argumentação prática, portanto, é sua vinculação ao direito positivo.

Dworkin e Alexy utilizaram critérios qualitativos para a análise da generalidade nos princípios. Ambos, portanto, afastaram a solução por um critério quantitativo.

Na ótica de Alexy, princípios são mandamentos de otimização, configuram um dever-ser ideal, enquanto regras são mandamentos definitivos, configurando um dever-ser real. Dworkin não adentra o núcleo do critério que ele mesmo formulou.

O grande contributo de Alexy e de Dworkin neste particular, portanto, está no reconhecimento de se fazer necessária a formulação de uma ‘teoria de interpretação’, de molde à dar sustentação à qualquer teoria de direito que se apresente à prova.

⁴²³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 90.

Vale pontuar que Alexy formula seu pensamento através de proposições matemáticas. Tendo por mira a preponderância de um critério racional, Alexy decompõe a ponderação em três passos parciais: (a) deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio; (b) deve ser comprovada a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, e; (c) deve ser comprovada a importância de que o cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.⁴²⁴

As teorias interpretativas podem ser a saída para que se encontre o equilíbrio entre um modelo no qual o julgador não passe de um mero operador de silogismos e nem que se transforme em tirano pseudo-oráculo.

Recentemente, alguns pesquisadores da ciência do direito identificaram na filosofia apresentada por Heidegger, uma possibilidade hermenêutica para o alcance de uma almejada efetividade máxima do direito.

A busca incessante da compreensão do ser, em detrimento da fácil identificação do ente, pode ser apontada como a característica principal da filosofia heideggeriana. E buscar a compreensão do ser, no campo da investigação jurídica, sintoniza em grande parte com a busca da verdade, na medida em que não se admite pensar em ciência do direito, enquanto efetividade da justiça, sem que se compreenda e interprete a própria verdade.

O objetivo da introdução deste tema na pesquisa foi demonstrar que a hermenêutica ontológica já foi apresentada como fundamento razoável e racional para o ativismo judicial. Nesta dissertação se ousou divergir, entretanto, ao propor que este entendimento apresenta um grande risco à segurança jurídica, mormente diante do alto grau de discricionariedade delegada ao julgador.

Isso porque a hermenêutica ontológica possibilita que tanto o interprete como o aplicador do direito, imprimam seu exclusivo e pessoal entendimento acerca da melhor “justiça” à ser aplicada ao caso concreto.

Por isso, também foi objeto de investigação a medida na qual a obediência à lei se relaciona com o conceito de Estado democrático e de direito.

O presente trabalho propôs que a hermenêutica ontológica poderia significar a abertura do tema em tal envergadura, que nenhum resultado poderia ser previsto.

⁴²⁴ Idem. (ALEXY. *Constitucionalismo discursivo*. p.133.)

Note-se, enfim, que o objetivo desta parte da pesquisa não foi, em nenhuma medida, uma crítica à hermenêutica ontológica proposta por Heidegger, mas sim identificar a amplitude da discricionariedade que poderia ser relegada ao julgador.

Talvez o problema se encontre na moral, ou na avaliação que cada um detém acerca do que seria a moral. Desta forma, e de fato isto ocorre, não são raras as oportunidades nas quais o indivíduo se depare diante de uma situação real, na qual esteja inclinado a tomar determinada atitude, ainda que esta atitude aparente ofender a sua moral.

Como visto, Heidegger apresentou o direito pautado na verdade, mas não na verdade utópica e sim na verdade manifestativa orientada pela compreensão ontológica e na verdade como manifestação do legislador.

A verdade, então, se revestiria de características que permitiriam rotulá-la como fundamento do direito. Inegável, portanto, a mudança do seu *locus* hermenêutico. Aliás, como apresentado na pesquisa, esta perspectiva altera o status da verdade mesmo se for considerada numa análise axiológica.

O direito é afetado por essa nova perspectiva da verdade, na medida em que na visão ontológica a verdade não possui a estrutura de concordância entre o sujeito (conhecimento) e o objeto. O que se busca é uma re colocação do ser em seu sentido mais originário, evitando o encobrimento que o próprio ente exerce sobre o ser.

O intérprete do direito, e principalmente o juiz, como intérprete e aplicador, portanto, enquanto hermeneuta heideggeriano, deveria continuamente se colocar no tempo originário, lembrando o passado, observando o presente e antevendo o futuro.

E assim o fazendo, na ótica apresentada por Heidegger, o direito, seus intérpretes e aplicadores, estariam cada vez mais próximos da verdade, do alcance da essência do que se pretende interpretar, possibilitando, conseqüentemente, a aproximação de uma efetivação do ideal de justiça.

O problema, contudo, e a sua evidenciação foi o objetivo desta parte do estudo, é a real possibilidade de que a inteligência humana dê a interpretação que melhor lhe convier diante de uma situação litigiosa.

Por conseguinte, os sistemas jurídicos necessitariam de mecanismos de proteção, de molde a assegurarem que casuísmos pontuais não tivessem o poder de amoldar, torcer, e mesmo subverter, a interpretação e aplicação do direito.

E o pano de fundo que permeou a presente pesquisa, foi a atuação ativista do Poder Judiciário, aqui analisada dentro da tensão existente entre uma máxima

discricionariedade do julgador – tal como ontologicamente possível – com o rigor hermético do arcabouço legislativo que compõe o ordenamento jurídico.

Neste sentido e com vistas a analisar se a atuação ativista do poder judiciário subtraía a atribuição tipicamente legiferante do poder legislativo, a pesquisa foi colher em Ober uma diferente proposição de democracia - esta normalmente vista como o governo, o poder da maioria – na qual esta (a democracia) passe a ser entendida como o poder que a população detém de efetivamente participar da gestão pública, não apenas como controlador da atuação dos titulares do poder, mas, inclusive, com capacidade de promover mudanças efetivas no cenário público.

Neste contexto, portanto, restava investigar se a democracia, seja ela considerada como o governo da maioria, ou seja ela entendida como a capacidade de fazer coisas, ofenderia, ou teria o potencial de ofender, a própria higidez do Estado democrático de direito.

Para tanto, o estudo se debruçou sobre o alerta de Rosenfeld acerca da possibilidade de haver hipóteses nas quais o estado de direito poderia se chocar com a democracia. Isso porque Rosenfeld entende que os direitos constitucionais seriam, em alguma medida, antidemocráticos, antimajoritários.

Através da obra de Dworkin, foi observado que nos Estados Unidos o tema não é diverso do verificado no Brasil, ou seja, a atuação política de juízes não se restringe às cortes superiores. Lá o entendimento é que os juízes agem, e que devem agir, como legisladores, mas apenas dentro do que eles chamam de "interstícios" de decisões já elaboradas pelo legislativo.

Necessário lembrar que o tema deve ser pensado no contexto da realidade do Estado brasileiro, o que forçará levar em consideração a existência de um hiato entre o querido e o possível, na perspectiva de um país ainda em processo de desenvolvimento.

Apesar disso, conforme Ávila, a pesquisa identificou que as atribuições do legislativo, entretanto, não passaram para a agenda do judiciário, na medida em que estaríamos diante de um ordenamento constitucional que privilegiaria a participação democrática e que reservaria ao Poder Legislativo a competência para regular, por lei, as matérias relevantes para a sociedade brasileira.

Neste sentido, o ativismo, da forma como analisado neste estudo, rumaria para o autoritarismo, na medida em que o Poder Judiciário, ao invés de guardião da legalidade constitucional, poderia flertar perigosamente com teorias totalitárias.

Pretender retirar a legitimidade do Poder Legislativo para decidir o que é melhor ou pior para a sociedade, é retirar a voz do povo, é subtrair a democracia e dedicar sua análise a um grupo seletivo de iluminados. Como já alertava Kelsen há quase um século.

A proposição de Kelsen revela que não só é impossível reconhecer, neste contexto, a existência de um ser onisciente, como também é tirânico, intolerante e preconceituoso pretender retirar a voz de qualquer setor da sociedade mediante a definição de valores absolutos, posto que *tal crença leva irresistivelmente a uma situação na qual aquele que pretende possuir o segredo do bem absoluto reivindica o direito de impor sua opinião e sua vontade aos outros.*⁴²⁵

A supremacia, portanto, se encontra no equilíbrio entre os poderes e, conforme síntese de Rawls, *o poder supremo é detido pelos três poderes, numa relação devidamente especificada de uns com os outros e sendo cada qual responsável perante o povo.*⁴²⁶

Neste sentido, já que é necessário que o povo seja representado e que sua vontade seja exteriorizada por um discurso único, não há como vislumbrar que uma única pessoa, investida de jurisdição, possa subtrair o que a vontade da maioria estabeleceu.

Ocorre que a presente pesquisa não pretendeu rotular a atuação ativista do poder judiciário como uma prática integralmente nefasta e que devesse ser banida do mundo jurídico, a qualquer preço.

No curso da pesquisa foi apresentada outra forma de racionalidade. Considerando, por conseguinte, que o processo democrático também delega ao Poder Executivo a competência para estabelecer as políticas públicas – que darão vida aos direitos fundamentais esculpidos na constituição – o Poder Judiciário só poderia se manifestar de forma ativista contra a integralidade da política pública. De outra forma, a efetivação do direito só seria garantida para aqueles que pudessem pleitear a proteção jurisdicional.

Esta proposição pressupõe a constatação irrefutável de que o acesso ao Poder Judiciário não é amplo, irrestrito e plural em todo o país. Apesar desta questão não ser aqui aprofundada empiricamente, é utilizada como um paradigma lógico, diante de sua notoriedade.

⁴²⁵ Ibidem. (KELSEN. *A democracia*, p. 202.)

⁴²⁶ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000, p. 283.

Ao que o estudo indica, pensar diferente é permitir que o Poder Judiciário feche os olhos para a sua condição de membro do Estado e ignore o fato de que somente algumas pessoas conseguem apresentar suas queixas para apreciação judicial. Se a política é ofensiva à efetivação de direitos fundamentais, o será para todos e não somente para aqueles que puderem chegar aos seus gélidos corredores marmoreados.

Não poderia o Poder Judiciário, portanto, em um momento atuar como Estado-juiz e obrigar outro Poder da República a proceder desta ou daquela forma, e em outro momento se esconder em regras processuais para somente fazer valer sua decisão para quem puder – e for representado por um bom advogado – submeter-lhe sua pretensão.

A proposição parte da premissa de que não haveria nenhuma racionalidade democrática que sobrevivesse à coexistência de políticas públicas diversas para pessoas iguais, especialmente se esta diferença fosse imposta pelo Poder Judiciário.

Ademais, o próprio instrumento de efetivação de direitos fundamentais utilizado pelo poder judiciário – o processo – demonstra claros sinais de ineficiência, especialmente pelo fator temporal. A demora na conclusão do processo tem sido apontada, não só no campo da ciência jurídica, como um grande contribuinte da inefetividade dos direitos, na medida em que é senso comum que justiça tardia não é justiça.

Não bastaria, portanto, que o Poder Judiciário assumisse esta atribuição de “efetivador de direitos fundamentais”, se de forma pragmática o titular do direito violado não conseguisse lhe apresentar sua pretensão.

Para que esta participação fosse efetiva, os meios de acesso à justiça deveriam ser facilitados e libertos de entraves burocráticos injustificáveis.

Faz-se necessário conjugar o aprendizado adquirido através da experiência e dos estudos da ciência no passado, com a realidade contemporânea. Nesta gestação evolutiva sempre poderemos nos deparar como artífices de um processo de revolução científica, tal como previsto por Kuhn⁴²⁷.

Assim, a necessidade de existência de processos de massa, que possam dar efetividade a direitos de massa, a luta para eliminar óbices econômicos que dificultem o livre acesso ao poder judiciário e a eliminação de estatutos formais estanques e

⁴²⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

herméticos, se constituem em verdadeiros paradigmas científicos - antecedentes históricos – à viabilidade de qualquer investida ativista que se pretenda múltipla e abrangente.

Sobre as interações do ativismo judicial com o processo, a ciência processual já apresenta alternativas doutrinárias de molde a preservar a equidistância e imparcialidade do juiz, mediante o *princípio da cooperação*, que encerra o produto de uma atividade cooperativa, na qual cada um detém sua função, mas todos atuando em prol da consecução de um objetivo comum.

E é justamente este olhar que parece ser o adequado para a atuação do estado-juiz enquanto agente da efetivação dos direitos fundamentais. Assegurar o direito de um, isoladamente, pode ter o potencial de ceifar o direito de vários. O juiz deve sempre se colocar no alto da montanha, para que tenha a mais ampla visão possível do horizonte de conseqüências que sua decisão proporcionará.

Neste contexto, a pesquisa enxerga o Poder Judiciário como Estado, como um agente da formulação de uma política pública eficiente sempre que o caso concreto assim o recomendar.

E o problema de pensar diferente reside especificamente na subtração da justiça. Sim, ao se subtrair um direito fundamental que deveria ser amplo, ainda que de aplicação ineficiente, mirando na eficiência absoluta para um único particular, se estará, em última análise, negando validade ao próprio direito fundamental que se pretendia assegurar.

E é essa linha tênue que quando transposta transforma a justiça em injustiça. Quando assim não age, o Poder Judiciário subtrai um direito de todos para ser entregue exclusivamente a um particular. Nesse ponto o ativismo judicial deixa de ser uma alternativa como instrumento democrático de efetivação das garantias fundamentais do indivíduo e passa a contribuir para a polarização do exercício dos direitos somente nos setores da sociedade mais abastados e que, portanto, são melhores representados por seus advogados.

O que se admitiria regular, portanto e na esteira da presente pesquisa, quando se mira para o Ativismo Judicial como uma alternativa, é o Poder Judiciário assumindo sua condição prévia de Estado, efetivando plena e irrestritamente os direitos fundamentais individuais, absolutamente compromissado com a distribuição de justiça geral e isonômica.

E esta derradeira tentativa, da presente pesquisa, em demonstrar a existência de “uma possibilidade de salvamento para o ativismo judicial”, por si só, gera efeito contrário e, em última análise, culmina por colocar uma pá de cal no assunto, referendando e dando coerência ao conjunto desta dissertação.

Isso porque esta atuação proposta como “salvamento para o ativismo”, só seria possível num contexto de reforma constitucional, na medida em que o modelo vigente não apenas proíbe esta atuação do poder judiciário, como a limita ao âmbito do processo judicial apresentado para julgamento.

Em outras palavras, fica evidente que por todas as formas que se analise o ativismo judicial ele não será capaz de promover efetividade dos direitos fundamentais.

Vale lembrar, uma vez mais, que o objeto da pesquisa é a hipótese na qual exista política pública implementada para a efetivação de determinado direito fundamental, mas que esta política se mostre ineficiente diante do caso concreto apresentado ao Poder Judiciário.

Neste sentido, o ativismo judicial é equivocado, pois não possui alicerce na base filosófica que dá sustentação a todo o sistema jurídico. A justiça deve ser geral e jamais individual.

A falsa sensação de efetivação do direito para o vitorioso em um processo judicial, não passa de fumaça à nublar o foco para o verdadeiro problema, que é a inefetividade do mesmo direito para todos os demais que estiverem na mesma situação.

O ativismo judicial é equivocado, pois as próprias teorias da argumentação jurídica, que dão lógica e coerência ao raciocínio jurídico, reconhecem a existência de um hiato de previsão normativa que sempre relegará alguma medida de discricionariedade ao julgador, sendo este o limite, o máximo de parcela do poder decisório abstrato que se admite retirar do parlamento.

Justiça geral e tratamento isonômico, portanto, só serão possíveis quando a regra for igual para todos. Isso só será possível mediante a edição de uma regra de direito geral e abstrata, jamais mediante a edição de decisões judiciais tão diversas em conteúdo, quanto diversos forem os viventes que baterem às portas dos tribunais.

O ativismo judicial é equivocado, pois afasta uma regra de direito elaborada por representantes de todos os segmentos da sociedade, em detrimento do entendimento do nicho social no qual o julgador estiver inserido.

O ativismo judicial é equivocado, pois o sistema constitucional brasileiro criou um poder judiciário exclusivamente técnico, formado por pessoas detentoras apenas de notável saber jurídico. Os julgadores não participam dos multidisciplinares debates políticos, sociais e ideológicos, travados no parlamento até a escolha da melhor expressão de justiça à ser transformada em norma de direito. A opinião do julgador que suplante o âmbito técnico jurídico, portanto, tem grande potencial de ser inoportuna ou equivocada e, além disso, sempre será indesejada.

O ativismo judicial é equivocado, pois destrói a coluna principal do edifício jurídico, ou seja, porque retira a cogência da norma e desacredita todo o sistema jurídico positivo.

E mesmo que o ativismo judicial fosse oportuno, é de se reconhecer que no aspecto pragmático ele ainda assim seria um equívoco, pois o seu instrumento de efetivação, ou seja, o processo judicial, é moroso, oneroso e inacessível para grande parcela da população.

Diante destas considerações finais, e em que pese a nobreza daquele julgador que se arvora na condição de efetivador das normas fundamentais, é que se encerra este trabalho de pesquisa, especialmente intitulado: O ativismo judicial como equivocada resposta à efetivação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- _____. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Org/trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- ALVES, Cleber Francisco. *Justiça para todos! Assistência jurídica gratuita nos Estados Unidos, na França e no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- AQUINO, S. Tomas. *Suma teológica. Os hábitos e as virtudes. Os dons do Espírito Santo. Os vícios e os pecados. A lei antiga e a lei nova. A graça*. Vol.4. São Paulo: Edições Loyola.
- AGOSTINHO, Sto. *Acerca da doutrina cristã (excertos)*. In: MAGALHÃES, Rui. (Org.). *Textos de hermenêutica*. Porto-Portugal: Rés, 1984.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed., ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- _____. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 27 de outubro de 2011.
- ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6.ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf> Em: 02 fev. 2009. Acesso em: 04 mai. 2013.
- _____. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2005.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: UNB, 1997.

CAEIRO, Antonio de Castro. *A areté como possibilidade extrema do humano*. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2002.

CAETANO, Cristiane Nunes. *Neokantismo*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord. Geral). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Rev. José Carlos Barbosa Moreira. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1996.

CIRNE-LIMA, Carlos. *Dialética para principiantes*. 2ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. *Desafio da efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 04 mai 2013.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. *Segurança jurídica e crise no direito*. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol 1*. Salvador: Jus Podium, 2008.

DWORKIN, Ronald M. *A matter of principle*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1985.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

_____. *Law's empire*. London: Fontana Press, 1986.

FERRARA, Francesco. *Como aplicar e interpretar as leis*. Trad. Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Líder, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O papel político do judiciário e suas implicações*. Systemas – Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas – Ano 1, n. 2. Disponível em: <<http://cepejus.libertar.org/index.php/systemas/article/view/21/16>>. Acesso em: 04 mai 2013.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Rev.Trad. Ênio Paulo Giachini. 3ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

_____. *Tutela específica das obrigações de fazer*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. O Prazo Razoável como conceito indeterminado no Processo Penal. In: FAYET, Ney; WEDY, Miguel Tedesco. (Orgs.) *Estudos Críticos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Des. Garibaldi Almeida Wedy*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito. Kant e Kelsen*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

GONTIJO, Lucas de Alvarenga. *Filosofia do direito: metodologia jurídica, teoria da argumentação e guinada linguístico-pragmática*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

GOYARD-FABRE, Simone. *Os fundamentos da ordem jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Licitações e contratos administrativos: estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Trad. Claudio Molz. Coord., rev.téc., introd., Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. Vol I*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2010.

HART, Herbert Lionel Adolphus. *The concept of law*. UK: Clarendon Press – Oxford, 1991.

HEGEL, G. W. F. *Linhas fundamentais da filosofia do direito ou direito natural e ciência do Estado no traçado fundamental: introdução à filosofia do direito*. Trad., not. e apres., Marcos Lutz Müller. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2005.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. Bragança Paulista: Vozes, 2011.

HERRERO, Francisco Javier. *Moral, direito e política*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2008.

_____. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Rodolfo Schaefer. São Paulo: Martin Claret, 2008. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

_____. *Crítica da razão pura*. Trad. Lucimar A. Coghi Anselmi e Fulvio Lubisco. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Jurisdição constitucional*. Trad. alemão Alexandre Krug. Trad. italiano Eduardo Brandão. Trad. francês Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. Rev. técn. Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KERSTING, Wolfgang. *O fundamento de validade da moral e do direito em Kant*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

KORSGAARD, Christine M. *Tomando a lei em nossas próprias mãos: Kant e o direito à revolução*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. *A guarda da constituição em Hans Kelsen*. p. 10, disponível na internet: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/031007.pdf>, acesso em: 24 de junho de 2012.

MAGALHÃES, Rui. *Sentido e interpretação*. In: MAGALHÃES, Rui. (Org.). *Textos de hermenêutica*. Porto-Portugal: Rés, 1984.

MAGALHÃES, Theresa Calvet de. *Filosofia analítica e filosofia política: a dimensão pública da linguagem*. Belo Horizonte: Arraes, 2011.

MELLO, Cleyson de Moraes. *Hermenêutica e direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

_____. *Introdução à filosofia do direito, à metodologia da ciência do direito e hermenêutica contemporânea*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2008.

_____. *Direito e(m) verdade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2011.

_____. *Hermenêutica jurídica*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord. Geral). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011.

MONTESQUIEU, Barão de la Brède e de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.35. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas S/A, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A efetividade do processo de conhecimento. In: *Revista de processo*, n.74, São Paulo, RT, 1994.

_____. *Súmula, jurisprudência, precedente: uma escalada e seus riscos*. disponível na Internet: <<http://www.gaiojr.adv.br>>. Acesso em: 27 de outubro de 2011.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos co-ed. Fortlivros, 1999.

NOGUEIRA, Alberto. *Jurisdição das liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OBER, Josiah. The original meaning of “democracy”: capacity to do things, not majority rule. *Constellations*. Vol. 15, No. 1, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 12 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

PLATÃO. *A república*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 56.

_____. *Rechtsphilosophie*. Stuttgart, 1973, p.345, *apud* ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Vamireh Chacon. Brasília: UNB, 1981.

_____. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. Brasília: Ática, 2000.

RAZ, Joseph. *O conceito de sistema jurídico: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos*. Trad. Maria Cecília Alemida. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

RIBEIRO, Luís Antônio Cunha. *Democracia e controle da constitucionalidade*. In: SARMENTO, Daniel. (Org.). *O controle de constitucionalidade e a lei 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

ROSENFELD, Michel. The rule of Law and the legitimacy of constitutional democracy. *Cardozo Law School, Public Law Research Paper*, No. 36, 2001, disponível na internet: <<http://ssrn.com/abstract=262350>> e <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.262350>, acesso em: 24 de junho de 2012.

_____. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v.7, n.12, 2004, disponível na internet: <<http://mediaserver.almg.gov.br/acervo/127/688127.pdf>>, acesso em: 24 de junho de 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção A Obra-Prima de Cada Autor)

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Escola da Exegese*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord. Geral). *Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito*. São Paulo: LTr, 2011.

STEIN, Ernildo. *Mundo vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito de fenomenologia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *et. al. Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um "terceiro turno da constituinte"*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em: 04 mai 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRAVESSONI, Alexandre. *É consistente a defesa de Kant da obediência absoluta à autoridade?*In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

TROGO, Sebastião. *O impasse da má-fé na moral de J.-P. Sartre*. Belo Horizonte: Ciência Jurídica, 2011.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.

WESTPHAL, Kenneth R. *Republicanism, despotismo e obediência ao Estado: a inadequação da divisão de poderes em Kant*. In: TRAVESSONI, Alexandre. (Coord.). *Kant e o direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2009.

VAZ, Henrique Claudio de Lima. *Escritos de filosofia II. Ética e cultura*. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Trad. Kelly Susane Alflen da Silva. 5 ed. alemã., rev., atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ZINGANO, Marco Antonio de Avila. *Estudos de ética antiga*. São Paulo: Paulus, 2009.