

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ

George Marmelstein Lima



A judicialização da ética



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL

Ministra Laurita Vaz

Presidente

Ministro Humberto Martins

Vice-Presidente

Ministro Raul Araújo

**Corregedor-Geral da Justiça Federal e
Diretor do Centro de Estudos Judiciários**

Ministro Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Ministra Maria Isabel Diniz Gallotti Rodrigues

Desembargador Federal Carlos Eduardo Maul Moreira Alves

Desembargador Federal André Ricardo Cruz Fontes

Desembargadora Federal Therezinha Astolphi Cazerta

Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Desembargador Federal Manoel de Oliveira Erhardt

Membros Efetivos

Ministro Antonio Carlos Ferreira

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Ministro Sebastião Reis Júnior

Desembargador Federal Kassio Nunes Marques

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

Desembargador Federal Nery da Costa Júnior

Desembargadora Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère

Desembargador Federal Cid Marconi Gurgel de Souza

Membros Suplentes

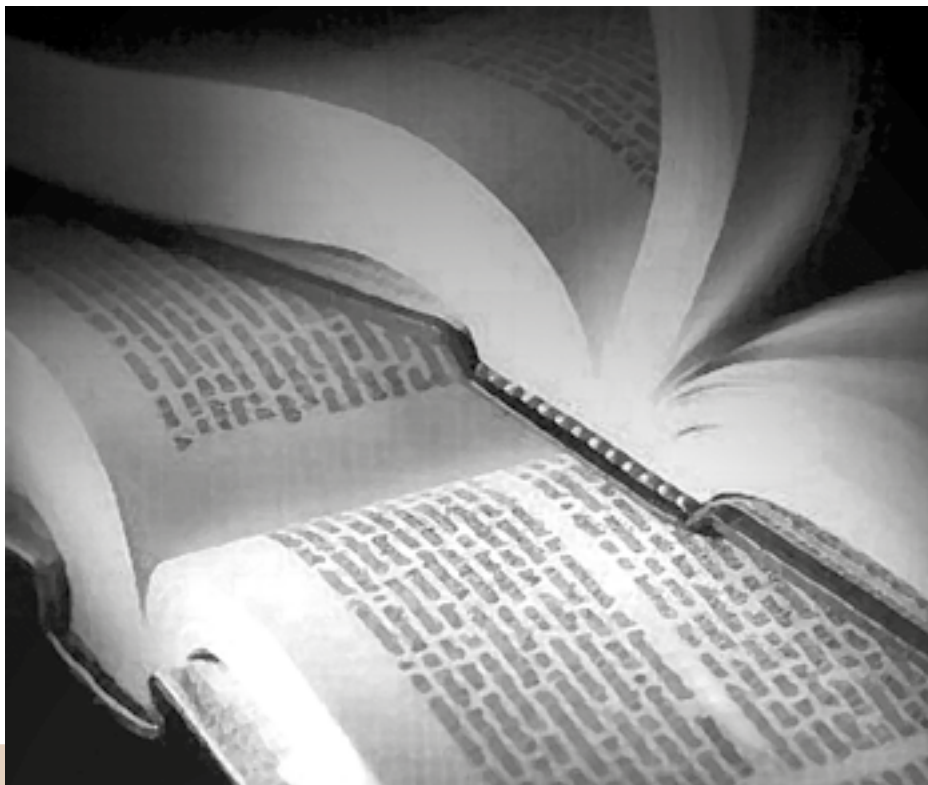
Juiz Federal Cleberson José Rocha

Secretário-Geral

Eva Maria Ferreira Barros

Diretora-Geral

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



A judicialização da ética

George Marmelstein Lima

CONSELHO EDITORIAL DO CEJ

Presidente

Ministro Raul Araújo

Diretor do Centro de Estudos Judiciários

Membros

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Og Fernandes

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Mauro Campbell Marques

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nefi Cordeiro

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Cesar Asfor Rocha

Superior Tribunal de Justiça

Desembargadora Federal Margarida de Oliveira Cantarelli

Tribunal Regional Federal da 5ª Região – Recife-PE

Desembargador Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Tribunal Regional Federal da 2ª Região – Rio de Janeiro-RJ

Desembargador Federal Edilson Pereira Nobre Júnior

Tribunal Regional Federal da 5ª Região

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Juiz Federal João Batista Lazzari

Seção Judiciária do Estado de Santa Catarina

Juíza Federal Vânia Cardoso André de Moraes

Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais

Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Universidade do Vale do Itajaí-Univali – Florianópolis-SC

Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica-PUC – Porto Alegre-RS

Professor Doutor José Rogério Cruz e Tucci

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Professor Doutor Otavio Luiz Rodrigues Junior

Universidade de São Paulo-USP – São Paulo-SP

Professor Doutor Roberto Ferreira Rosas

Universidade de Brasília-UnB – Brasília-DF

Professor Doutor Joaquim de Arruda Falcão Neto

Diretor da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito – Rio de Janeiro-RJ

SÉRIE MONOGRAFIAS DO CEJ



A judicialização da ética

George Marmelstein Lima

Copyright © Conselho da Justiça Federal

É autorizada a reprodução parcial ou total desde que citada a fonte.

As opiniões expressas pelos autores não são necessariamente reflexo da posição do Conselho da Justiça Federal.

EQUIPE EDITORIAL

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS

Ministro Raul Araújo

Diretor

Jaqueline Aparecida Correia de Mello

Secretária

DIVISÃO DE EDITORAÇÃO DO CEJ

Milra de Lucena Machado Amorim

Diretora

Ariane Emílio Kloth

Chefe da Seção de Edição e Revisão de Textos

Luciene Bilu Rodrigues

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Dulcinéia Mendes dos Santos

Servidora da Seção de Edição e Revisão de Textos

Helder Marcelo Pereira

Chefe da Seção de Programação Visual e Arte-Final

Elisa Maiby Carvalho Augusto

Estagiária

L732j Lima, George Marmelstein.

A judicialização da ética / George Marmelstein Lima. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2018.

585 p. – (Série monografias do CEJ ; v. 30).

ISBN 978-85-8296-024-0

1. Direito e ética. – 2. Filosofia do direito. – 3. Ética forense. – 4. Deontologia jurídica. – I. Série.

CDU 340

*A Dani, Vinícius e Dieguinho
infinitamente, absolutamente, incondicionalmente*

Nenhuma imposição será legítima, quaisquer que sejam as justificações para ela aduzidas, se não for eticamente fundada – i. é, se não puder fundamentar-se perante a pessoa moral.

Castanheira Neves, *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*

Nem o direito é – não tem de ser – uma força do mal, nem nós, os juristas, estaremos condenados a ser como que apenas sacerdotes do maligno

Castanheira Neves, *Justiça e Direito*

As leis não bastam. Os lírios não nascem da lei.

Carlos Drummond de Andrade, *Nosso Tempo*

Mas embalde... Que o direito / Não é pasto do punhal.
Nem a patas de cavalos / Se faz um crime legal...

Castro Alves, *O Povo ao Poder*

*Even if, for one reason or another, we end up concentrating on the freedoms of a particular group of people – for example, members of a nation, or a community, or a family – there has to be some kind of pointer that locates such narrow exercises within a broader and capacious framework that can take everyone into account. Selective inclusion on an arbitrary basis in a favoured category – among those whose interests matter or voices count – would be an expression of bias – Amartya Sen, *The Idea of Justice**

So di un chimico che quando nel suo laboratorio distillava veleni, si risvegliava di soprassalto la notte ricordando con terrore che un milligrammo di quella sostanza poteva bastare per uccidere un uomo. Come può dormire i suoi sonni tranquilli Il giudice, Il quale sa di avere in un suo segreto alambiccico quel tossico sottile che si chiama ingiustizia, di cui una stilla sfuggita per errore può bastare non solo a toglier la vita, ma, quel ch'è più terribile, a dare a tutta una vita uno struggente sapore amaro, che nessuna dolcezza potrà mai più consolare?

Piero Calamandrei, *Elogio dei Giudici Scritto da un Avvocato*

SOBRE O AUTOR

George Marmelstein Lima é juiz federal na 3ª Vara do Ceará. Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal e Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. É Professor do Curso de Mestrado e de Graduação do Centro Universitário 7 de Setembro – UNI7.

SUMÁRIO

1	APRESENTAÇÃO DO PROBLEMA.....	15
1.1	Um mundo judicializado	15
1.2	Origem do fenômeno.....	23
1.2.1	O <i>Judicial review</i> norte-americano	23
1.2.2	A jurisdição constitucional concentrada	30
1.2.3	A ascensão dos direitos fundamentais.....	33
1.3	Limites e propósitos da investigação.....	46
1.4	Transformar ética em direito: em defesa de uma perspectiva jurídica eticamente comprometida	51
1.5	Alguns esclarecimentos necessários	56
1.6	Etapas a percorrer (esquema geral da investigação)	61
2	DO CONSENTIMENTO POLÍTICO AO CONSENTIMENTO ÉTICO-JURÍDICO.....	65
2.1	O fundamento do poder legítimo	65
2.2	Legitimação pelo consentimento: premissas teóricas	70
2.2.1	O consentimento no contratualismo liberal	78
2.2.2	O arranjo Institucional do consentimento político	80
2.2.3	Contratualismo, legalidade e dever de obediência.....	85
2.3	Análise crítica dos modelos teóricos alicerçados no consentimento político.....	91
2.4	O poder eticamente fundado	110

2.5	Racionalidade política (do consentimento político) <i>versus</i> racionalidade axiológica (do consentimento ético-jurídico)	119
2.6	Fundamentos teóricos do consentimento ético-jurídico.....	131
2.6.1	O respeito à pessoa como princípio fundamental	131
2.6.2	O neocontratualismo de John Rawls.....	139
2.6.3	Principais críticas a Rawls.....	150
2.6.4	A contribuição de Amartya Sen e de Martha Nussbaum	156
2.6.4.1	A perspectiva Nyaya de Amartya Sen.....	156
2.6.4.2	Martha Nussbaum e a ampliação das fronteiras da justiça.....	167
2.7	Conclusões provisórias sobre o consentimento ético-jurídico .	175
3	O DIREITO ETICAMENTE FUNDADO	191
3.1	Explicação preliminar	191
3.2	Do normativismo ao jurisprudencialismo.....	193
3.3	Os pilares do normativismo.....	200
3.3.1	Perspectiva ideológica	201
3.3.2	Perspectiva metodológica	203
3.3.3	Perspectiva epistemológica ou conceitual	207
3.4	A superação do normativismo ideológico e metodológico	212
3.4.1	A crise da autoridade e o pecado original do normativismo ..	213
3.4.2	A impossibilidade metódica do esquema subsuntivo ...	220
3.4.3	A redefinição da importância do texto.....	225
3.4.4	O caráter ideológico do legalismo e o esvaziamento ético do direito.....	236
3.5	Em busca de um autêntico sentido do direito.....	243
3.5.1	Conceitos de direito e as novas faces do positivismo e do anti-positivismo jurídicos.....	243

3.5.2	Um pacto semântico sobre o conceito de direito	264
3.5.3	Neutralidade <i>versus</i> intenção de validade	272
3.5.4	Os problemas fundamentais da juridicidade e os limites do pacto semântico: o autêntico sentido do direito	277
3.6	A perspectiva jurisprudencialista do direito	280
3.6.1	O problema jurídico como ponto de partida: " <i>in the beginning was the case</i> "	280
3.6.2	A mediação caso-sistema.....	292
3.6.2.1	Assimilação por adaptação e por correção: exemplos	300
3.6.2.2	Assimilação por correção diacrônica.....	309
3.6.2.3	Autônoma constituição normativa.....	311
3.6.3	A constituição do sistema a partir do problema concreto ..	313
3.6.3.1	A abertura, dinamicidade e historicidade do sistema	313
3.6.3.2	Os estratos do sistema.....	317
3.6.4	Os princípios como jus.....	321
3.6.5	Da legitimidade política à validade axiológica do direito..	329
3.6.6	Interpretação conforme os princípios	331
3.6.7	A Responsabilidade ético-jurídica do juiz pela justa realização do direito: o problema da lei injusta.....	337
3.7	O jurisprudencialismo sob um olhar crítico.....	352
4	E SE O LEVIATÃ VESTIR A TOGA? RISCOS E LIMITES DA JURISDIÇÃO	357
4.1	A ambivalência da jurisdição.....	357
4.2	Principais críticas à jurisdição.....	360
4.2.1	Objecções políticas (relativas aos valores democráticos)	361
4.2.2	Objecções morais (relativas às qualidades morais dos julgadores e dos julgamentos).....	383

4.2.3	Objecções institucionais (relativas aos problemas prático-operacionais da jurisdição)	400
4.2.4	Objecções epistemológicas e metodológicas (relativas à subjetividade dos valores, ponderação e incomensurabilidade)	409
4.2.4.1	A relatividade dos valores.....	412
4.2.4.2	A subjetividade da ponderação	431
4.2.4.3	A incomensurabilidade.....	438
4.2.5	Objecções de déficit de justificação (relativas à argumentação jurídica, ao decisionismo e à dissimulação ética) .	440
4.2.6	Objecções de resultados (relativas à segurança jurídica e ao enfraquecimento dos direitos)	457
4.3	Da descrença realista à esperança utópica	466
5	A JURISDIÇÃO E A TRANSFORMAÇÃO DA ÉTICA EM DIREITO: A EXPANSÃO DO CÍRCULO ÉTICO COMO UM PRINCÍPIO SEM FIM....	467
5.1	Uma análise panorâmica do caminho percorrido	467
5.2	A transformação da ética em direito e a expansão do círculo ético	483
5.2.1	Para além do interesse próprio.....	485
5.2.2	Para além da dignidade humana	500
5.2.3	Para além do legalismo, do constitucionalismo e do convencionalismo	509
5.2.4	Para além da validade comunitária	519
5.2.5	Para além dos estratos canônicos do sistema jurídico ...	525
5.3	Considerações finais	535
	REFERÊNCIAS	545

1 Apresentação do problema

We should be glad to see just conduct enforced and injustice repressed, even in the minutest details, if we were not, with reason, afraid of trusting the magistrate with so unlimited an amount of power over individuals – John Stuart Mill, “Utilitarianism”

1.1 Um mundo judicializado

Em 1954, no caso *Brown v. Board of Education*¹, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu, por unanimidade, que a segregação racial nas escolas públicas seria contrária à cláusula da igualdade prevista na Décima Quarta Emenda da Constituição norte-americana². A referida decisão pôs fim a um regime discriminatório praticado oficialmente por mais de cem anos, inclusive com o aval daquele mes-

1 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). On-line: <http://tinyurl.com/b5ft37l>

2 Eis o teor da Décima Quarta Emenda: “No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

mo tribunal, que, em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*³, havia endossado a doutrina do “*equal, but separate*” e reconhecido a constitucionalidade da política segregacionista estabelecida pelas chamadas “*Jim Crow Laws*”⁴. Para muitos, a decisão de *Brown v. Board of Education* acarretou a mais profunda revolução social já deflagrada por qualquer outra instituição política, inaugurando, sob o comando do *Chief Justice* Earl Warren, uma era de *protagonismo decisório* do Poder Judiciário nunca antes visto⁵ (DWORKIN, 1986, p. 2).

Em 1973, no caso *Roe v. Wade*⁶, o mesmo tribunal, invocando o direito à privacidade (“*right to privacy*”⁷), que, segundo a maioria dos juízes, poderia ser extraído da cláusula do devido processo legal (“*due process of law*”), decidiu, por 7 a 2, que as mulheres teriam o direito fundamental de dispor sobre o seu próprio corpo, de modo que os estados não poderiam criminalizar o aborto durante os três primeiros meses de gravidez⁸. De acordo

3 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/163/537.html>

4 As “*Jim Crow Laws*” constituíam um conjunto de leis aprovadas no final do século XIX e começo do século XX, em alguns estados e municípios dos Estados Unidos, que institucionalizaram a segregação racial em diversos setores, como nas escolas públicas, nos meios de transporte, nos hospitais, nos restaurantes, além de proibir o casamento inter-racial e estabelecer outras restrições baseadas na raça, na nacionalidade ou na etnia. A título de curiosidade, “*Jim Crow*” era um personagem criado pelo comediante Thomas D. Rice que, no século XIX, costumava se pintar de preto para satirizar as políticas favoráveis aos negros. Sobre a evolução da jurisprudência norte-americana na questão da igualdade racial: KLARMAN (2004).

5 Mas também há quem minimize a importância da decisão propriamente dita para a revolução racial e o movimento de direitos civis ocorridos nos Estados Unidos nos anos 60. Bruce Ackerman, por exemplo, embora reconhecendo que a Suprema Corte tomou a dianteira na questão da igualdade racial, colocando o problema da segregação no centro dos debates constitucionais, sustentou que o movimento de luta pelos direitos civis somente teve sucesso após o apoio decisivo da Presidência, especialmente do governo de John Kennedy. Antes desse apoio direto e intenso do Executivo, a Suprema Corte teria fracassado em transformar o entendimento de *Brown* em realidade viva em boa parte do país, especialmente no Sul (ACKERMAN, 2007, p. 1762/1771).

6 *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/410/113.html>

7 O direito à privacidade não está expressamente previsto na constituição norte-americana. Foi desenvolvido judicialmente, especialmente a partir do precedente *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965), no qual foi reconhecida a inconstitucionalidade de uma lei estadual que proibia a comercialização de medicamentos anticoncepcionais. A Suprema Corte dos EUA entendeu que “*the full scope of the liberty guaranteed by the Due Process Clause cannot be found in or limited by the precise terms of the specific guarantees elsewhere provided in the Constitution*”. Com base nisso, foi declarada a nulidade da referida proibição, sobretudo por interferir indevidamente na privacidade dos casais.

8 A decisão tem algumas nuances, pois a tese vencedora dividiu a gestação em três fases, atribuindo a cada uma um tratamento jurídico diferenciado a fim de aumentar gradativamente a proteção jurídica ao feto. Assim, antes do fim do primeiro trimestre da gravidez, conferiu-se um peso elevado à liberdade de escolha da mulher, negando-se às legislaturas estaduais o poder

com a tese vencedora, o direito à autonomia privada seria amplo o suficiente para compreender a decisão da mulher sobre interromper ou não sua gravidez, sendo ilegítimo ao estado negar-lhe esta escolha, pelo menos no estágio inicial da gestação. Referida decisão dividiu – e ainda divide – a sociedade norte-americana em dois grupos antagônicos: aqueles que defendem o acerto da decisão (identificados pelo rótulo “*pro choice*”) e aqueles que defendem que a decisão tomada pelos juízes da Suprema Corte foi equivocada e merece ser revista (identificados pelo rótulo “*pro life*”), intensificando o debate acerca dos limites da jurisdição e da própria legitimidade do Judiciário. Mesmo nos dias de hoje, após várias décadas da decisão tomada em *Roe v. Wade*, a questão do aborto ainda pauta a agenda política norte-americana, definindo a escolha de vários eleitores e até mesmo influenciando a nomeação dos membros do Poder Judiciário.

Curiosamente, na Alemanha, no caso Aborto I (*Schwangerschaftsabbruch* I⁹), proferido dois anos após o caso *Roe v. Wade*, o Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) decidiu que o poder público tinha o dever de proteger a vida do feto, razão pela qual não punir criminalmente o aborto representaria uma proteção insuficiente ao dever jurídico em questão, sendo inconstitucional uma lei aprovada pelo parlamento alemão que des-criminalizava parcialmente o aborto naquele país¹⁰. Alguns anos depois, o

de interferir na decisão de abortar ou não. Ao fim do primeiro trimestre até o período de tempo em que o feto se tornar viável, o Estado poderia regular o procedimento do aborto somente se tal regulação se relacionar à preservação da vida ou da saúde da mãe. Finalmente, a partir do momento em que o feto se tornar viável, o Estado poderia proibir o aborto completamente, salvo naqueles casos em que seja necessário preservar a vida ou a saúde da mãe. Em decisões posteriores, como *Planned Parenthood v. Casey*, proferida em 1992, a Corte flexibilizou o critério fundado no trimestre da gestação, passando a permitir a proibição do aborto antes do terceiro trimestre, caso ficasse demonstrada a viabilidade fetal extra-uterina. Para uma visão geral da discussão do aborto em solo norte-americano, defendendo a posição tomada pela Suprema Corte em *Roe vs. Wade*: DWORKIN, 1996.

- 9 BVERFGE 39, I (1975). On-line: <http://www.servat.unibe.ch/law/dfr/bv039001.html>. A decisão também pode ser lida em português: SCHWAB; MARTINS, 2006, p. 266/272.
- 10 Na Alemanha, a Lei da Reforma do Direito Penal (5. StrRG), de 18 de junho de 1984, havia determinado que o aborto praticado por um médico com a concordância da grávida não seria punível se não tivessem passado doze semanas desde a concepção. A lei foi declarada nula nesse ponto por não proteger suficientemente a vida do feto. Vale conferir um trecho da decisão em que enfatiza a necessidade do uso do direito penal como forma de proteção da vida do feto: “Em caso extremo, se, a saber, a proteção ordenada constitucionalmente não puder ser alcançada de outra maneira, o legislador é obrigado a valer-se dos instrumentos do direito penal para garantir a vida em desenvolvimento. A norma penal representa, de certa forma, a ‘*ultima ratio*’ do instrumentário

Tribunal Constitucional Federal alemão modificou parcialmente o entendimento proferido no caso *Aborto I*, passando a entender que a criminalização do aborto não seria obrigatória, mas que, mesmo assim, o estado tinha o dever de criar mecanismos para proteger a vida do feto e desestimular a interrupção voluntária da gravidez (*Schwangerschaftsabbruch II*¹¹).

Na África do Sul, em 1999, a Corte Constitucional sul-africana entendeu que o estado tinha a obrigação constitucional de reconhecer a validade jurídica das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo, sendo inconstitucional negar arbitrariamente aos casais homossexuais os mesmos direitos que eventualmente fossem reconhecidos pelo estado aos casais heterossexuais¹². Por sua vez, em Portugal, o Tribunal da Relação de Lisboa, em 2007, decidiu que a Constituição portuguesa não consagraria aos homossexuais um direito ao casamento, uma vez que o casamento seria uma instituição tradicionalmente relacionada à união entre um homem e uma mulher, e a Constituição portuguesa já havia conferido aos homossexuais a possibilidade de constituírem família através das uniões de fato¹³. Por outro lado, em 2005, o Tribunal Constitucional português considerou discriminatório e, portanto, inconstitucional, a criminalização da prática do ato homossexual com adolescentes, previsto no artigo 175 do Código Penal português, já que o legislador não havia previsto a mesma censura para as relações heterossexuais de adultos com adolescentes¹⁴.

do legislador. Pelo princípio da proporcionalidade, característico do Estado de direito, que rege o direito público em geral, inclusive o direito constitucional, o legislador só pode fazer uso desse meio de forma cautelosa e reservada. Entretanto, também essa última medida deve ser utilizada se não for conseguida de outra feita uma efetiva proteção à vida. Isso é o que exige o valor e o significado do bem a ser protegido. Não se trata, destarte, de um dever 'absoluto' de penalizar, porém da obrigação 'relativa' de utilizar a tipificação penal, surgida do reconhecimento da insuficiência de todos os demais meios" (SCHWAB; MARTINS, 2006, p. 271).

- 11 BVERFG 88, 203 (1993). On-line: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>. A decisão também pode ser lida em português: (SCHWAB; MARTINS, 2006, p. 273/293).
- 12 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and others v Minister of Home Affairs and others* (CCT 10/99). On-line: <http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/S-CCT10-99>.
- 13 Processo 6284/2006-8. On-line: <http://www.dgsi.pt>. Ressalte-se que, em 8 de janeiro de 2010, a Assembléia da República aprovou uma lei reconhecendo a validade jurídica do casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. A referida lei foi promulgada em 17 de maio de 2010, após ter sido confirmada a sua constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional português.
- 14 Acórdão 351/2005. On-line: <http://tinyurl.com/afh2xb4>

Dentro da mesma temática, em uma importante decisão, proferida em 2003, no caso *Lawrence v. Texas*¹⁵, a Suprema Corte norte-americana, por maioria (6-3), anulou uma lei do Estado do Texas que punia a prática sexual entre dois adultos do mesmo sexo. Prevaleceu o argumento de que a sexualidade é uma opção íntima e pessoal que diz respeito a cada indivíduo em particular, sendo vedado ao estado interferir nessa escolha quando tomadas consensualmente por pessoas adultas e plenamente capazes, já que, “no coração da liberdade”, estaria o direito de definir o próprio conceito de existência¹⁶. Tal posicionamento reverteu um precedente anterior daquele mesmo tribunal, que permitia aos estados criminalizarem a prática de relação sexual entre pessoas do mesmo sexo (*Bowers v. Hardwick*¹⁷).

Na Colômbia, em 1998, a Corte Constitucional entendeu que seria inconstitucional proibir a prática da eutanásia voluntária ou punir qualquer pessoa que ajudasse a pôr fim à vida de outra pessoa no intuito de fazer cessar um sofrimento intenso causado por alguma enfermidade grave e incurável, atendidas determinadas condições estabelecidas pelo tribunal¹⁸. De acordo com aquela corte,

el Estado no puede oponerse a la decisión del individuo que no desea seguir viviendo y que solicita le ayuden a morir, cuando sufre una enfermedad terminal que le produce dolores insoportables, incompatibles con su idea de dignidad. Por consiguiente, si un enfermo terminal que se encuentra en las condiciones objetivas que plantea el Código Penal considera que su vida debe concluir, porque la juzga incompatible con su dignidad, puede proceder en consecuencia, en ejercicio de su libertad, sin que el Estado esté habilitado para oponerse a su designio, ni impedir, a través de la prohibición o de la sanción, que un tercero le ayude a hacer uso de su opción.

15 *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/000/02-102.html>.

16 O argumento foi extraído de *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), onde se decidiu que “at the heart of liberty is the right to define one’s own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life. Beliefs about these matters could not define the attributes of personhood were they formed under compulsion of the State”.

17 *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/478/186.html>

18 Sentencia C 239/97. On-line: <http://tinyurl.com/b8xcycf>

Coincidentemente, no ano anterior, a Suprema Corte norte-americana, no caso *Vacco v. Quill*¹⁹, havia decidido que as leis estaduais que punem o suicídio assistido são constitucionais. Assim, uma pessoa doente não teria necessariamente o direito de contar com a ajuda direta de alguém para morrer, a fim de minorar um sofrimento intenso decorrente de uma doença incurável. Por outro lado, o mesmo tribunal, no caso *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*²⁰, havia entendido que existiria um direito constitucional do paciente de recusar a alimentação por sonda e outras medidas de apoio à vida, desde que fosse apresentada prova “clara e convincente” de que esse desejo é consciente, voluntário e sincero, seguindo a doutrina médica do *consentimento esclarecido* (“*free and clarified consent*”). Em sentido semelhante, após um conturbado debate jurídico e social, a Corte de Apelação de Milão (*Corte d’Appello di Milano*), em 9 de julho de 2008, decidiu, no Caso Eluana Englaro, que o pai de uma pessoa doente, em coma irreversível, teria o direito de suspender a alimentação e hidratação artificiais que a mantinha viva²¹.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em 2008, a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco obtidas de embriões humanos, pondo fim a uma discussão jurídica que dividia vários setores da sociedade brasileira²². Logo depois, o mesmo Tribunal, por unanimidade, decidiu que o estado teria o dever de reconhecer a validade jurídica das chamadas uniões homoafetivas, estendendo os mesmos direitos que eram concedidos às uniões estáveis entre homem e mulher²³. Já em abril de 2012, a Suprema Corte brasileira, por 8 a 2, reconheceu a impossibilidade de criminalização do aborto ou antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia do feto, estabelecendo uma nova hipótese de não punibilidade que não estava claramente prevista na legislação penal vigente, já que o Código Penal

19 *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/521/793.html>

20 *Cruzan v. Director, Missouri Department of Health*, 497 U.S. 261 (1990). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/497/261.html>

21 A decisão pode ser lida em: <http://tinyurl.com/bayrfk7>.

22 STF, ADI 3510/DF (2008). On-line: <http://tinyurl.com/bxmqn54>.

23 STF, ADPF 132/RJ, rel. Carlos Ayres Brito, j. 4 e 5/5/2011.

somente afastava a punição pela prática do aborto em caso de risco de vida para a gestante e de gravidez decorrente de estupro²⁴.

Todos os exemplos acima foram colhidos da experiência constitucional contemporânea e representam um fenômeno que pode ser observado em nível global: a ascensão da esfera judicial para deliberar e decidir questões polêmicas e sensíveis que dividem a sociedade. Em diversos lugares do mundo, é cada vez mais frequente presenciar problemas de fronteira entre a política, o direito e a moral submetidos a um debate jurídico travado por profissionais do direito e sendo decididos, em última instância, por autoridades judiciárias.

A palavra judicialização ou judiciarização²⁵ é um neologismo que designa a possibilidade de submeter uma questão à análise do Poder Judiciário, a fim de que a controvérsia seja dirimida por órgãos jurisdicionais dentro de um processo judicial com todas as garantias e ritos a ele inerentes.

A palavra ética, por sua vez, apesar de sua inegável polissemia, pode ser usada, em um contexto específico, para se referir a um conjunto de questões normativas, geralmente de difícil solução, envolvendo escolhas comportamentais valorativas relacionadas à concepção de boa vida, ao conceito de certo e errado, às noções de justo e injusto. A ética de que aqui se trata é a chamada ética normativa, que formula indagações do tipo “o que devemos fazer?”, “devo realizar esta ação?”, “é esta ação boa?”, “é este comportamento justo?”²⁶. A título exemplificativo, quando se discute em que circunstâncias o aborto é permissível, está-se diante de uma complicada questão ética. Igualmente, analisar se é correto pôr fim à vida de um homem

24 STF, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, j. 11 e 12/4/2012.

25 Canotilho adota o termo “judiciarização” para se referir à “dilatação do raio de acção dos tribunais e dos juizes com a conseqüente alteração das competências decisórias do legislativo e do executivo” (CANOTILHO, 2007, p. 87/95). Na mesma passagem, o jurista português informa que a expressão ganhou relevo a partir da obra de referência de C.N. Tate/T. Vallinder, *The Global Expansion of Judicial Power*.

26 A esse respeito: CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 93. Ver também: GUISSÁN, 2006, p. 34/35. Do mesmo modo, William K. Frankena esclarece que é possível distinguir a Ética Normativa da Meta-Ética: “*In normative ethics we try primarily to arrive at a set of acceptable judgments (1) of moral obligation, (2) of moral value, and secondarily (3) of nonmoral value. In meta-ethics we mainly seek to work out a theory of the meaning and justification (1) of judgments of moral obligation, (2) of judgments of moral value, and also (3) of judgments of nonmoral value*” (FRANKENA, 1973).

diante de um sofrimento insuportável insere-se claramente no âmbito de abrangência de um debate ético. Do mesmo modo, discutir o *status* moral dos animais, a fim de avaliar se merecem ser tratados como seres dotados de dignidade equivalente à dignidade de um ser humano, constitui um claro debate com um forte componente ético. Enfim, há uma variada gama de assuntos, ligados à vida e à morte, à liberdade e igualdade, à sexualidade e à vida reprodutiva de um modo geral, à caridade e ao bem-estar do outro que geram uma série de conflitos valorativos comumente incluídos na categoria questões éticas. A correção das escolhas em cada caso é baseada muito mais nas implicações morais da conduta do que em sua legalidade ou ilegalidade, de modo que a solução de tais problemas parece ultrapassar claramente as estreitas fronteiras da legislação²⁷.

Quando se transforma o Judiciário em instância decisória para temas que geram conflitos morais intensos, como o aborto, a eutanásia, o casamento entre pessoas do mesmo sexo, a pesquisa com células-tronco, os direitos dos animais e assim por diante, ocorre aquilo que pode ser chamado de judicialização da ética, fenômeno social que motivou o presente estudo.

Atualmente, mais de oitenta países no mundo aceitam e adotam alguma versão desse modelo de deliberação em que essas questões éticas mais complexas são submetidas a um órgão jurisdicional nacional ou internacional (HIRSCHL, 2004, p.1). Assim, a discussão envolvendo a judicialização da ética adquiriu uma feição quase global, na medida em que pa-

27 Não se quer, com isso, excluir tais temas do rol das chamadas *questões jurídicas*. O fato de um problema ter um elevado componente ético não é obstáculo para que se lhe reconheça, paralelamente, a sua feição jurídica. A forte conexão ou mesmo *sinergia* entre as questões éticas e as questões jurídicas é um dos pilares que alicerçam o presente trabalho. Além disso, como demonstrou José de Sousa e Brito, usando como exemplo o julgamento de *Roe v. Wade*, “argumentos éticos e jurídicos se integram num argumento jurídico mais abrangente”, de modo que é possível fundar uma decisão de uma questão tão complexa como o aborto em premissas jurídicas, ainda que tais premissas tenham recebido, na sua construção, a influência de fatores éticos (BRITO, 2008). No referido texto, Sousa e Brito reconhece haver distinção entre a argumentação ética e a argumentação jurídica, sobretudo em razão das limitações procedimentais e substanciais que se fazem presentes na argumentação jurídica e que não necessariamente integram a argumentação ética. Apesar disso, o jusfilósofo português reconhece também que a argumentação ética incorpora-se frequentemente na argumentação jurídica, seja por meio de normas remissivas explícitas do direito para a ética, seja por meio de normas remissivas implícitas que acolhem princípios éticos fundamentais, a exemplo da dignidade da pessoa humana ou do princípio democrático.

ises das mais variadas tradições políticas, inclusive orientais²⁸, passaram a aceitar a ascendência de um órgão jurisdicional para decidir questões dessa natureza.

1.2 Origem do fenômeno

1.2.1 O *Judicial Review* norte-americano

Como qualquer fenômeno político-social de alta complexidade e de abrangência quase universal, não é fácil delimitar com precisão o momento inaugural da judicialização da ética, até porque o próprio significado da expressão é ambíguo. É provável que um estudo aprofundado da história das instituições jurídicas seja capaz de relevar a existência de indícios desse fenômeno em eras bem remotas, já que os diversos sistemas normativos (morais, religiosos e jurídicos) nem sempre foram tão bem demarcados, como até hoje não são²⁹.

O certo é que, em tempos mais recentes, a adoção generalizada da chamada jurisdição constitucional contribuiu significativamente para redefinir o papel do Poder Judiciário, conferindo uma esfera de atuação muito mais dilatada aos órgãos jurisdicionais. Nesse modelo, os juízes responsáveis pela jurisdição constitucional assumem a tarefa de proteger determinados valores fundamentais, passando a desempenhar uma função estratégica dentro do sistema de freios e contrapesos (“*check and balances*”). Na prática, esses juízes tornam-se uma espécie de árbitro onipresente de quase todos os conflitos constitucionais, o que significa dizer

28 Para uma perspectiva global: CAPPELLETTI, 1970, p. 1017-1053. No que se refere à experiência oriental, o autor cita o caso do Japão. Porém, também merece destaque o grande protagonismo judicial exercido pela Suprema Corte da Índia, cujo papel tem sido decisivo para a proteção dos direitos fundamentais naquele país, especialmente dos direitos de igualdade (SAHA, 2008). Também vale mencionar o estudo de Tom Ginsburg a respeito da ascensão do constitucionalismo em Taiwan, Coreia e Mongólia: GINSBURG, 2003.

29 Conforme demonstrou Fustel de Coulanges, não havia, no passado, uma clara distinção entre direito, moral, religião e estado, de modo que sacerdócio, justiça e comando confundiam-se na mesma pessoa (COULANGES, 2009, p. 228). Aristóteles também explicou que a magistratura ateniense exercia um enorme poder sobre a *pólis*, inclusive para dirimir questões de cunho religioso e moral, observando um rito procedimental muito semelhante ao adotado pela moderna função jurisdicional (ARISTÓTELES, 2009). Em razão disso, qualquer tentativa de delimitar com precisão a origem de um fenômeno através do qual se transfere a juízes a função de dirimir conflitos morais (ou *questões éticas*), além de inútil, seria arbitrária.

que quase todos os conflitos sociais, em última análise, podem ser submetidos ao crivo do controle judicial.

Como se sabe, o *judicial review*, enquanto técnica de controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, teve origem no início do século XIX nos Estados Unidos³⁰. Com a conquista da independência, em 1776, foi preciso criar um instrumento normativo capaz de gerar uma coesão político-jurídica entre os diversos entes autônomos que compunham a federação, o que era algo particularmente complicado diante da imensidão territorial daquele novo país independente. Pretendia-se desenvolver uma fórmula que permitisse que os vários estados que formavam a União continuassem a governar-se autonomamente e, ao mesmo tempo, possibilitasse a coexistência de um governo federal para a solução dos problemas gerais relacionados aos interesses do corpo nacional. Surgiu, nesse contexto, a ideia de elaborar um único documento escrito (constituição), válido para todo o território nacional, contendo as diretrizes básicas para o exercício do poder político. Nesse documento, foram definidas as estruturas e as funções dos diversos órgãos estatais e, em um momento posterior, foi incorporada uma declaração de direitos, que forneceu os contornos materiais a serem seguidos pelos detentores de poder. Essa primeira declaração tinha uma feição eminentemente liberal, contemplando direitos de liberdade (de religião, de expressão, de reunião etc.), participação democrática e garantias processuais, que podem ser inseridos naquela categoria conhecida como “primeira geração de direitos”³¹.

Sob o aspecto estrutural, previu-se, como forma de garantir a coesão e, ao mesmo tempo, uma estabilidade institucional, um diferenciado

30 Não se desconhece a existência de focos embrionários do controle de constitucionalidade anteriores à independência norte-americana. Talvez seja possível encontrar *indícios* desse modelo até mesmo na Antiguidade (ver, por exemplo, o papel exercido pelo conselho do Areópago, de zelar pela constituição ateniense, ARISTÓTELES, 2009 – note-se, contudo, que o sentido de constituição adotado por Aristóteles é diverso do sentido moderno de constituição). De qualquer modo, a formulação mais densa desse modelo foi desenvolvida, sem dúvida, nos Estados Unidos após a independência. E para os fins da compreensão do problema aqui apresentado – a judicialização da ética – é suficiente mirar a história mais recente da jurisdição constitucional, sem se perder em disputas de *pedigree*.

31 A expressão “gerações” de direitos foi desenvolvida pelo jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, em 1979, e, a partir daí, foi incorporada ao discurso global dos direitos humanos (ver VASAK, 1979). Para uma análise crítica à ideia de gerações de direitos: MARMELESTEIN, 2004a, p. 171/182.

processo legislativo a fim de dificultar a mudança do texto constitucional. A rigidez constitucional elevou a hierarquia normativa da Constituição tanto sob o aspecto formal quanto material, criando óbices procedimentais e substanciais à atividade legislativa. A partir daí, nota-se uma clara tentativa de distinguir o poder constituinte (de criar ou alterar normas constitucionais) do poder constituído (de criar ou alterar leis ordinárias), submetendo o segundo aos princípios e regras estabelecidos pelo primeiro³². Nota-se também um duplo requisito para a transformação de uma norma de conduta qualquer em norma juridicamente válida: o requisito da aprovação legislativa e o requisito da compatibilidade do produto da deliberação legislativa aos parâmetros formais e materiais estabelecidos na Constituição.

Há, nesse modelo, uma clara desconfiança em relação ao legislador, exposta abertamente em vários textos publicados naquele período³³. Temia-se um abuso de poder por parte dos parlamentares, e a saída encontrada para minimizar esse risco foi inserir no texto constitucional diversas limitações dirigidas especificamente ao Poder Legislativo. De acordo com Charles Beard, os membros da assembleia constituinte desejavam construir um sistema estável e eficiente, protegido, por um lado, contra

32 Ressalte-se que até mesmo uma constituição flexível pode estabelecer limitações ao legislador, porém em um sentido mais fraco. Sobre isso: GUASTINI, 1998, p. 107/114.

33 A esse respeito, vale conferir o estudo de Charles A. Beard, intitulado "*The Supreme Court and The Constitution*", publicado pela primeira vez em 1912 e até hoje considerado um marco teórico em defesa da legitimidade da Suprema Corte para controlar a constitucionalidade das leis (BEARD, 1912). Na referida obra, Beard desenvolveu uma profunda pesquisa histórica em torno da fundação dos Estados Unidos, tentando demonstrar que a Suprema Corte não havia usurpado qualquer competência ao se auto-atribuir a missão de controlar a constitucionalidade das leis. Segundo Beard, embora a Constituição norte-americana não preveja o *judicial review* de forma clara e inequívoca, influentes membros da convenção constituinte intencionavam limitar o Poder Legislativo, outorgando aos juízes o poder de fiscalizar a constitucionalidade das leis. Pelas contas de Beard, dos 25 membros mais destacados da Convenção, 17 "eram favoráveis a, ou, pelo menos, aceitavam, alguma forma de controle pelo Judiciário", com base na ideia de que o Judiciário poderia servir como moderador dos excessos populares. Ressalte-se que, nos Estados Unidos, a intenção dos membros fundadores costuma ser venerada no processo de interpretação constitucional, tendo um peso político e moral elevado na definição do sentido do texto constitucional. Por isso, o estudo de Beard, que já havia sido contrário ao *judicial review*, teve um papel decisivo no debate acerca da legitimidade da Suprema Corte, favorecendo a visão pró-jurisdição constitucional. Com certo exagero, Beard chegou até mesmo a afirmar, na introdução à edição de 1938, que "para todos os fins práticos", o seu livro teria resolvido a controvérsia, de modo que o "fantasma da usurpação" estaria superado. Trata-se, obviamente, de um exagero, pois a discussão sobre o "fantasma da usurpação" continua viva mesmo nos dias atuais.

o despotismo e, por outro, contra o massacre das minorias. O propósito básico da elaboração de um texto constitucional, segundo ele, não era a criação de um governo popular exercido por maiorias parlamentares, mas a limitação do poder de fazer leis por meio de um sistema de defesa dos direitos das minorias contra as maiorias ocasionais. (BEARD, 1912, p. 110)

Além disso, os juízes norte-americanos, educados na mentalidade do *common law* inglês, sempre tiveram uma grande importância institucional, sendo-lhes reconhecido abertamente o poder de criar direito (“*judge-made law*”), mediante a construção de precedentes vinculantes (*stare decisis*) que deveriam orientar o julgamento de casos análogos³⁴. E como o processo de independência gerou ojeriza ao direito inglês, a criação judicial do direito no pós-independência foi bastante intensificada e estimulada, no intuito de construir um sistema normativo de precedentes (“*case law*”) tipicamente norte-americano em substituição ao que era imposto pelo governo inglês às suas colônias.

O reconhecimento da supremacia da Constituição e a aceitação da criação judicial do direito podem ser considerados os principais fatores para o surgimento do “*judicial review*”, consolidado no célebre caso *Marbury v. Madison*³⁵ de 1803, onde se negou, mesmo sem uma expressa autorização constitucional, a aplicação de uma lei aprovada pelo Congresso Nacional por ser incompatível com a Constituição. Adotando uma lógica extremamente simples e, talvez por isso mesmo, convincente, o *Chief Justice* John Marshall justificou a não aplicação da lei com base na ideia de que, havendo um conflito entre uma lei e um artigo da Constituição, caberia ao juiz aplicar, no caso concreto a ele submetido, a norma hierarquicamente superior.

Os argumentos favoráveis ao “*judicial review*” já haviam sido desenvolvidos e sistematizados, alguns anos antes, por Alexander Hamilton³⁶.

34 Em seu livro “*Beyond the Formalist-Realist Divide: the role of politics in judging*”, Brian Z. Tamanaha defendeu, de forma bastante convincente, que a tese de que os juízes na tradição do *common law* criam o direito sempre foi aceita por quase todos aqueles que fazem parte daquele sistema. Assim, o pressuposto formalista de que a atividade jurídica seria uma atividade dedutiva, mecânica, silogística, de mera aplicação de uma regra geral a um caso particular, nunca foi defendido de um modo rigoroso por nenhum jurista influente do *common law* (TAMANAHA, 2010).

35 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html>

36 A literatura constitucional aponta a existência de focos doutrinários e jurisprudenciais de defesa do controle judicial de constitucionalidade antes mesmo da publicação dos textos de Hamilton.

No texto conhecido como “*Federalist No. 78*”, publicado em maio de 1788, Hamilton, sob o pseudônimo *Publius*, explicou a sua visão acerca do poder judicial, defendendo, em síntese, o seguinte: (a) a Constituição estabelece limitações à atividade legislativa, de modo que não é adequado permitir que o Legislativo seja “juiz” de suas próprias limitações³⁷; (b) faz parte da natureza da função jurisdicional interpretar as leis, razão pela qual é natural que lhes seja atribuída a função de interpretar também a Constituição³⁸; (c) o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, por não dispor nem da “espada” nem do “tesouro”, é o ramo menos perigoso do poder (“*the least dangerous branch*”) para proteger os direitos previstos na Constituição³⁹; (d) se fosse negado ao Judiciário o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis contrárias ao manifesto teor da Constituição, os direitos ali previstos de nada valeriam; (e) os tribunais, nesse contexto, teriam sido concebidos como um órgão intermediário entre o povo e a legislatura, a fim de, entre outras coisas, manter a primeira dentro dos limites de sua própria competência, funcionando como “baluartes de uma constituição restritiva contra a exorbitância do Legislativo” (“*the courts of justice are to be considered as the bulwarks of a limited Constitution against legislative*

De qualquer modo, não se pode negar que foi o poder de influência de Alexander Hamilton que deu o impulso necessário para que o modelo se consolidasse.

- 37 “*There is no position which depends on clearer principles, than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this, would be to affirm, that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers, may do not only what their powers do not authorize, but what they forbid*” (HALMILTON, 1802, p. 455).
- 38 “*The interpretation of the laws is the proper and peculiar province of the courts. A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents*” (HALMILTON, 1802, p. 455).
- 39 “*Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution whatever. It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments*” (HALMILTON, 1802, p. 453).

encroachments"); (f) logo, se uma determinada lei contraria a Constituição, seria dever dos juízes ficar com a Constituição e anular a lei⁴⁰.

Conforme se verá ao longo deste estudo, a simplicidade dessas premissas esconde uma falsa obviedade, pois existem fortes argumentos contrários a esse modelo. Mesmo nos Estados Unidos, onde a tradição do “*judicial review*” já está plenamente consolidada à cultura política e social, sempre há vozes influentes sugerindo a abolição desse mecanismo de controle de constitucionalidade, sobretudo pela dificuldade de conciliá-lo com um sistema de autogoverno popular. Mas não é hora de enfrentar esse tema. O que importa assinalar é a influência dos argumentos desenvolvidos por Hamilton e Marshall para a construção de um modelo institucional em que o Judiciário ocupa um papel fundamental no controle de constitucionalidade.

A partir do julgamento proferido em *Marbury v. Madison*, o modelo do “*judicial review*” foi gradualmente sendo consolidada à cultura político-jurídica norte-americana, transformando a Suprema Corte em uma espécie de superpoder, com a missão de verificar a compatibilidade de qualquer ato público com a constituição, o que, certamente, contribuiu para reforçar a percepção da sociedade de que a esfera judicial seria o *locus* institucional por excelência de resolução de conflitos. A esse respeito, ainda no século XIX, o pensador francês Alexis Tocqueville, ao visitar os Estados Unidos entre os anos 1831 a 1832, ficou impressionado com o elevado grau de judicialização das questões sociais, pelo enorme poder exercido pelos juízes e a grande influência política dos juristas como um todo (TOCQUEVILLE, 2002, p. 301). Ficou famosa a sua afirmação de que não há questão política que, cedo ou tarde, não se transforme em uma questão judicial⁴¹.

De fato, a análise da história da Suprema Corte norte-americana fornece uma variada gama de casos polêmicos que foram decididos a partir do modelo do “*judicial review*”. Alternando períodos de autocontenção (“*self-restraining*”) com outros de intenso ativismo judicial (“*judicial activism*”⁴²),

40 “*whenever a particular statute contravenes the Constitution, it will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former*” (HALMILTON, 1802, p. 456).

41 “*Scarcely any question arises in the United States which does not become, sooner or later, a subject of judicial debate*” (TOCQUEVILLE, 2002, p. 309).

42 Não é fácil definir o “*judicial activism*”, nem mesmo o seu contraponto, o “*judicial restraint*”. Thomas Sowell, por exemplo, explica que há pelo menos sete fatores que costumam ser associados ao

a Suprema Corte frequentemente interveio em questões sensíveis, criando precedentes vinculantes que nitidamente transformaram a sociedade norte-americana. Debates em torno da escravidão, dos direitos trabalhistas, das garantias processuais, do direito à vida, dos limites do poder estatal, da igualdade, da religião e das diversas de liberdade de um modo geral sempre estiveram na pauta daquele tribunal. E as respostas nem sempre foram aceitas pacificamente pela sociedade. Aliás, a discussão em torno da própria legitimidade do “*judicial review*” e dos limites do intervencionismo judicial é sempre atual e se renova em solo norte-americano.

ativismo e à auto-restrição judiciais. Assim, um juiz poderá ser considerado ativista ou não conforme se afaste ou se aproxime: (1) da opinião pública dominante; (2) do legislador que representa a atual maioria popular; (3) das leis aprovadas pelo legislativo do presente ou do passado; (4) dos atos atuais do Executivo ou das agências administrativas; (5) do significado das palavras contidas na constituição; (6) dos princípios e propósitos daqueles que escreveram a constituição; ou (7) dos precedentes estabelecidos por interpretações judiciais com base na constituição (SOWELL, 1989, p. 1). Sowell esclarece que “no coração do conceito” de *judicial activism* encontra-se o medo de que o juiz imponha suas próprias preferências pessoais em suas decisões, deixando de lado a ideia de que a vida social deve ser regulada por um conjunto de regras previamente conhecidas e não por critérios *ad hoc* estabelecidos arbitrariamente pelo julgador. Assim, na sua ótica, o ativismo que deveria ser rejeitado é aquele que permite que os “valores substantivos” dos juizes orientem as decisões constitucionais (SOWELL, 1989, p. 32). William P. Marshall também associa a expressão *judicial activism* a uma espécie de *pecado*, apontando sete tipos de ativismo que costumam ser mencionados pela literatura jurídica: (1) o *ativismo contramajoritário* (“*counter-majoritarian activism*”), que consiste na relutância das cortes de prestar deferência às decisões tomadas pelos órgãos democraticamente eleitos; (2) o *ativismo não-originalista* (“*non-originalist activism*”), decorrente de uma desconsideração pelos propósitos originais estabelecidos na constituição pelos constituintes (“*framers*”); (3) o *ativismo de precedentes* (“*precedential activism*”), que resulta da não observância dos precedentes consolidados; (4) o *ativismo jurisdicional* (“*jurisdictional activism*”), fruto da incapacidade dos tribunais de se curvarem aos limites jurisdicionais de seus próprios poderes; (5) o *ativismo criativo* (“*judicial creativity*”), resultado da criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional; (6) o *ativismo corretivo ou remedial* (“*remedial activism*”), que implica o uso do poder judicial para impor contínuas obrigações positivas aos outros poderes ou submeter outras instituições governamentais a uma supervisão judicial como parte do controle jurisdicional; (7) o *ativismo partidário* (“*partisan activism*”), que significa o uso do poder judicial para efetivar os objetivos ou o programa ideológico de um determinado partido político (MARSHALL, 2002). Por outro lado, nem sempre a palavra *ativismo* é usada com essa conotação patológica. Algumas vezes, diz-se que um tribunal ou um juiz é *ativista* quando assume deliberadamente uma atitude proativa na decisão de casos concretos, desenvolvendo soluções inovadoras para além dos critérios normativos disponíveis (e, em alguns casos, até mesmo contra os critérios previstos). Em geral, essa atitude é assumida como uma parte indissociável da interpretação constitucional, de modo que pode haver uma íntima ligação entre o *ativismo judicial* e o *judicial review*. Nesse sentido, o *ativismo judicial* poderia ser progressista ou conservador, a depender do conteúdo dos critérios normativos disponíveis a serem deixados de lado pelos julgadores: (a) se os critérios normativos disponíveis forem progressistas, o *ativismo judicial* resultará em uma decisão conservadora; (b) se os critérios normativos disponíveis forem conservadores, o *ativismo judicial* resultará em uma decisão progressista. Na história da Suprema Corte norte-americana, há diversos exemplos de *ativismo judicial* progressista e conservador.

Nenhuma geração política da história dos Estados Unidos deixou de presenciar um grande debate público sobre a atuação dos “*nine old men*”⁴³.

1.2.2 A jurisdição constitucional concentrada

Paralelamente ao modelo norte-americano, foi desenvolvido, ao longo do século XX, outro tipo de controle de constitucionalidade, que se caracteriza pela concentração das decisões constitucionais em um tribunal especificamente criado para esse fim. Esse novo modelo claramente redimensionou a questão aqui analisada na medida em que incrementou substancialmente os poderes do órgão responsável pela jurisdição constitucional.

Através do modelo concentrado de controle constitucionalidade, ao surgir uma controvérsia constitucional, a matéria deve ser submetida à corte constitucional para resolver a questão em definitivo e com efeito geral e abstrato⁴⁴. Ao contrário do modelo norte-americano, o papel do tribunal constitucional não é estritamente jurisdicional, já que sua tarefa específica não é dirimir conflitos intersubjetivos, mas esclarecer e preencher o significado do direito constitucional objetivo, atuando, muitas vezes, como um órgão quase-legiferante (alguns diriam: quase-constituente). A análise do problema jurídico opera-se num nível mais abstrato do que o controle difuso, pois é possível debater a validade de uma lei em tese, ou seja, sem ter em mira um caso concreto específico, e a solução que for estabelecida passa a orientar o julgamento de todos os casos futuros envolvendo aquela questão.

O argumento básico para justificar esse sistema foi apresentado por Hans Kelsen, ao participar de um célebre debate intelectual com Carl

43 A expressão “*the nine old men*” foi extraída de um livro escrito por Drew Pearson e Robert Allen em 1936. No ano seguinte, F. D. Roosevelt usou-a em sua campanha presidencial de 1937 para criticar o posicionamento conservador dos juízes da Suprema Corte, que, frequentemente, invalidavam as medidas estabelecidas no *New Deal*. Sobre isso: RAY, 2005.

44 O órgão responsável pela jurisdição constitucional pode ou não fazer parte do Poder Judiciário. Em geral, tem-se preferido criar um órgão que não faça parte da estrutura judiciária, situando-se acima dos três poderes. De qualquer modo, mesmo quando não faz parte do Poder Judiciário, os julgamentos realizados pelas cortes constitucionais possuem uma estrutura parecida com os julgamentos proferidos na esfera judicial, e os seus juízes também possuem características semelhantes aos juízes “tradicionais”, até porque a formação acadêmica costuma ser idêntica. Por essa razão, tratarei a jurisdição constitucional como se fosse uma espécie de atividade judicial, mesmo que isso não seja exatamente correto em muitos países.

Schmitt na primeira metade do século passado. Em 1929, Schmitt, no famoso ensaio “*Der Hüter der Verfassung*” (“O Guardião da Constituição”), defendeu que o próprio presidente do *Reich*, titular da soberania e chefe de estado, deveria ser o principal guardião da Constituição, já que ele seria o mais capaz de exprimir a vontade política da totalidade do povo⁴⁵ (SCHMITT, 2007). No ano seguinte, em resposta a Schmitt, Kelsen, no seu texto “*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*” (“Quem deve ser o guardião da Constituição?”), defendeu que, “uma vez que nos casos mais importantes de transgressão da constituição, o parlamento e o governo passam a ser partes litigantes, recomenda-se apelar para uma terceira instância para decidir o conflito” (KELSEN, 2003, p. 150). Na ótica de Kelsen, essa terceira instância não poderia ser o Judiciário como um todo (tal como no modelo norte-americano), pois isso geraria insegurança jurídica e poderia afetar a busca de unidade do sistema, em razão da possibilidade de decisões conflitantes. Assim, seria preferível concentrar a decisão em um único órgão especificamente criado para esse fim, prestigiando a coerência e estabilidade na interpretação constitucional.

Outro fator invocado para se preferir o controle concentrado ao controle difuso, em solo europeu, foi um sentimento de histórica desconfiança em relação ao Judiciário, decorrente de uma má-actuação da magistratura desde a época do *ancien régime*⁴⁶. Essa desconfiança tem sido invocada com frequência para dificultar a atribuição a todo e qualquer juiz do poder de decretar a invalidade de uma lei aprovada pelo parlamento, preferindo-se concentrar a fiscalização da constitucionalidade nas mãos de um único tribunal constitucional, de composição eclética, cujos membros não necessariamente fariam parte da carreira judicial. A corte constitucional, pelo menos em tese, seria capaz de proteger os indivíduos tanto contra o Legislativo

45 Ressalte-se que Schmitt não criticou o controle judicial de constitucionalidade propriamente dito (ocasional, difuso e concreto), mas apenas a possibilidade de os juízes terem o poder de julgar com base em normas constitucionais de pouca densidade semântica, como os princípios e os direitos fundamentais, e, o que seria pior (na sua ótica), criar um órgão especificamente para isso. Para ele, não haveria problema se o juiz, num caso concreto, deixasse de aplicar uma lei para aplicar uma norma constitucional que regulamentasse o mesmo fato de outro modo. O problema, na ótica de Schmitt, estaria em permitir que o juiz perca a sua vinculação à lei para exercer uma suposta função de guardião da Constituição e, em nome disso, torne-se um órgão político acima dos demais.

46 Vale conferir, por exemplo: DALLARI, 1996, p. 14 e ss.

quanto contra o próprio Judiciário. Curiosamente, não se pensou em um mecanismo de proteger o indivíduo do próprio tribunal constitucional.

Um dos principais defensores desse modelo foi o jurista Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na Constituição austríaca de 1920, posteriormente aperfeiçoado na reforma de 1929 (CANOTILHO, 1997, p. 890; CAPPELLETTI, 1992, p. 83). Referida constituição havia estabelecido uma corte constitucional responsável pelo controle de constitucionalidade das leis, seguindo uma proposta substancialmente diferente do *judicial review* norte-americano. Kelsen tinha em mente um controle de constitucionalidade mais voltado para a defesa dos aspectos formais e processuais estabelecidos na constituição, onde as cortes constitucionais agiriam como uma espécie de “legislador negativo”, anulando as leis que não fossem elaboradas em conformidade com o procedimento constitucional, sem levar em conta um contexto problemático concreto. Seu modelo era bem diferente do norte-americano, pois o papel que ele consagrava à corte constitucional não abrangia a proteção substancial dos direitos fundamentais. Aliás, Kelsen não era simpático à positivação constitucional dos direitos fundamentais, de modo que, para ele, os constituintes deveriam evitar usar termos vagos como liberdade, igualdade, dignidade ou palavras semelhantes com baixa densidade semântica. E mesmo quando os textos constitucionais incorporassem expressões como “justiça, liberdade, igualdade, moralidade etc”, as cortes constitucionais não deveriam utilizá-las como critério para o controle de constitucionalidade, já que *“las fórmulas en cuestión, no tienen, de manera general, una gran significación. Ellas no agregan nada al estado real del derecho”* (KELSEN, 2001a, p. 80).

Diversas constituições elaboradas ao longo do século XX acolheram o modelo de jurisdição constitucional concentrada exercida por uma corte constitucional criada especificamente para este fim. Apesar disso, no que se refere à carta de direitos, a diretriz seguida foi oposta à sugestão de Kelsen, sendo estabelecido um catálogo amplo e variado de direitos fundamentais. Ao lado dos direitos de primeira geração, relacionados à liberdade, à participação política e à limitação estatal, foram positivados os chamados de segunda geração (direitos trabalhistas e econômicos, sociais e culturais, como a saúde, educação, moradia, assistência social etc.),

cuja proteção, muitas vezes, exige do estado muito mais do que uma mera atividade negativa, impondo obrigações de variadas espécies⁴⁷.

É certo que a tendência de inserir declarações de direito em textos constitucionais é bem anterior à Segunda Guerra Mundial, não havendo, nesse aspecto, uma inovação tão intensa⁴⁸. A originalidade está, de um lado, no conteúdo desses direitos, com o acréscimo dos direitos ligados ao *welfare state*, e, de outro lado, na força jurídica que foi atribuída a essas cartas de direito, que passaram a ter uma intencionalidade normativa potencializada. Houve, portanto, uma revolucionária mudança de compreensão sobre a importância normativa dos princípios ligados à limitação do poder e à proteção da dignidade humana, acarretando a ascensão dos direitos fundamentais como parâmetro balizador do controle material de constitucionalidade, o que também afetou bastante o papel da jurisdição constitucional e, por conseguinte, favoreceu ainda mais o desenvolvimento da judicialização da ética.

1.2.3 A ascensão dos direitos fundamentais

Com o término da Segunda Guerra Mundial, a humanidade precisou refletir seriamente sobre o que aconteceu durante aquele período nefasto da história, onde a inteligência humana foi capaz de construir bombas atômicas, campos de concentração, câmaras de gás, tudo isso com o único propósito de exterminar seres humanos com a máxima eficiência possível. Os juristas, em particular, tiveram que fazer uma profunda auto-análise sobre o papel do direito e sobre o sentido de

47 De acordo com o pensamento jurídico contemporâneo, todo direito fundamental gera, para o estado, um dever de respeito, proteção e promoção, ou seja, o estado tem o dever de respeitar (não violar o direito), proteger (não deixar que o direito seja violado) e promover (possibilitar que todos usufruam) esses direitos. Assim, o dever de respeito, proteção e promoção, que é inerente a qualquer direito fundamental, impõe uma multiplicidade de tarefas ao poder público, de modo que a concretização plena dessas normas não se esgota em um mero agir ou não agir do estado. Essa idéia terá implicações de grande relevância na compreensão da teoria dos direitos fundamentais. Sobre o tema, confira: MARMELESTEIN, 2008, p. 284/289.

48 A título ilustrativo, no Brasil, a Constituição Imperial de 1824 já contemplava um rol liberal de direitos fundamentais, no espírito da primeira geração de direitos. Porém, a força jurídica dessa declaração era bastante fraca, bastando lembrar que, apesar de haver uma norma expressa estabelecendo que “a lei será igual para todos”, o país era escravocrata, o voto era censitário e restrito aos homens, além de serem admitidos privilégios de classe típicos do regime monárquico.

sua atividade. Afinal, durante o nazismo, foram aprovadas diversas leis que refletiam claramente ideologias anti-humanitárias, e os juristas não hesitaram em aplicá-las com todo rigor quando tiveram que agir e decidir, colaborando, inclusive, para o seu aperfeiçoamento. Decisões judiciais foram proferidas autorizando a esterilização de seres humanos; penas de morte foram aplicadas por crimes banais; pessoas foram enviadas a campos de concentração com autorização de juízes; houve a determinação judicial do confisco de bens por motivos ideológicos ou mesmo religiosos; pessoas perderam a cidadania e até mesmo a condição de pessoa por razões de raça. Enfim, o estado alemão, que sempre se orgulhou de ser uma referência mundial em matéria de direito, exportando para o mundo as ideias de juristas como Savigny, Ihering ou Puchta, funcionou como uma linha de produção de atrocidades, com o aval das leis e de muitos juristas, que, friamente, cumpriram seu mister burocrático sem qualquer crise moral⁴⁹.

Afora a negação da humanidade a uma parcela considerável da população, o sistema judicial e legislativo alemão também violou princípios fundamentais da juridicidade, como aqueles princípios formais que compõem a chamada moralidade interna do direito, para usar uma expressão consagrada por Lon Fuller (1967). Foram aprovadas leis genéricas, imprecisas e pouco claras, incapazes de evitar a prática de arbitrariedades por parte dos agentes públicos responsáveis por sua execução; permitiu-se, no direito penal, a aplicação da analogia para prejudicar o réu ou mesmo a adoção de leis retroativas; foram criados tribunais de exceção, cujos integrantes eram favoráveis à ideologia nazista; garantias básicas da magistratura, como a independência e a inamovibilidade foram suspensas, a fim de que juízes contrários aos princípios do nazismo pudessem ser afastados de suas funções ou punidos; advogados foram proibidos de atuarem por serem judeus ou por terem defendido opositores políticos e assim por diante.

De acordo com Ingo Müller, os juristas alemães, de um modo geral, além de não terem reagido à ascensão do nazismo, não tiveram qual-

49 Para uma análise do funcionamento do sistema judicial durante o III Reich: RIGAUX, 2000, especialmente os capítulos 6 e 7.

quer dificuldade em aderir à ideologia de Hitler e a incorporá-la em suas atividades profissionais e acadêmicas. Para Müller, o sistema judiciário alemão já estaria corrompido antes mesmo de Hitler chegar ao poder, dada a sua feição nacionalista e conservadora, de modo que muitos juízes, promotores, advogados e professores assimilaram o novo espírito autoritário com muita naturalidade. Em seu estudo sobre o sistema judicial nazista, Müller cita diversos exemplos de decisões judiciais que instrumentalizaram os ideais nazistas e aponta vários juristas que rapidamente abraçaram o nazismo sem qualquer conflito moral, a fim de obterem uma ascensão profissional. Nesse contexto, os profissionais do direito teriam ajudado os nazistas a controlarem o poder, subvertendo o direito de muitas formas: (a) ora ocupando postos estratégicos na estrutura estatal; (b) ora desenvolvendo doutrinas de legitimação tendentes a justificar as maiores arbitrariedades praticadas em nome do estado; (c) ora aplicando com severidade as normas de conteúdo nazista; (d) ora flexibilizando a punição de membros do governo nazista que se excediam no combate aos “inimigos”; (e) ora aplicando a lei de forma seletiva, de forma a beneficiar os que apoiavam o nazismo e prejudicar os demais; (f) ora interpretando a lei a fim de promover os princípios do nazismo; (g) ora fazendo pouco caso das violações jurídicas praticadas pela legislação nazista, admitindo, por exemplo, a retroatividade de leis penais, a validade de tipos penais abertos ou “em branco”, a competência de tribunais de exceção, a aplicação da analogia penal incriminatória e assim por diante; (h) ora punindo de forma desproporcional as condutas praticadas pelos inimigos políticos, aplicando penas severas para qualquer manifestação contrária ao regime estabelecido e julgando os réus conforme sua orientação política; (i) ora aplicando de forma acrítica leis antidemocráticas, como as que proibiam a existência de partidos políticos, a liberdade de reunião ou de expressão, bem como as leis discriminatórias e antisemitas, que negavam um tratamento digno aos “não arianos”, entre várias outras medidas (MÜLLER, 2009).

E assim o mundo descobriu da pior forma que o legislador pode ser tão opressor quanto o pior tirano e que o direito legislado que não se submete a uma constante avaliação crítica pode se tornar tão perverso quanto o puro arbítrio. Percebeu-se que as normas positivas, que deve-

riam ser um instrumento de limitação do poder, podem se transformar em armas de opressão e que os juristas podem ser domesticados, agindo como funcionários a serviço da “banalidade do mal”, para utilizar a famosa expressão cunhada pela filósofa Hannah Arendt (2000).

Infelizmente, isso não ocorreu somente na Alemanha nazista. Vários países também seguiram uma política oficial de opressão institucionalizada, inclusive o Brasil do Estado Novo (1937-1945) e da ditadura militar (1964 – 1985). Uma casta de juristas profissionais, devidamente qualificada nos bancos universitários, não sentiu qualquer pudor em utilizar o seu saber e as suas habilidades jurídicas a serviço do regime estabelecido, por mais odioso que este fosse⁵⁰. Como foram capazes disso? Eis uma pergunta embaraçosa, especialmente para aqueles juristas que, em textos doutrinários ou discursos laudatórios, exaltavam a justiça, a ética, a democracia, a liberdade e os direitos fundamentais, mas, na sua atuação profissional, não hesitaram em apoiar regimes opressivos ou mesmo a defender medidas claramente incompatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Seja como for, o certo é que tudo isso possibilitou o surgimento, entre os juristas do pós-guerra, de novas discussões sobre o sentido do direito, no intuito de tentar recuperar a legitimidade da atividade jurídica que fora profundamente enfraquecida pelo uso opressivo do sistema legal durante os regimes totalitários. Muitos debates teóricos floresceram a partir da análise da degradação moral dos sistemas legislativos. Assim, por exemplo, o debate travado entre Herbert Hart e Lon Fuller, envolvendo a relação entre o direito e a moral, tendo como pano de fundo o comportamento dos juristas nazistas, abriu um leque riquíssimo de perspectivas sobre o sentido do direito e as condições formais e substanciais de sua existência⁵¹ (HART, 1958, p. 593/629) (FULLER, 1958, p. 630/672). Ou então a famosa discussão entre o mesmo Hart e Ronald Dworkin, envolvendo a importância dos princípios para a compreensão do fenômeno jurídico, que permitiu o surgimento de diversas novas abordagens sobre a natureza

50 A respeito disso, tendo como pano de fundo a realidade brasileira, vale a leitura de: FERNANDES, 2006, p. 237-255; SEELAENDER, 2005, p. 415-432.

51 Para uma compreensão do contexto histórico e dos desdobramentos teóricos do debate: POSTEMA, 2011.

do direito positivo, pavimentando o terreno para o desenvolvimento de várias propostas concorrentes sobre o conceito do direito e o complexo problema da demarcação e da validade jurídica⁵². Dentro do próprio positivismo jurídico, muitos passaram a reconhecer que os sistemas normativos podem incorporar ou incluir parâmetros éticos como pressupostos ou condicionantes da validade jurídica, como o próprio Hart reconheceu ser possível, de modo que os princípios normativos tornaram-se uma parte integrante de qualquer esforço de compreensão do fenômeno jurídico⁵³.

No âmbito do direito constitucional, a principal consequência disso foi a valorização *jurídica* dos direitos fundamentais, que se tornaram, pelo menos na retórica forense e acadêmica, o fundamento de validade de todo o sistema normativo.

Paralelamente à aprovação de várias declarações de direitos contendo um rol generoso de normas dedicadas à proteção da dignidade humana e à limitação do poder, os juristas começaram a aceitar, com grande ênfase, a ideia de força normativa da Constituição⁵⁴ e a consequente possibilidade de aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais⁵⁵.

52 O debate envolve a crítica de Dworkin, contida em seu texto “A Model of Rules – I” (publicado posteriormente no seu “*Taking Rights Seriously*”), ao livro “*The Concept of Law*”, de Herbert Hart. Hart, por sua vez, replicou Dworkin no “pós-escrito” do “*The Concept of Law*”, que se tornou a base da *nova face do positivismo jurídico* que emergiu após a Segunda Guerra. A análise desse debate será feita no Capítulo 3.

53 Em seu artigo “*Positivism and the Separation of Law and Morals*”, Hart já reconhecia que, em muitos sistemas de direito, os critérios últimos de validade jurídica podiam incorporar explicitamente, para além de *pedigree*, princípios de justiça ou valores morais substantivos, e estes poderiam integrar o conteúdo de restrições jurídico-constitucionais. Por isso, no seu “pós-escrito” ao “*The Concept of Law*”, Hart reconhece que “Dworkin é credor de grande reconhecimento por ter mostrado e ilustrado a importância” dos princípios e que ele próprio (Hart) teria cometido “um sério erro ao ter acentuado a eficácia não conclusiva deles” (HART, 2007, p. 309 e 325). O reconhecimento de que os sistemas jurídicos podem incluir como parâmetro para a validade do direito alguns princípios com forte componente moral é a tese que circunda o chamado *positivismo inclusivista* (“*inclusive legal positivism*”), ou o “*soft positivism*”. Como explica Wilfrid J. Waluchow, o positivismo inclusivista defende que as pautas de moral política utilizadas para avaliar, justificar e criticar as instituições sociais e suas atividades e produtos podem exercer – e, de fato, exercem – um relevante papel na tarefa de determinar a existência, conteúdo e significado do direito válido (WALUCHOW, 1996, p. 2/3). Esse tema será retomado no Capítulo 3.

54 A defesa da *força normativa da constituição* foi muito influenciada, em solo brasileiro, pelo texto “*Die normative Kraft der Verfassung*” (“A Força Normativa da Constituição”), do jurista alemão Konrad Hesse, publicada no Brasil no início dos anos 90: HESSE, 1991.

55 No Brasil, a Constituição Federal de 1988 determinou expressamente que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (artigo 5º, §1º). A positivação desse preceito foi influenciada pelo direito alemão, português e espanhol, que possuem cláusulas

Essa valorização da Constituição acarretou, em contrapartida, uma certa desvalorização da lei, fenômeno que pode ser designado como crepúsculo da legislação⁵⁶. O crepúsculo da legislação pode ser descrito como um processo de enfraquecimento do Poder Legislativo enquanto instância de tomada de decisões definitivas. Esse enfraquecimento decorreu, entre outros motivos, de um sentimento de desconfiança e mal-estar causado pela atividade legislativa dos parlamentos durante os regimes nazifascistas. O Poder Legislativo, além de ter sido incapaz de cumprir a sua principal missão, que é impor limites jurídicos ao poder, também foi, em grande parte, responsável pela criação de um sistema normativo que serviu para dar um manto de legalidade às práticas mais atrozes praticadas pelos governos totalitários. A ascensão do constitucionalismo e dos direitos fundamentais surge, então, como uma alternativa ao modelo clássico da separação de poderes, numa tentativa de dificultar o desrespeito de alguns valores básicos por um grupo majoritário que ocasionalmente conquiste o poder político.

O reconhecimento da força normativa da Constituição e da aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais ocasionou algumas relevantes mudanças de paradigma na realização concreta do direito. A título ilustrativo, podem ser indicadas as seguintes transformações: (a) houve o redimensionamento da fonte de direitos subjetivos das leis para os direitos fundamentais (“não são os direitos fundamentais que devem girar em torno das leis, mas as leis que devem girar em torno dos direitos fundamentais”⁵⁷), já que o conteúdo das normas constitucionais não pode

semelhantes. A Lei Fundamental de Bonn de 1949, por exemplo, prevê que “os direitos fundamentais aqui enunciados constituem preceitos jurídicos diretamente aplicáveis, que vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (no original: “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht”). Na Constituição espanhola de 1978 há norma semelhante: “los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos u libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a”. Por sua vez, a Constituição portuguesa de 1976 estabelece que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Sobre esse tema, confira: GEBRAN NETO, 2002.

56 De acordo com Castanheira Neves, J. Dualde, já em 1933, havia assinalado que “*el legislador há llegado a su crepúsculo*” (CASTANHEIRA NEVES, 2003a, p. 12).

57 “*Antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales*”. A frase foi dita por Krüger em 1950, cf. NOGUEIRA ALCALA, 2005, p.15-64.

ficar restrito à vontade parlamentar, e toda a interpretação legal deverá se guiar pelos mandamentos traçados na Constituição; (b) ocorreu a reformulação da doutrina da separação entre os poderes, em face da “solução de compromisso” que todos agentes devem assumir na concretização dos direitos fundamentais, reconhecendo-se um papel mais atuante do Judiciário na efetivação das normas constitucionais, através da jurisdição constitucional; (c) passou-se a aceitar a concretização judicial de direitos fundamentais, independentemente de integração normativa formal por parte do Legislativo, como consequência do aumento da força normativa da Constituição e do reconhecimento da importância do Judiciário na função de guardião da Constituição.

Aliado a isso, houve uma preocupação de inserir no texto constitucional um amplo conjunto de direitos fundamentais, relacionados aos mais variados valores que haviam sido vilipendiados pelos regimes totalitários. Ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, das garantias processuais, dos direitos de participação política, dos direitos trabalhistas e dos direitos econômicos, sociais e culturais, começaram a ser incorporados nos textos constitucionais alguns direitos de terceira geração, relacionados à proteção do meio ambiente, à paz, ao desenvolvimento e à solidariedade mundial. Essa expansão do catálogo de direitos fundamentais provocou um aumento substancial do leque de matérias passíveis de serem submetidas à jurisdição constitucional. Assuntos que antes estavam na zona de livre apreciação do parlamento, dentro daquilo que a doutrina constitucional chama de “liberdade de conformação do legislador”⁵⁸, tornaram-se objeto de discussões jurídicas decididas no âmbito da jurisdição constitucional.

58 A liberdade de conformação do legislador é a margem de discricionariedade que o legislador possui na avaliação, valoração e conformação na regulamentação e delimitação do âmbito de incidência de direitos fundamentais (sobre o tema, confira-se minha monografia: MARMELSTEIN, 2007, especialmente as páginas 110-115). Segundo o Tribunal Constitucional Federal alemão, essa ampla liberdade de conformação pode ser controlada pelos tribunais apenas em casos excepcionais, de maneira restrita, dependendo da peculiaridade da matéria em questão, das possibilidades de formação de um juízo suficientemente seguro e do significado dos bens jurídicos em jogo. Em outras palavras: “somente a observância destes limites extremos da liberdade legislativa (proibição de arbitrariedade) é passível de controle pelo Tribunal Constitucional Federal e não a constatação de que o legislador tenha ou não encontrado, no caso particular, respectivamente a mais adequada, a mais razoável e a mais justa das soluções [possíveis]” (SCHWAB; MARTINS, 2006, p. 323).

Questões como as que foram exemplificadas no início deste capítulo são carregadas de valores potencialmente contraditórios que dizem respeito aos aspectos mais relevantes da vida social. São temas que dividem as sociedades contemporâneas, gerando intensos e acalorados debates, geralmente misturados com discórdia, paixão e intolerância. Com a constitucionalização dos direitos fundamentais, essas questões passaram a dar origem a controvérsias jurídicas concretas que reclamam soluções institucionais constitucionalmente válidas.

A submissão dessas controvérsias ao debate judicial surgiria como uma decorrência da adoção de um modelo de jurisdição constitucional voltado à proteção dos direitos fundamentais. Obviamente, tal desdobramento não é obrigatório nem necessário, pois a mera aceitação de um sistema de controle de constitucionalidade das leis não acarreta, por si só, a judicialização de todos os conflitos éticos e políticos. Apesar disso, não se pode negar que os países que adotam a jurisdição constitucional em favor dos direitos fundamentais aceitam, em menor ou maior grau conforme a cultura jurídico-política prevalecente, que a solução institucional para os conflitos morais exemplificados acima seja fornecida, em última instância, pelos juízes constitucionais. Praticamente todas as declarações de direito, nacionais e internacionais, prevêm a proteção judicial ou o acesso à Justiça como um instrumento básico para a garantia efetiva dos direitos fundamentais. No Brasil, em particular, por expressa determinação constitucional, qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos fundamentais pode ser submetida à apreciação judicial, e os juízes, por força da infastabilidade da tutela jurisdicional, não podem se negar a decidir as causas que lhes chegam (art. 5º, inc. XXXV, da CF/88). Aliás, a justiciabilidade dos direitos fundamentais é uma exigência da própria Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que, em seu art. 8º, estabelece a necessidade de se permitir a proteção judicial dos direitos fundamentais: “todo homem tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei”.

Paralelamente a essa aceitação cada vez maior da proteção judicial dos direitos fundamentais, a teoria jurídica desenvolveu al-

guns instrumentos metodológicos que alteraram substancialmente a técnica de solução de conflitos, sobretudo quando estão em jogo as normas constitucionais. Podem ser citadas, por exemplo, a ideia de eficácia irradiante dos direitos fundamentais e a consolidação da razoabilidade/proporcionalidade como critério balizador da validade das leis restritivas de direitos.

A ideia de eficácia irradiante dos direitos fundamentais é fruto da aceitação de que a Constituição estabelece um “sistema objetivo de valores” que há de conformar todo o exercício do poder⁵⁹. Em virtude disso, toda solução jurídica deve buscar nas normas constitucionais, sobretudo naquele núcleo axiológico mais fundamental, o parâmetro normativo a ser seguido, observando o que a teoria constitucional denomina de dimensão objetiva dos direitos. Em termos práticos, isso vai gerar, para o jurista, o dever de incorporar na sua atividade os mesmos valores que emanam das declarações de direitos, cuja força (eficácia) passa a afetar todo ordenamento jurídico, inclusive as normas de caráter privado⁶⁰. Assim, todos os institutos jurídicos devem ser objeto de releitura a partir dos valores constitucionais, sujeitando-se a uma verdadeira ‘filtragem’ constitucional,

59 A *eficácia irradiante* dos direitos (no alemão: *Drittwirkung*) foi uma idéia desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, a partir do caso *Lüth* – BVerfGE 7, 198 (1958). De modo sintético, o Tribunal Constitucional alemão decidiu que: (a) a Constituição não é ideologicamente neutra, já que representa uma “ordem objetiva de valores” (“*Objektive Wertordnung*”), centrada na dignidade da pessoa humana e nos demais direitos fundamentais, que deve orientar a atividade de todo agente público, inclusive, logicamente, os juízes; (b) esses valores possuem, além de sua dimensão subjetiva, uma dimensão objetiva que se irradia por todos os ramos do ordenamento jurídico; (c) as normas de direito privado devem ser sempre interpretadas “à luz” dos direitos fundamentais; (d) os direitos fundamentais também podem ser aplicados nas relações privadas, possuindo, além da eficácia vertical, presente nas relações entre o Estado e os cidadãos, uma eficácia horizontal entre particulares (“*Drittwirkung*”). A decisão pode ser lida em português: SCHWAB, 2006, p. 381/394.

60 Canotilho, no seu ensaio “Um Olhar Jurídico-Constitucional sobre a Judicialização da Política”, também aponta o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos como um dos fatores para o alargamento do espaço decisório dos magistrados. Para ele, o reconhecimento dessa dimensão objetiva “não só abriu caminho para a transformação dos direitos em *ordem objectiva* da comunidade como forneceu o substrato dogmático para a irradiação dos direitos em direcção a toda a ordem jurídica civil. Mas não só isso: a objectivação dos direitos conduz à *ressubjectivação* de posições prestacionais, configurando-se os próprios direitos, liberdade e garantias como esquemas de garantia dos direitos sociais. A radicalização objectivante dos direitos fundamentais acaba logicamente na redescoberta da constituição como ‘ordem de valores e de princípios’ legitimadora da ultrapassagem dos tradicionais *limites metodológicos e metódicos* do poder judicial” (CANOTILHO, 2007, p. 90).

para que se conformem à tábua axiológica dos direitos fundamentais⁶¹. Trata-se de um imperativo decorrente do reconhecimento da supremacia formal e material da Constituição sobre o direito infraconstitucional, mas também de uma tomada de posição no sentido da mobilização do potencial emancipatório da Constituição em prol da efetiva transformação da sociedade (SARMENTO, 2006, p. 114).

De igual modo, o desenvolvimento de técnicas capazes de possibilitar o controle judicial da razoabilidade/proporcionalidade das leis que restringem direitos fundamentais também alterou significativamente o papel do Poder Judiciário. Essa proposta surgiu a partir de construções jurisprudenciais nos Estados Unidos, onde a Suprema Corte, desde meados do século XIX, tem conferido um conteúdo substantivo à cláusula do devido processo para entender que as leis que não alcancem um coeficiente de razoabilidade são inconstitucionais. Isso deu uma margem para que os juízes norte-americanos pudessem deixar de aplicar quaisquer leis que julgassem arbitrárias, inadequadas ou injustas, bastando para tanto que observassem os procedimentos de justificação estabelecidos pela Suprema Corte. Ao lado da razoabilidade decorrente da cláusula do *due process*, o direito germânico, orientado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, desenvolveu a ideia da proporcionalidade⁶² que, apesar de suas peculiaridades metodológicas em relação ao *substantive due process*, possui uma função semelhante, qual seja, permitir o controle da racionalidade/correção das leis, sobretudo das leis que restringem direitos fundamentais.

Embutida na ideia de proporcionalidade, encontra-se a ponderação de valores/direitos/princípios, que é outra faceta do constitucionalismo contemporâneo que modificou bastante o método jurídico⁶³. Também teremos a oportunidade de analisar a ponderação com maior profundidade. Por enquanto, basta dizer que a noção de ponderação nasce da constatação de que há uma tensão constante entre os diversos direitos fundamen-

61 Sobre a assimilação da “filtragem constitucional” pelo pensamento jurídico brasileiro, vale conferir: SCHIER, 1999.

62 Em alemão: *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*.

63 Para uma melhor compreensão da questão, em língua portuguesa: PEREIRA, 2006 (especialmente, páginas 215/289; NOVAIS, 2003, especialmente páginas 639/951; QUEIROZ, 2002, p. 243/268.

tais e que, muitas vezes, diante de problemas concretos, os valores que deles emanam se chocam, fornecendo soluções contraditórias. É a chamada colisão ou conflito de direitos fundamentais. Em situações assim, qualquer decisão adotada pelos julgadores pode encontrar uma norma constitucional que lhe dê suporte. Ou seja, há duas normas de igual hierarquia jurídica capazes de fornecer soluções contraditórias para o mesmo problema. Quando esse fenômeno surge, a metodologia constitucional tem recomendado a realização de uma análise de peso e importância de cada direito a fim de favorecer o valor mais relevante no caso concreto, sacrificando o mínimo possível o valor antagônico. É possível afirmar que a adoção dessa técnica de decisão acarreta um aumento do poder judicial (diminuindo-se, em contrapartida, o poder do legislador), na medida em que “as relações funcionais e competenciais entre o poder legislador e o Poder Judiciário deslocam-se, estreitando a margem de conformação política de quem, ao fazer política, deve fazer o balanceamento justo em caso de conflito de bens, e alargando o espaço discricionário de quem, não fazendo política, é agora o ponderador, em termos definitivos, da solução de conflitos de direitos e bens” (CANOTILHO, 2007, p. 87/95).

Por detrás da noção de ponderação, está o reconhecimento de um papel relevante dos princípios para a construção de soluções para os problemas jurídicos de um modo geral, de modo que os valores normatizados nos princípios tornam-se parâmetros fundamentais para atuação dos julgadores. Os princípios exerceriam assim uma função paradoxal dentro do sistema normativo: por um lado, limitariam as possibilidades decisórias dos julgadores, estabelecendo balizas materiais para a formação do juízo decisório; por outro lado, possibilitariam o controle axiológico dos critérios jurídicos disponíveis no sistema normativo, flexibilizando a sua aplicação no caso concreto. Assim, haveria um *fechamento* do poder decisório no nível dos *fundamentos*, já que o núcleo fundamental do juízo há de se buscar nos princípios, mas haveria também uma abertura no nível dos critérios, já que, na realização concreta do direito, os critérios normativos devem passar por um processo de assimilação corretiva e adaptativa para se adequarem materialmente aos princípios, conforme se verá no Capítulo 3.

Com a adoção dessas ideias, grande parte da função constitutiva, de criação, transformação e determinação do direito foi transferida para os

órgãos responsáveis pela “guarda da Constituição”, que passaram a ter o poder decisivo em praticamente qualquer tema, sobretudo diante de um texto constitucional abrangente o suficiente para acolher as mais variadas pretensões. Em determinadas situações, admite-se até mesmo que os juízes criem novos direitos a partir do preenchimento do conteúdo dos textos normativos que careçam de densificação, extraindo comandos obrigatórios e gerais diretamente do texto constitucional, com base na exigência de atribuir a máxima efetividade à constituição⁶⁴. Com isso, cláusulas constitucionais extremamente abertas, como “devido processo”, “livre desenvolvimento da personalidade”, “estado democrático e social” etc., estão servindo como fonte direta para o reconhecimento de direitos subjetivos que não estão claramente previstos no ordenamento jurídico, mas que, na ótica dos julgadores, poderiam ser deduzidos dos referidos enunciados constitucionais⁶⁵.

A judicialização da ética, dentro do sentido aqui usado, seria uma consequência quase natural, ainda que impregnada de problemas, desse modelo de jurisdição constitucional em favor dos direitos fundamentais. Afinal, ao se autorizar que os juízes “protejam a Constituição” e decidam com base nos direitos fundamentais, inevitavelmente está-se permitindo que os julgadores, na solução dos casos jurídicos, realizem escolhas valorativas ou pelo menos busquem uma solução capaz de refletir os valores constitucionais.

64 Não se pode deixar de destacar a influência do Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho na divulgação da máxima efetividade das normas constitucionais no meio jurídico brasileiro. Os principais constitucionalistas brasileiros, quando discorrem sobre a interpretação da Constituição, sempre citam a seguinte passagem do jurista português: “este princípio [princípio da máxima efetividade], também designado por *princípio da eficiência* ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.)”. (CANOTILHO, 1997, p. 1208). Isso não significa que Canotilho endosse o abuso retórico que, em nome de uma pretensa efetividade constitucional, costuma servir de pretexto para indesejáveis voluntarismos judiciais.

65 Ressalte-se que, por enquanto, a referida observação não deve ser lida como uma crítica, pois, no momento, não é esta a minha intenção. O que desejo assinalar é o fato indiscutível de que os juízes estão extraindo significados importantes de normas constitucionais bastante imprecisas e fundamentando seus julgados nessas normas.

Ronald Dworkin, nesse sentido, defendeu que os juízes deveriam realizar uma “leitura moral” (“*moral reading*”) da Constituição como forma de extrair do texto constitucional o espírito ético que dele brota⁶⁶. Castanheira Neves, por sua vez, embora defenda que a interpretação jurídica não seja uma mera interpretação de textos legais nem mesmo da Constituição enquanto texto (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 483), acredita que a decisão judicial deve estar normativamente comprometida com o justo decidir e que as cartas constitucionais de direitos, quando comprometidas com a dignidade humana, nada mais seriam do que a declaração da juridicidade do próprio fundamento do direito “enquanto direito”⁶⁷. Assim, “se cabe ao juiz, como acaba de dizer-se, decidir quanto à validade ou invalidade jurídico-constitucional das leis, também a intencionalidade jurídica que assim se exige deixa de ser a intencionalidade de uma juridicidade formal (aquela que corresponde fundamentalmente à juridicidade legal) para ser a da juridicidade material do princípio de justiça que a Constituição assume, nos direitos fundamentais e nos princípios normativos expressos ou implícitos” (CASTANHEIRA NEVES, 1998a, p. 11)⁶⁸.

Seja como for, parece claro que o fenômeno da judicialização da ética está intimamente conectado com a ascensão dos direitos fundamentais, com a aceitação da força normativa dos princípios e com o próprio constitucionalismo como um todo, que forneceram uma nova feição ao Estado Democrático de Direito, reduzindo a margem de conformação do legisla-

66 “Judges must defer to general settled understandings about the character of the power the Constitution assigns them. The moral reading asks them to find the best conception of constitutional moral principles – the best understanding of what equal moral status for men and women really requires, for example – that fits the broad story of America’s historical record. It does not ask them to follow the whisperings of their own consciences or the traditions of their own class or sect if these cannot be seen as embedded in that record” (DWORKIN, 1996, p. 11; 2006a, p. 16).

67 É importante perceber que, nessa concepção, a constituição não teria uma função constitutiva da juridicidade dos direitos fundamentais, mas tão somente declarativa, o que significa dizer que não seria a constituição que daria validade ao direito, mas o direito que daria validade à constituição. Ver, por exemplo: CASTANHEIRA NEVES, 2009a, p. 35/65. Essa questão será discutida nos Capítulos 3 e 5 da presente dissertação.

68 No momento oportuno, explorarei as ideias de Castanheira Neves com mais profundidade, valendo desde já adiantar que o jusfilósofo português critica o exercício de uma função legislativa pelos membros do Poder Judiciário, além de ser contrário ao ativismo judicial nas chamadas “grandes questões”. Assim, dificilmente Castanheira Neves endossaria um ativismo judicial inconsequente, ainda que reconheça que a atividade judicial é criativa e impregnada de intencionalidades ético-jurídicas sem as quais o direito deixa de ser direito.

dor e aumentando os poderes dos juízes no controle da validade jurídica dos atos oficiais.

1.3 Limites e propósitos da investigação

Parece inquestionável que o juiz que assume para si a tarefa de concretizar a Constituição passa a exercer, consciente e deliberadamente, uma função muito diferente daquela imaginada pelos pensadores iluministas, deixando de ser apenas a “boca da lei” (“*bouche de la loi*”) para se tornar um agente ativo e central no processo de realização do direito, mais especificamente dos direitos fundamentais. O juiz *garantidor dos direitos, nesse sentido, exerce uma função catalisadora das aspirações constitucionais e constitutiva do direito vivo, usando seu poder decisório não apenas para eliminar do sistema* jurídico aqueles critérios normativos incompatíveis com a Constituição, mas também para densificar e dar concretização a certos princípios que emanam das declarações de direitos fundamentais⁶⁹. E assim age independentemente de qualquer autorização legislativa, invocando sua autoridade diretamente da Constituição.

É possível identificar algumas consequências práticas causadas por essa ascensão do constitucionalismo: (a) em primeiro lugar, ocorreu uma clara redução do grau de vinculação dos juízes à lei, uma vez que as próprias leis passaram a ser “julgadas” “à luz da Constituição”, tanto sob os seus aspectos formais, quanto sob seus aspectos ético-materiais (conformidade aos princípios) e racionais (proporcionalidade); (b) em segundo lugar, houve uma abertura dos critérios de julgamento, possibilitando que os juízes justifiquem suas decisões com argumentos produzidos por outros campos que não a legislação, podendo invocar princípios axiológicos, argumentos de razão prática, de filosofia moral etc., pois, na busca dos significados vagos contidos nas frases constitucionais, os juristas preci-

69 Nesse sentido, Ricardo Guastini sugere que os juízes constitucionais criam direito em pelo menos de três formas: (a) invalidando as normas inconstitucionais (mediante as “*sentenze ‘di accoglimento’*”); (b) eliminando interpretações incompatíveis com a constituição (mediante as “*sentenze ‘interpretative di accoglimento’*”); (c) acrescentando ao ordenamento novos critérios normativos ou substituindo os critérios normativos existentes por novos critérios (mediante as “*sentenze ‘additive’*” e “*sotitutive’*”, respectivamente). Ver GUASTINI, 2008, p. 169/180.

sam, de fato, olhar além da Constituição⁷⁰; (c) em terceiro lugar e como consequência direta da ideia acima, operou-se uma diminuição do papel do órgão legislativo como órgão de soberania popular (“crepúsculo da legislação”) e um aumento da esfera de atuação da jurisdição constitucional (“ascensão do constitucionalismo⁷¹”), a quem foi conferido um amplo poder normativo-constitutivo; (d) por fim, houve um aumento da importância da argumentação na solução dos problemas jurídicos, uma vez que se passou a exigir dos juízes um nível muito mais elevado de justificação de suas decisões, especialmente daquelas que se afastem da orientação legislativa ou que se baseiem em normas constitucionais muito vagas⁷².

A mais óbvia discussão acadêmica que esse fenômeno poderia levantar é, sem dúvida, sobre a legitimidade democrática dos juízes para decidirem questões tão sensíveis⁷³. Afinal, por que assuntos tão relevantes para a sociedade, que interferirão no destino de milhares de pessoas, estão sendo julgados por um punhado de indivíduos, vestidos com suas togas pretas, que, por incrível que pareça, não estão ocupando seus cargos por escolha popular? O que dá aos “juízes constitucionais” o direito de terem a palavra decisiva em temas tão importantes, podendo até mesmo invalidar as escolhas políticas tomadas pelos demais poderes? O que faz com que a vontade de uns poucos seres “iluminados” tenha mais força do que a vontade dos parlamentares ou dos governantes eleitos pelo povo ou até mesmo do próprio povo? Qual deve ser o papel da jurisdição constitucional em um estado de direito que leva a sério a democracia e o princípio de autolegislação que a fundamenta?

A discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição tem sido um tema central na filosofia política contemporânea e é, de fato, um

70 “...in spelling out the meaning of vague constitutional phrases, justices must indeed look beyond the Constitution” (TRIBE; DORF, 1991, p. 69).

71 Ver Bruce Ackerman (1996).

72 O fato de se exigir dos julgadores um maior dever de consistência e coerência argumentativa não significa, obviamente, defender que houve necessariamente uma melhora no nível dos debates forenses. Uma das críticas a serem desenvolvidas ao longo deste trabalho refere-se precisamente à baixa carga argumentativa de determinadas decisões envolvendo direitos fundamentais (Capítulo 4).

73 A palavra *legitimidade* está sendo utilizada aqui para se referir ao grau de respeito, confiança, aceitação e aprovação que a sociedade sente em relação ao exercício do poder heterônomo.

tema instigante e, ao mesmo tempo, constrangedor, pois coloca em xeque o próprio fundamento da democracia ou, pelo menos, do princípio majoritário que lhe dá suporte, bem como da própria concepção clássica da separação de poderes, desenvolvida pelos pensadores iluministas, que, há mais de trezentos anos, tem sido a base do chamado “Estado Democrático de Direito”. Em função disso, seria uma escolha óbvia analisar o problema da legitimidade decisória dos tribunais. Porém, este não será o foco central da dissertação propriamente dita, embora seja uma questão prejudicial da proposta a ser desenvolvida, conforme se verá. O problema nuclear que será enfrentado refere-se mais aos aspectos metodológicos da jurisdição.

Quando se diz que o interesse central da obra é aprofundar a discussão acadêmica em problemas relacionados ao método jurídico, isso significa que a principal pretensão de todo o esforço intelectual visa aprimorar a prestação jurisdicional, voltada, obviamente, à realização concreta do direito, elaborando material cognitivo que possa permitir um avanço ético-jurídico (substancial) das decisões judiciais.

Apesar disso, é óbvio que os problemas metodológicos voltados ao aprimoramento qualitativo dos julgamentos também estão impregnados de questões políticas, ideológicas e axiológicas, de modo que, necessariamente, quando se assume o compromisso de tratar da jurisdição e dos métodos de julgamento envolvendo direitos fundamentais, não se pode deixar de tratar, com transparência, das questões epistemológicas, ideológicas, deontológicas etc. a ela subjacentes.

Embora o problema da legitimidade dos órgãos de jurisdição constitucional seja uma questão básica de qualquer trabalho que ouse avaliar o papel do Judiciário, não constituirá o objetivo central da dissertação desenvolver argumentos a favor de um determinado modelo institucional, a não ser de forma indireta e tão somente naquelas situações em que a resposta oferecida pelos juízes constitucionais tenha sido compatível com o que penso que deva ser a função da jurisdição constitucional envolvendo direitos fundamentais. A proposta não procura fornecer razões para justificar as práticas judiciais atualmente existentes, até porque o exercício real da jurisdição constitucional em favor dos direitos fundamentais, pelo

menos no Brasil, está longe de atingir um grau razoável de legitimidade e, em muitos aspectos, está transbordando a estrita função jurisdicional.

O ponto de partida da tese a ser desenvolvida baseia-se na ideia de que a jurisdição não é um poder legítimo *de per se*. Essa legitimidade é uma meta a se alcançar caso a caso, decisão por decisão, num contínuo processo necessariamente atrelado aos resultados ético-jurídicos que produz. Em certo sentido, pode-se até assumir uma atitude de desconfiança em relação ao exercício da jurisdição, pois sua feição parece ser tão antide-mocrática, tão aristocrática, tão elitista, tão presunçosa, que dificilmente seria possível sustentar a sua legitimidade com base apenas em fatores procedimentais apriorísticos. Por mais que se reconheça que o nível da argumentação jurídica é mais sofisticado do que o nível da argumentação no ambiente político-eleitoral, por mais que se admita que o grau de imparcialidade alcançado por um terceiro julgador é maior do que o grau de imparcialidade alcançado por pessoas politicamente engajadas em uma determinada causa, por mais que se diga que o contraditório possibilita uma participação mais direta das pessoas afetadas pela decisão na formação da vontade institucional e que uma decisão concreta pode gerar uma solução “sob medida” mais adequada ao conflito particular, não há dúvida de que se trata de um modelo onde poucos decidem por muitos. Portanto, a base de legitimidade da jurisdição precisa necessariamente estar vinculada ao resultado alcançado e às razões ético-jurídicas que motivaram o juízo decisório.

Uma análise realista dos resultados produzidos pela jurisdição constitucional no Brasil (e talvez em diversas outras partes do mundo) demonstra uma grande ambivalência no papel desempenhado pelas cortes constitucionais. É possível detectar várias decisões que nitidamente promovem valores emancipatórios (de liberdade, de igualdade, de solidariedade, de dignidade, de limitação do poder, de expansão do círculo ético e das capacidades, de inclusão, de valorização das virtudes e da lealdade etc.), mas também é possível encontrar diversas decisões que neutralizam conquistas sociais, discriminando grupos desfavorecidos ou contribuindo para a estabilização de iniquidades. Portanto, não é possível generalizar posições a respeito da legitimidade de instituições oficiais, pois a aferição dessa legitimidade opera-se em graus e não na base do *tudo ou nada*.

A questão não se traduz, portanto, em uma simples disputa entre o sistema de legislação (Parlamento) e o sistema de jurisdição (Judiciário), nem entre a lei e a Constituição, nem entre a democracia e os direitos fundamentais, pois há muito mais em jogo além de instituições e conceitos abstratos. Tanto o Legislativo quanto o Judiciário são poderes heterônomos que podem errar e têm errado com uma impressionante frequência histórica. Quem reivindica uma autoridade tão relevante sobre a vida de outras pessoas, ao ponto de querer impor-lhes regras obrigatórias de conduta, não pode assumir uma postura de infalibilidade. Pelo contrário. Precisa, a toda hora, oferecer razões para justificar a sua autoridade e estar disposto a avaliar e rever suas práticas consolidadas para adequá-las a um padrão axiológico comprometido com o respeito à pessoa. Por isso, tão importante quanto perguntar “quem tem legitimidade para decidir” é perguntar “qual o conteúdo decisório que merece ser reconhecido como válido”.

Por esse motivo, a minha preocupação principal é descobrir que razões justificam tamanha autoridade. Mais especificamente, pretendo investigar como a jurisdição em favor dos direitos fundamentais pode ser exercida de forma mais legítima. Para tanto, existem pelo menos dois caminhos possíveis: (a) ou se tenta desenvolver condições (estruturais) para que ela possa funcionar melhor (de forma mais transparente e democrática), propondo mudanças na sua composição, nos seus mecanismos de controle, no processo decisório etc.; (b) ou se tenta criar critérios constitutivos (materiais) para que ela possa produzir resultados socialmente benéficos, estabelecendo diretrizes axiológicas (heurísticas) para se chegar a soluções que reafirmem a autêntica vocação ética do direito⁷⁴.

Mesmo sabendo que esses dois caminhos são interconectados, o que me proponho a fazer é seguir a segunda trilha, ou seja, pretendo desenvolver uma proposta capaz de não só avaliar o fenômeno da judicialização da ética, mas também de orientar a atividade jurisdicional⁷⁵. A construção

74 Nesse sentido: CASTANHEIRA NEVES, 1998a.

75 Não se pode deixar de reconhecer que o aprimoramento substancial da prestação jurisdicional pressupõe também uma melhora qualitativa da argumentação jurídica, da estrutura organizacional, inclusive recursos humanos, e dos procedimentos necessários à participação dos envolvidos, a fim de que captar com mais precisão a própria ideia de respeito à pessoa. Há também a necessidade de buscar um aprimoramento de caráter e virtudes dos agentes responsáveis pelo funcionamento do sistema de solução de conflitos, estabelecer critérios menos arbitrários

de um procedimento que permita uma ampla participação dos afetados nas diversas fases decisórias, com o maior número de informações relevantes para um bom julgamento, é necessária, mas não é suficiente para se alcançar essa legitimidade, que deve ser medida não apenas pela mera observância de um procedimento formal, por mais engenhoso que seja esse procedimento, mas sobretudo pelo seu conteúdo, dentro de uma visão que designo por *transformação da ética em direito*, ponto nuclear da tese a ser defendida.

1.4 Transformar ética em direito: em defesa de uma perspectiva jurídica eticamente comprometida

A expressão *transformar ética em direito*, sem dúvida, é ambígua e somente mereceria ser usada depois de devidamente explicada para não se tornar mais um chavão vazio entre tantos outros que costumam recheiar os discursos jurídicos, políticos e morais. Mesmo sabendo que há um sério risco de tal expressão ser mal-entendida e usada de forma distorcida, sinto uma necessidade de adotá-la e desenvolvê-la no corpo desta dissertação, pois ela traduz um sentimento que orienta e inspira toda a concepção aqui defendida. Por transformação da ética em direito, desejo designar um movimento – tanto teórico quanto retórico – de *eticização* do discurso jurídico. Pode-se falar, num tom mais crítico, em “contaminação” do discurso jurídico pela ética. Mas também é possível invocar, com um tom já mais otimista (que será, em sua maior parte, o tom deste trabalho), o reconhecimento de uma forte conexão entre a ética e o direito, a exigir dos juristas uma constante preocupação com as implicações éticas de sua atividade. Tal conexão entre a ética e o direito, conforme se verá, não se restringe à chamada justiça formal ou moralidade interna do direito, mas envolve também uma dimensão substancial, ligada aos direitos fundamentais e a todos os valores relacionados à dignidade num sentido expansivo, aberto e abrangente.

de julgamento e assim por diante. Ou seja, há uma série de fatores estruturais, procedimentais, argumentativos, organizacionais que são necessários à justa realização do direito. A opção de seguir, portanto, pela segunda trilha (desenvolver critérios constitutivos visando a produção de decisões eticamente fundadas), não significa abrir mão de todos os fatores que também podem contribuir para o mesmo fim.

Portanto, transformar ética em direito, na concepção a ser desenvolvida, nada mais é do que reconhecer que a atividade jurisdicional está impregnada de valores, e que a tarefa responsável dos juristas é tentar fazer com que o direito cumpra a sua necessária intenção ética de respeito máximo à pessoa, sem a qual o poder judicial se torna um mero instrumento do arbítrio. Isso significa, em termos práticos, que os critérios de justificação para as decisões judiciais deverão ser selecionados e desenvolvidos pelos julgadores muito mais pelo seu fundamento axiológico do que pela sua formal positividade ou por outros critérios técnico-instrumentais que não respeitem a dignidade dos sujeitos éticos atingidos pelo julgado.

Pode-se dizer que esse é um sentido fraco da ideia de transformar ética em direito, pois, atualmente, muitos valores estão objetivados normativamente nas declarações de direitos fundamentais e isso certamente obriga que o intérprete faça considerações, juízos e escolhas de valor para obter o sentido dessas normas⁷⁶. Esse sentido fraco da expressão transformar ética em direito, creio eu, não constitui qualquer novidade no debate jurídico contemporâneo, pois poucos são capazes de negar que as normas jurídicas (positivas) podem ter algum tipo de correlação com os valores humanitários. Tal concepção aproxima-se daquilo que tem sido designado de positivismo legal inclusivo (“*inclusive legal positivism*”), que é uma tentativa de descrever e explicar a estrutura e o funcionamento dos atuais sistemas jurídicos que atribuem aos direitos fundamentais, de forma expressa, o papel de parâmetros materiais para o controle da validade das leis, permitindo que, por meio deles, a moral política faça parte do processo de determinação do conteúdo e da validade das normas jurídicas⁷⁷.

Porém, na proposta a ser defendida, os princípios ético-jurídicos não se esgotam nas declarações oficiais, nem dependem de um formal reconhecimento do estado para servirem como fundamento das decisões judiciais. Aliás, em algumas situações, não precisam depender nem mes-

76 Esse sentido fraco da expressão *transformar ética em direito* pode ser melhor captado com a sua tradução para o inglês, o que resultaria em algo como “*from ethics to rights*” ou “*from morality to law*”. Michael Perry, por exemplo, usa a expressão “*from morality to constitutional law*” para se referir ao processo de juridicização dos direitos humanos (*human rights*), desde que estes passaram a ser incorporados, de forma quase unânime, em várias constituições de diversas democracias contemporâneas (PERRY, 2009, especialmente capítulo 1, p. 9/34).

77 Tal concepção será explicada mais detalhadamente no Capítulo 3. Por todos: WALUCHOW, 1996.

mo da vontade ou do reconhecimento daqueles que controlam o sistema judicial, pois a sua validade transcende a autoridade. Isso significa que a decisão correta em conflitos ético-jurídicos de alta complexidade envolve um juízo valorativo que vai muito além dos estreitos limites da legislação ou dos precedentes, até porque a própria legislação e os precedentes podem ser confrontados com alguns princípios fundantes da juridicidade-eticidade, que também integram o sentido do direito. Dito de modo mais enfático: é preciso submeter os critérios legislativos e jurisprudenciais a uma constante reflexão crítica, cabendo ao jurista, como parte integrante de sua atividade, buscar nos princípios ético-jurídicos o fundamento do juízo decisório. Esses princípios ético-jurídicos não são apenas aqueles que são institucionalizados por autoridades oficiais (legisladores, juízes, governantes etc.), mas também e sobretudo os que se desenvolvem na consciência comunitária a partir de experiências judicativas constantemente vivenciadas.

Por conta disso, a ideia de transformar ética em direito também possui um sentido forte, que pressupõe uma intensa sinergia entre a ética e o direito, a afetar diretamente a compreensão do sistema jurídico e do sentido do direito. Tal sinergia exige que o sistema jurídico seja tratado como um sistema aberto, e essa abertura deve ser expansiva num sentido ético, seja para incluir novos sujeitos nesse sistema de proteção, seja para ampliar o conteúdo material dessa proteção.

A transformação da ética em direito orientado pela expansão do círculo ético pretende ser, conforme se verá, um projeto compreensivo e plural, que tenta acolher as mais variadas concepções de vida dentro de um mesmo território e dentro de um mesmo conjunto de normas⁷⁸. Não se trata, portanto, de impor, por meios coercitivos, uma única diretriz comportamental e forçar que todos sigam um código moral uni-

78 A ideia de um *overlapping consensus*, tal como desenvolvida por John Rawls, precisa ser incorporada a esse modelo de transformação da ética em direito, o que será discutido no Capítulo 2. Um dos grandes desafios da contemporaneidade é precisamente desenvolver um sistema de proteção jurídica que seja capaz de possibilitar a convivência harmoniosa entre uma pluralidade de concepção de vida boa nem sempre compatíveis entre si. Assim, o *overlapping consensus* surgiria como uma tentativa de formular uma concepção política de justiça para um regime democrático constitucional que uma pluralidade de doutrinas razoáveis, tanto religiosas quanto não religiosas, possa subscrever de forma livre. Sobre isso: RAWLS, 1993, p. 133/172, especialmente a Conferência IV – *The Idea of an Overlapping Consensus*.

forme, mas criar as condições para que pessoas com visões de mundo particulares e diferentes possam conviver harmoniosamente num mesmo espaço, respeitando ao máximo sua autonomia e promovendo as potencialidades de cada pessoa. Dito de outro modo: transformar ética em direito não é transformar a moral em prescrições legislativa ou em decisões judiciais. Transformar ética em direito é permitir que as diversas concepções morais presentes na sociedade plural possam conviver sob o mesmo sistema de proteção jurídica. Obtém-se isso valorizando a autonomia e as capacidades éticas das pessoas, o que vai exigir por parte do estado não só um dever negativo (de não interferência na esfera privada), mas também um dever positivo de agir para suprir as privações involuntárias das capacidades individuais.

Essa proposta de transformar ética em direito, nos moldes acima sintetizados, pode servir, inclusive, como parâmetro para aferir a legitimidade do exercício do poder jurisdicional. Tanto mais será legítima a jurisdição quanto mais essa atividade contribuir para a expansão do círculo ético e para o alargamento do conceito de respeito ao outro (respeito à pessoa), o que será devidamente explicado ao longo desta dissertação, especialmente na parte final. Essa dimensão ética incorporada ao pensamento jurídico funcionará como um princípio heurístico para a atividade do jurista, tanto positiva quanto negativamente. Vale dizer: a dimensão ética do direito indicará ao jurista o que ele pode e deve fazer (heurística positiva) como também apontará os caminhos que o jurista deve evitar para não violar o núcleo essencial da juridicidade/eticidade (heurística negativa).

Para que essa proposta se torne viável, é essencial estimular uma perspectiva compreensiva dentro do próprio pensamento jurídico, a fim de que os juristas passem a ter uma visão mais plural e acolhedora, renunciando à tentação de agir como pedagogos morais a imporem seus próprios valores aos demais indivíduos. O juiz, em particular, tem um papel extremamente importante a desempenhar nesse processo de transformação da ética em direito, mas, para isso, precisa ter consciência de que a sua tarefa não deve ser a de mero fantoche do poder, mas a de uma pessoa responsável pela ampliação da justiça e pela remoção das injustiças, dentro de seus limites funcionais.

A solução a ser desenvolvida pretende ter um âmbito de aplicação restrito, servindo tão somente como uma baliza, sem qualquer pretensão de se transformar em verdade absoluta ou mesmo universal, pois nenhuma proposta ética ou jurídica deve ter a pretensão de definitividade. Quando existem desacordos morais profundos, a humildade intelectual deve ser a principal virtude, já que as autoproclamadas verdades morais sempre foram a porta de entrada da intolerância. Por esse motivo, qualquer proposta ético-jurídica tem que se assumir falível, refutável, historicamente situada e em constante evolução.

É preciso, portanto, desde logo adiantar que não se pretende defender um insustentável determinismo histórico em que a expansão do círculo ético necessariamente ocorrerá e que, por isso, devemos, como agentes responsáveis pela transformação do mundo, impô-la até mesmo com o uso da violência ou mesmo por meios heterônomos. Além de ser contraditório, já que a ética pressupõe um convencimento espontâneo e autônomo de seres racionais, esse determinismo ético, com vistas ao futuro, certamente seria, em grande medida, fantasioso, já que não temos uma bola de cristal para prever o que vai acontecer e, portanto, não podemos saber quais são os fatores contingenciais que influenciarão nossas escolhas e ações daqui para frente. A ideia de expansão do círculo ético, antes de ser uma proposta de solução, deve ser encarada como um projeto, uma intenção, uma atitude, uma perspectiva, uma visão de mundo, cuja utilidade maior é nos permitir avaliar se as nossas escolhas éticas estão evoluindo na direção correta e reforçar a ideia de que a eliminação das injustiças do mundo é uma tarefa nunca concluída. Os juristas, enquanto membros qualificados do processo de realização do direito, devem ocupar um papel central nesse processo de transformação da ética em direito, mas não devem atuar como se fossem meros reprodutores de uma consciência ética geral limitada, reforçando práticas e tradições fundadas em valores excludentes e intolerantes. O jurista cumprirá sua missão se sua atividade contribuir para a expansão do círculo ético, através da formulação de juízos crítico-reflexivos capazes de ampliar o sentido objetivo e subjetivo da ideia de respeito à pessoa. Essa transformação ética através do direito – e do direito através da ética – não deve fundar-se na coação (ou na ameaça de sanção) que costuma estar vinculada às instituições jurídicas, mas na

argumentação e no diálogo construtivo e participativo com toda a comunidade, dentro de um processo de legitimação que pode ser designado por consentimento ético-jurídico, a ser desenvolvido no Capítulo 2.

1.5 Alguns esclarecimentos necessários

O presente trabalho, como se nota, adota muitos conceitos que se inserem na definição de conceitos interpretativos (*“interpretive concepts”*), tal como sugerido por Ronald Dworkin (2011, p. 160 e ss.; 2012, p. 169 e ss.). Segundo Dworkin, alguns conceitos são *“criterial concepts”* no sentido de que seu significado é estabelecido pela definição de critérios ou propriedades que fornecem um teste decisivo para determinar se algo faz parte ou não do conceito. Por exemplo, os conceitos de triângulo, banco ou livro são exemplos de conceitos *“criterial concepts”*, tendo em vista que é possível estabelecer se um objeto particular é um triângulo analisando se, efetivamente, ele possui as propriedades geométricas de um triângulo. Os desacordos envolvendo a aplicação desses conceitos geralmente são resolvidos com a demonstração de que o objeto particular possui os critérios necessários para ser incluído no conceito. Quando duas pessoas usam a mesma palavra para se referir a objetos diferentes, não estão realmente a discordar, pois a discordância é meramente semântica e facilmente resolvida com um esclarecimento sobre o uso do conceito *“criterial”*. Dworkin usa a palavra *“banco”* para demonstrar que eventuais discordâncias sobre o que é um banco podem ser meramente aparentes. É provável que um marceneiro diga: *“banco é uma mobília construída para que as pessoas possam sentar”*. Um economista, por sua vez, poderia dizer: *“banco é uma instituição financeira que aceita depósitos e concede empréstimos”*. Numa discussão assim, não há uma divergência substancial. O que há é uma confusão terminológica que é facilmente resolvida com a aceitação, por ambas as partes, de que a palavra *“banco”* pode ter mais de um significado, ou seja, pode ser usada para se referir a mais de uma *“coisa”*. Quando o uso é esclarecido, o desacordo desaparece.

Por outro lado, os conceitos interpretativos são de natureza diversa, pois identificam um valor ou desvalor e podem gerar genuínas desaven-

ças de fundo, pois as pessoas geralmente divergem sobre o caráter exato dos valores. Os conceitos como o de justiça, verdade, moral, ética, direito, bondade, honestidade, dignidade etc. são conceitos interpretativos nesse sentido. Quando se pede para duas pessoas fornecerem exemplos de situações justas ou injustas poderá haver divergências sobre que casos paradigmáticos podem ser incluídos no conceito, pois talvez essas pessoas não tenham a mesma visão sobre o que é a justiça. Somente haverá uma plena convergência quando os mesmos valores (melhor dizendo: as mesmas práticas envolvendo tais conceitos interpretativos) são compartilhados pelos interlocutores. Segundo Dworkin, a justificação de conceitos interpretativos como o da justiça exige que coloquemos as práticas e os paradigmas desse conceito em uma rede mais extensa de outros valores que possam sustentar a concepção como um todo, de modo que nunca é possível compreender um conceito interpretativo de forma isolada, a partir de uma definição simples. Todo conceito interpretativo faz parte de um quadro mais abrangente, ou seja, somente podemos ter uma noção mais precisa do seu significado quando esse quadro mais abrangente é apresentado em sua globalidade⁷⁹.

Tomando como base essa noção de conceito interpretativo, pode-se dizer que a proposta de transformação da ética em direito orientada pela expansão do círculo ético somente será compreendida integralmente após apresentarmos um painel mais detalhado do que pretendemos expressar, sobretudo fornecendo exemplos das implicações dessa proposta. Isso será feito ao longo de todo o trabalho, culminando com o Capítulo 5.

De qualquer modo, alguns conceitos interpretativos aqui usados precisam ser definidos desde já, a fim de evitar confusão desnecessária. Afinal, o caminho do diálogo produtivo deve começar por uma tentativa de esclarecer o significado das palavras a fim de possibilitar o mútuo entendimento, pois um mínimo de acordo sobre a linguagem é necessário para que se chegue a algum lugar. Esclareça-se que o objetivo dessa tentativa de definição não é essencializar ou entificar tais palavras, amarrando-as em esquemas terminológicos rígidos, pois parte-se do princípio de

79 Esse tema será retomado no Capítulo 3, quando se analisará as diversas propostas envolvendo o conceito de *direito*.

que as palavras são símbolos culturais convencionalmente estabelecidos para possibilitar o mútuo entendimento e, nessa qualidade, estão sempre vinculadas a um contexto histórico-cultural que pode variar conforme as convenções linguísticas. Dito de outro modo: o uso das palavras não pode ser classificado como certo ou errado, verdadeiro ou falso, pois o fundamental, numa comunicação, é saber se a pessoa a quem foi dirigida a palavra compreendeu o que o outro interlocutor pretende expressar. Daí porque, para evitar incompreensões meramente semânticas, é necessário indicar em qual sentido as palavras (sobretudo as palavras ambíguas) estão sendo usadas. Em especial, é preciso, desde já, esclarecer o uso das palavras ética e moral, até porque, nesse campo, reina uma verdadeira confusão babilônica da linguagem.

A palavra moral será usada para se referir ao conjunto de convicções que uma pessoa tenha acerca do certo e do errado ou de vida boa. Essas convicções geralmente são expressas sob a forma de mandamentos categóricos (não mentir, cumprir as promessas, trabalhar com honestidade e empenho, não roubar, cultivar amizades, evitar a promiscuidade, fortalecer a família, louvar a Deus etc.) e são assumidos conscientemente como constrangimentos internos por parte daquele que os assumem como verdadeiros, abrangendo deveres para com os outros e para consigo próprio. O fato de serem convicções internalizadas na consciência individual não afasta a sua possível origem social, já que o ser humano, como membro de uma comunidade, é influenciado pelas diversas concepções morais compartilhadas pelo grupo e internaliza os valores da comunidade como se fossem seus.

A moral é uma parte integrante da formação do caráter do indivíduo, razão pela qual tem uma feição personalíssima, forjada que é pela educação, pela doutrinação, pela cultura, pela religião, pelas tradições, pelas experiências de vida, pelas influências do ambiente, pela reflexão e assim por diante. Numa sociedade complexa, a moralidade dos indivíduos não é uniforme, mas plural, razão pela qual surgem, com frequência, conflitos morais de difícil solução prática, pois raramente as pessoas estão dispostas a abrir mão de suas convicções mais fortes. Nesse sentido, há um profícuo debate acerca do papel do direito no processo de institucionalização da moral. Conforme se verá ao longo deste estudo, alguns autores defen-

dem que o estado, por meio do sistema de coerção próprio do direito, deveria servir de instrumento para forçar os indivíduos a seguirem a moral dominante. Por outro lado, há aqueles que defendem o contrário, ou seja, que o papel do estado não é uniformizar a moral, mas garantir a harmonia na pluralidade. A presente proposta adere a esse segundo grupo.

A palavra *ética*, por sua vez, será usada em três contextos distintos. Em primeiro lugar, será usada para se referir às questões normativas que nascem de conflitos morais fortes, tais como aqueles exemplificados no início deste trabalho (daí a expressão judicialização da ética). Em segundo lugar, em outro contexto, a Ética (já aqui com letra maiúscula) poderá ser usada para se referir à disciplina filosófica responsável pela sistematização das teorias morais e éticas⁸⁰. Finalmente, em seu sentido principal, a palavra ética será adotada para se referir aos princípios relacionados ao respeito ao outro, dentro de convivência intersubjetiva (daí a expressão transformar ética em direito). Esses princípios relacionados ao respeito ao outro geralmente são constituídos a partir de um contexto problemático envolvendo conflitos morais concretos e, por isso, podem ser considerados como mandamentos que se sobrepõem aos mandamentos de ordem moral⁸¹. Assim, a ética envolve princípios que decorrem tanto

80 Em um sentido fraco, a expressão *transformar ética em direito* também pode se referir à pretensão de aproveitar o conhecimento produzido pela Ética para orientar a solução de problemas jurídicos. Porém, a ética que se deseja transformar em direito não é meramente a ética acadêmica, produzida por um estrito círculo de especialistas, mas uma ética mais plural e compreensiva, englobando até mesmo o conhecimento não acadêmico, conforme se verá no Capítulo 5. De qualquer modo, não se pode deixar de reconhecer a relevante contribuição dos filósofos morais para a formação da teoria ética que, de algum modo, orienta o presente trabalho.

81 Para perceber com mais clareza a distinção entre esses conceitos, pode-se elaborar alguns exemplos que demonstram que nem sempre há, necessariamente, uma coincidência entre a concepção moral e a concepção ética. Uma pessoa pode entender que a prática de relações homossexuais é *moralmente errada*, seja porque viola alguma lei superior (os textos sagrados, por exemplo), seja porque viola a natureza humana. Por isso, *por uma questão moral*, essa pessoa jamais manterá relações sexuais com pessoas do mesmo sexo. Apesar disso, já *num nível de reflexão ética*, essa pessoa pode se convencer de que os homossexuais devem ser tratados com dignidade, não podendo ser discriminados, nem perseguidos. Para essa pessoa, o estado não teria o direito de punir a homossexualidade, nem mesmo de interferir nas escolhas individuais quando realizadas por adultos capazes. Do mesmo modo, seria possível imaginar uma pessoa que acredite na sacralidade da vida humana e que, *por razões morais*, jamais seria capaz de praticar um ato como a eutanásia, por mais que a sua situação fosse de intenso e irreversível sofrimento. Porém, essa pessoa, *no âmbito de sua compreensão ética*, pode chegar à conclusão de que o respeito ao outro significa valorizar a capacidade do outro de decidir por conta própria esse tipo de questão, razão pela qual o estado, em casos assim, não deveria ter o direito de interferir na liberdade pessoal. Nesses dois exemplos, a pessoa não está sacrificando a sua concepção moral em nome de sua

dos amplos consensos morais presentes na sociedade quanto do reconhecimento de que as divergências de fundo entre as pessoas nem sempre devem ser resolvidas com base na força. Por isso, o principal desafio para a reflexão ética é tentar estabelecer princípios de respeito mútuo que possam possibilitar a convivência na pluralidade e na diversidade, sem eliminar o pensamento divergente apenas porque desagrada à maioria. Obviamente, quando os princípios de respeito ao outro são internalizados na consciência individual, eles próprios se tornam convicções morais, de modo que nada impede – aliás, recomenda-se – que ocorra uma integração entre a ética e a moral⁸².

A transformação da ética em direito, na proposta aqui desenvolvida, envolve a defesa de uma intensa sinergia entre o direito e a ética, a ser explicada com mais profundidade no Capítulo 5⁸³. Essa sinergia, embora fundamental para a realização da justiça, provoca algumas dificuldades de compreensão do fenômeno como um todo, tendo em vista que, embora interconectados, o direito e a ética integram sistemas normativos pretensamente autônomos entre si, alicerçados em valores e objetivos que podem se sobrepor, mas não se confundem.

concepção ética, já que ela jamais deixará de agir conforme a sua visão moral do mundo. O que ela faz é reconhecer que, por uma questão de respeito ao outro, nenhuma pessoa (nem mesmo o estado) tem o direito de impor suas próprias convicções quando há um choque entre concepções morais razoáveis, aqui entendidas aquelas que não são mutuamente destrutivas.

82 Essa integração da ética e da moral constitui o núcleo duro da tese desenvolvida por Ronald Dworkin em seu último livro, “Justice for Hedgehogs”, conforme se verá no Capítulo 5. Aliás, Dworkin reconhece que o próprio direito poderia ser considerado como um ramo da moralidade política que, por sua vez, seria um ramo de uma moralidade pessoal mais geral, que seria um ramo de uma teoria ainda mais geral daquilo que consiste em viver bem. Nessa ótica, os deveres decorrentes do amor próprio que está na base das convicções morais pessoais levariam as pessoas a levarem em conta os deveres morais para com os outros, não havendo que se falar, assim, em uma verdadeira pluralidade de valores. Em outras palavras, a integração da ética e da moral levaria à *unidade dos valores*, o que não deve ser confundido com uniformidade de crenças. É preciso esclarecer que Dworkin, no referido livro, usa as palavras *ética* e *moral* num sentido particular, como ele próprio reconhece, o que talvez gere uma confusão com o uso dessas mesmas palavras aqui neste trabalho. Na obra de Dworkin, a moral é usada para se referir aos deveres para com os outros. A ética, por sua vez, é usada para se referir a como nós próprios devemos viver (DWORKIN, 2011, p. 191 – também consultado na versão portuguesa: DWORKIN, 2012, p. 199).

83 A sinergia, tomando emprestada a definição adotada na teoria dos sistemas, significa uma mútua interação entre dois elementos pertencentes a sistemas distintos, de modo que o resultado dessa combinação resulte em algo maior do que a soma dos resultados que esses elementos teriam separadamente.

As conexões e desconexões entre a ética e o direito têm sido, há muito tempo, uma das principais causas dos desacordos no âmbito da filosofia do direito, gerando discussões infundáveis sobre o próprio conceito de direito. Algumas dessas discussões, conforme se verá, muitas vezes, não passam de *uma guerra de rótulos*. Apesar disso, nenhum trabalho que pretenda investigar a relação entre a ética e o direito pode deixar de entrar no debate, o que será feito no Capítulo 3, com a defesa de uma proposta de um *pacto semântico* em torno do conceito de direito, e no Capítulo 5, onde serão analisadas as principais conexões e desconexões entre o direito e a ética.

1.6 Etapas a percorrer (esquema geral da investigação)

O presente trabalho está dividido em cinco partes, incluída esta apresentação, todas elas interconectadas e com o mesmo núcleo temático.

Nesta introdução, o problema-central que motivou o estudo – a judicialização da ética e as questões centrais envolvendo as interconexões entre o direito, a ética e a moral – foi apresentado. Presumo ter ficado claro que pretendo explorar as dificuldades que decorrem da adoção de um modelo institucional que transfere aos órgãos judiciais a tarefa de “dar a última palavra” em questões envolvendo direitos fundamentais com uma elevada carga valorativa⁸⁴. Mais especificamente, serão discutidas as implicações teóricas e práticas de se atribuir ao Judiciário a responsabilidade de decidir questões que envolvem conflitos morais de alta complexidade, tais como àquelas relacionadas ao direito à vida (aborto, eutanásia, pesquisas com célula-tronco etc.), à igualdade e proibição de discriminação (direitos dos homossexuais, das mulheres, dos estrangeiros, das minorias de um modo geral etc.), à liberdade e proteção da autonomia privada e assim por diante.

84 Usarei a expressão “última palavra” algumas vezes ao longo do texto, mas sempre em um sentido crítico, pois um dos pontos nucleares da presente tese é que não existe última palavra em matéria de ética ou de direito. O projeto ético-jurídico é sempre expansivo, numa contínua e inacabada abertura. Além disso, como sugeriu Dworkin, “embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa” (DWORKIN, 2001, p. 171).

Em seguida, entrarei no campo da filosofia política para sugerir uma hipótese de trabalho: o consentimento ético-jurídico como fundamento do poder legítimo⁸⁵. Neste ponto, analisarei algumas teorias clássicas acerca da legitimidade do poder, tentando demonstrar que houve uma clara mudança na compreensão da separação de poderes e, conseqüentemente, na própria ideia de Estado Democrático de Direito. Essa mudança envolve uma parcial substituição do consentimento político pelo consentimento ético-jurídico como justificativa para o exercício do poder legítimo. Isso significa, adiantando a ideia a ser desenvolvida, que a representação parlamentar, junto com o princípio majoritário a ela subjacente, perdeu parte de sua força em decorrência da exaltação de determinados princípios de justiça que, por serem reconhecidos como fundamentais, foram colocados acima do jogo político, funcionando como limites materiais ao poder de deliberação legislativa.

No capítulo seguinte (Capítulo 3), serão enfrentados os problemas de método jurídico que surgem por força da inclusão dos princípios e dos direitos fundamentais no mundo prático do direito. Qual o método correto de solucionar uma controvérsia jurídica? O que fazer numa situação em que não há critérios precisos para julgar uma causa? Que atitude devemos tomar (enquanto juristas ou cidadãos) perante uma lei injusta? O que é uma lei injusta? Que fundamentos e critérios podem ser adotados (ou devem ser adotados) para justificar a solução dos problemas jurídicos reais? Como os princípios hão de interferir na realização do direito? Que tipo de conteúdo pode ser aceito como critério de juridicidade para a solução dos problemas jurídicos? Quem tem legitimidade para elaborar esses critérios de julgamento? A proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves será apresentada como ponto de apoio para o desenvolvimento do projeto de transformação da ética em direito orientado pela expansão do círculo ético-

85 A expressão “consentimento ético-jurídico” (ou simplesmente consentimento ético) será usada diversas vezes ao longo desta dissertação e, certamente, seu sentido será compreendido com mais precisão após o desenvolvimento das ideias. Adianto, porém, que o qualificativo “ético”, ao lado da palavra “consentimento”, não se refere à ética no seu sentido puro (a *pura ética* ou a *pura moralidade*), mas a uma concepção ética ligada à dimensão axiológica do direito que, por sua vez, está relacionada à proteção e ao respeito da dignidade. A rigor, trata-se de um consentimento ético através do direito, com todas as características estruturais e condições de possibilidade próprias do fenômeno jurídico, reforçada por uma ênfase em seus aspectos axiológicos e nos resultados concretos que decorrem da decisão judicial.

co. Tem-se plena consciência do caráter problemático dessa pretensão de convergência entre a ideia de transformação da ética em direito com o jurisprudencialismo, sobretudo porque o jurisprudencialismo defende uma autonomia do direito inclusive em relação à ética. Porém, não se pode abrir mão de toda a riqueza de conhecimento produzido pela escola jusfilosófica de Coimbra, que constitui um acervo extremamente abrangente e fértil para os fins aqui propostos. De qualquer modo, para evitar ruídos e mal-entendidos, os principais pontos de fricção, de tensão e de ruptura serão apresentados com transparência, sobretudo nos Capítulos 3 e 5.

A seguir (Capítulo 4), serão analisados os riscos de um modelo institucional que hipervaloriza a jurisdição e os perigos da incorporação de argumentos principiológicos no discurso jurídico. O tom será crítico. Afinal, quando discutimos sobre limites da jurisdição não podemos ser ingênuos, pois estamos falando de poder. Poder este que tem um conhecido efeito narcótico: quanto mais se tem, mais se quer. O abuso, com boas ou más intenções, é inevitável. Portanto, quando falamos de limites à jurisdição, temos que ser realistas e deixar de lado aquela visão romântica em torno das supostas virtudes intelectuais e morais dos julgadores para reconhecer que os juízes podem errar e, às vezes, podem errar de um modo particularmente odioso, como tentarei demonstrar.

Na parte final (Capítulo 5), serão elaborados alguns parâmetros materiais que possam servir como guia para orientar a solução dos problemas jurídicos em situações envolvendo questões éticas. A ideia da expansão do círculo ético será apresentada e desenvolvida a fim de destacar o caráter contínuo e inacabado de qualquer projeto ético-jurídico. Também serão formulados alguns exemplos para ilustrar a aplicação concreta de como pode funcionar, na prática, a ideia de expansão do círculo ético. A proposta visa, antes de mais nada, reforçar a importância do sujeito ético no processo de resolução de conflitos intersubjetivos. O sujeito ético, nessa proposta, não pode desonerar-se da responsabilidade de agir eticamente, nem pode esconder-se sob o manto protetor da coletividade para se eximir de tomar decisões intencionalmente justas dentro de sua esfera de poder. Isso vale especialmente para o juiz enquanto sujeito ético. A transformação da ética em direito é, portanto, uma proposta de valorização da pessoa e não do poder. As instituições são compreendidas,

nesse contexto, como instrumentos a serviço da dignidade. Isso significa, dentre outras coisas, que, em muitas questões envolvendo conflitos morais, cabe à pessoa – e não ao legislador, ao juiz ou a qualquer autoridade estatal – tomar a decisão (eticamente) correta, e o papel do direito, nesse modelo, será estabelecer um sistema de validade normativa intencionalmente justo que respeite e promova as capacidades éticas das pessoas envolvidas e seja capaz de alargar continuamente o próprio sentido de respeito à dignidade.

Uma leitura atenta de cada um desses tópicos provavelmente levará a um questionamento acerca da unidade do trabalho realizado. Tenho plena consciência de que a linha metodológica adotada ao longo da presente investigação acadêmica não é uniforme, como também não são uniformes as perspectivas adotadas. Isso pode ser explicado, em parte, pela autonomia relativa de cada problema abordado. Também pode ter explicação no amadurecimento intelectual durante o período em que a obra foi escrita, onde visivelmente o ponto de chegada foi cada vez mais se distanciando do ponto de partida, de modo que restou muito pouco daquela intenção original. Mas há um fator mais relevante: cada capítulo foca um problema específico de natureza diversa (filosófico-política, metodológico-jurídica, sociológica e ética, respectivamente). Em razão disso, a unidade do trabalho não deve ser buscada no tipo de abordagem, mas na intenção global da obra. E a intenção global da obra é uma só: demonstrar que a jurisdição, apesar de todos os riscos e problemas a ela inerentes, tem um importante papel a cumprir no processo comunitário de transformação da ética em direito, desde que principiologicamente guiada por um consciente e sincero projeto de expansão do círculo ético.

2 Do consentimento político ao consentimento ético-jurídico

If our world is to be a decent world in the future, we must acknowledge right now that we are citizens of one interdependent world, held together by mutual fellowship as well as the pursuit of mutual advantage, by compassion as well as by self-interest, by a love of human dignity in all people, even when there is nothing we have to gain from cooperating with them. Or rather, even when what we have to gain is the biggest thing of all: participation in a just and morally decent world – Martha Nussbaum, “Frontiers of Justice”

2.1 O fundamento do poder legítimo

No presente capítulo, será explorado o contexto teórico que influenciou a formação do modelo político contemporâneo, caracterizado pelo proclamado triunfo da jurisdição constitucional e dos direitos fundamentais. Será desenvolvida uma explicação possível para a mudança de paradigma que se operou na técnica de separação de poderes, mudança esta que possibilitou uma transferência de grande parcela do poder deliberativo do parlamento para os órgãos jurisdicionais.

A imensa aceitação da jurisdição constitucional em diversos países, inclusive com tradições bastante diferentes entre si, embora não deva ser vista como o “fim da história” dos modelos políticos, parece estar inserido em um movimento de consolidação de alguns arranjos institucionais básicos desenvolvidos ao longo dos últimos séculos

para limitar e avaliar o poder do estado⁸⁶. Na base disso, encontra-se uma concepção de direito e de justiça que enaltece os direitos fundamentais, colocando-os numa posição de supremacia formal e material diante dos poderes constituídos.

Toda essa discussão tem como pano de fundo o próprio fundamento do poder estatal e pode ser sintetizada nas seguintes perguntas fundamentais: o que justifica que alguns homens governem outros homens? O que faz com que alguns tenham a prerrogativa de criar normas de conduta a serem seguidas pelos demais? Por que temos que obedecer a ordens vindas de pessoas nem sempre tão virtuosas que sequer ajudamos a eleger? Como evitar que um poder tão relevante seja usado de forma arbitrária e opressiva? Quem deve decidir se o poder estatal merece nossa obediência? Com base em quais critérios? Essas perguntas estão no centro das questões mais básicas acerca da legitimidade do poder e, por tabela, afetam o mundo jurídico de modo intenso, inclusive a própria legitimidade da jurisdição, de modo que nenhuma teoria séria do direito pode deixar de enfrentá-las com consistência.

O debate, aliás, não é nada novo. Desde que assumiu a sua condição de sujeito dotado de dignidade, o ser humano tornou-se um questionador constante do poder estatal e jamais deixou de refletir sobre o mundo político que o cerca. O grito de Antígona, na obra de Sófocles, talvez seja um dos mais antigos capítulos literários desse fenômeno e

86 É inegável que a jurisdição constitucional é um modelo de sucesso bem consolidado, que tem sido cada vez mais aceito e adotado em várias partes do mundo. Até mesmo países que tradicionalmente eram contrários ao controle judicial de constitucionalidade das leis, como a França e a Inglaterra, estão se curvando às vantagens dessa técnica e aceitando que os juízes, em determinadas ocasiões, deixem de aplicar uma lei incompatível com as declarações de direitos. Aliás, a jurisdição constitucional avança até mesmo fora do eixo Europa-América do Norte, sendo implantada em países da América Latina, da Oceania, da África e até da Ásia (por exemplo: GINSBURG, 2003). Mas esse inegável sucesso prático não é um indicativo seguro de que se trata de um modelo acabado, indiscutível e imune a críticas. Pelo contrário. Uma das teses que orienta este trabalho propõe uma mudança do *paradigma da constitucionalidade* para um *paradigma da eticidade* (ou *da juridicidade*, já incorporando o sentido jurisprudencialista de *juridicidade*). Nesse novo paradigma a ser desenvolvido no capítulo final, os princípios ético-jurídicos que hão de fundamentar o direito deixam de ficar condicionados a uma contingente positivação constitucional ou dependentes de um formal reconhecimento pelas instâncias de poder que lhes devem obediência para ganharem uma autonomia constitutiva.

marca, pelo menos no campo simbólico da cultura ocidental⁸⁷, o início de uma atitude de desconfiança e rebeldia em relação ao poder arbitrário, lançando um aviso aos aspirantes a ditadores de que a mera força física não sustenta o poder político por muito tempo⁸⁸. Os filósofos gregos, posteriormente seguidos por seus herdeiros intelectuais antigos e modernos, também destinaram boa parte de seu talento para tentar compreender o que justifica o poder e, à luz das informações de que dispunham, buscaram desenvolver balizas teóricas para orientar a atividade dos governantes e fornecer ao povo elementos para avaliar e criticar as instituições. Democracia, igualdade, liberdade, justiça são alguns conceitos milenares que se frutificaram e amadureceram a partir desses debates e até hoje estão na base dos discursos filosóficos e políticos mais relevantes. Graças à luta política travada e fundamentada em nome desses conceitos, consolidou-se a crença de que o exercício do poder deve estar submetido a determinadas condições básicas de legitimação e todo aquele que reivindica alguma autoridade sobre outras pessoas precisa apresentar razões convincentes para justificar essa autoridade.

Seria uma tarefa hercúlea tentar desenhar um quadro abrangente e definitivo de toda história das ideias filosóficas que influenciaram a construção do mundo atual. Aliás, a mera análise da obra de alguns autores específicos já renderia material para diversas dissertações de doutora-

87 Não se quer com isso dizer, obviamente, que apenas o mundo ocidental foi influenciado por esse debate. Como bem demonstra Amartya Sen, o debate sobre a justiça, em civilizações orientais, é tão ou mais rico quanto o debate ocidental: SEN, 2009.

88 É interessante perceber, em *Antígona*, que há, pelo menos, dois debates relevantes sobre a legitimidade do poder. O primeiro debate é a famosa resposta de Antígona a Creonte, em que a protagonista justifica a desobediência deliberada à ordem oficial com base nas leis não escritas, mas imutáveis dos deuses, formulando um dos primeiros argumentos favoráveis a um parâmetro suprapositivo de legitimação do direito. O segundo diálogo foi travado entre Creonte e seu filho Hérmon, em que este critica a ordem do pai com base na força do povo, “os murmúrios obscuros que em silêncio se difundem”. Creonte, na sua arrogância, indaga ao filho: “e a cidade é que vai prescrever-me o que devo ordenar? É portanto a outro, e não a mim, que compete governar este país?”. Hérmon, por sua vez, retruca dizendo que “não há Estado algum que seja pertença de um só homem” e que, ao pensar como pensa, o pai deveria governar uma terra que fosse deserta. Trata-se, portanto, de uma clara defesa do princípio democrático como fator de legitimação (SÓFOCLES, 2008, p. 70 e 80/83). Esses dois debates podem servir para ilustrar, com a licença poética própria das tragédias gregas, os dois modelos de legitimação do poder que serão desenvolvidos neste capítulo. O posicionamento de Hérmon aproxima-se da ideia de *consentimento político* e a perspectiva de Antígona assemelha-se à noção de *consentimento ético*, ainda que impregnada de um misticismo incompatível com o pensamento contemporâneo.

mento. Para os propósitos deste trabalho, é suficiente analisar algumas teorias modernas e contemporâneas, especialmente aquelas que buscaram um fundamento racional para o poder do estado e incluíram a ideia de consentimento do governado no centro do debate.

Nesse ponto, mesmo correndo o risco de repetir ideias já bem conhecidas, de suprimir outras importantes e talvez até mesmo de ser acusado de superficialidade, é melhor não fugir do clássico, pois foi o pensamento clássico que mais moldou a feição atual daquilo que veio a ser conhecido como *Estado Democrático de Direito* e do *constitucionalismo* que o acompanhou. Por isso, a abordagem, numa primeira etapa, terá uma feição, de certo modo, tradicional, a fim de preparar o terreno para uma análise mais crítica no momento oportuno⁸⁹.

A hipótese que será desenvolvida como explicação possível para o prestígio da jurisdição constitucional tem como premissa básica a ideia de *consentimento*, própria dos modelos democráticos que reconhecem a soberania popular como fonte do poder estatal. Mas serão introduzidos dois qualificativos na ideia de consentimento que alteram substancialmente o significado dessa expressão. Para ser mais preciso, será apresentada a noção de consentimento político e de consentimento ético-jurídico (ou simplesmente consentimento ético) para ilustrar dois modelos possíveis de legitimação do poder. Defenderei que a adoção da jurisdição constitucional decorreu de uma mudança de paradigma sobre a definição dos fatores de legitimação do exercício do poder estatal que “avançou”⁹⁰ de uma proposta de consentimento político dado pelos governados pela via

89 O intuito original da investigação era aprofundar a pesquisa nas obras dos principais pensadores modernos e contemporâneos, a partir de Hobbes, passando por Locke, Rousseau, Kant, Hume, Schopenhauer, Rawls, Sen, Nussbaum, entre outros. Tal pretensão tornou-se demasiadamente árdua, pois se percebeu que a complexidade de cada pensador em particular demandaria um esforço de cognição sobrehumano e impossível de ser concluído em um prazo curto, especialmente por conta das divergências acadêmicas envolvendo a interpretação dos principais textos clássicos. Em razão disso, optou-se por analisar não o pensamento global de cada autor, mas alguns problemas relevantes para a construção da presente tese, bem como os principais argumentos desenvolvidos pontualmente por tais pensadores para a solução dos referidos problemas. Esses problemas incluem, por exemplo, a discussão sobre a justificação do estado (passagem do estado da natureza para o estado de direito), o consentimento como fator de legitimação do poder, o dever de obediência à autoridade, o majoritarismo, a representação política, entre outros.

90 As aspas justificam-se por dois motivos. Primeiro, a ideia de avanço em política é quase sempre relativa. O que para uns é avanço para outros pode ser retrocesso. Segundo, não se trata de uma transformação já consumada. A mudança de paradigma ainda está em movimento e não se

eleitoral para uma proposta de consentimento ético-jurídico, onde a proteção dos direitos fundamentais, como trunfos⁹¹ ou trincheira de proteção da pessoa, é confiada a órgãos jurisdicionais pretensamente imparciais e independentes. No modelo do consentimento político, a vontade da maioria dos cidadãos (ou da maioria dos representantes dos cidadãos), manifestada no voto, é o fator central para a definição dos critérios de solução dos conflitos sociais e morais. Já no modelo do consentimento ético-jurídico, admite-se que os órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional possam, eventualmente, tomar decisões contramajoritárias se isso for necessário para resguardar determinados valores que, pela sua importância fundamental, não podem ficar à disposição de maiorias eventuais, sobretudo aqueles valores relacionados ao respeito à pessoa. A validade do direito deixa de ser constituída politicamente em um procedimento eleitoral para buscar um fundamento intencionalmente comprometido com a proteção da dignidade humana, estabelecido por um processo judicativo imparcial, em que os interesses de todos são avaliados numa perspectiva de igual respeito e consideração. Ao fim e ao cabo, a qualidade ética da resposta concreta oferecida pelos órgãos decisores será o principal elemento de aferição de legitimidade do exercício do poder. E a qualidade ética da decisão será medida pela sua capacidade de garantir efetivamente o pleno respeito à dignidade de todos aqueles que são afetados pelo julgamento.

O caminho intelectual que levou a essa mudança de paradigma é longo e, certamente, bem anterior ao Iluminismo. Mas foram os pensadores iluministas que forneceram os principais ingredientes teóricos para que isso se tornasse factível. Vejamos, pois, as premissas teóricas que permitiram a construção do arranjo institucional fundado no consentimento.

sabe exatamente qual será o seu final. É possível que, no futuro, ocorra um redirecionamento da discussão, e a ideia de consentimento político volte a ter o prestígio que já teve ou surjam alternativas aos modelos institucionais hoje conhecidos.

91 Como se sabe, Ronald Dworkin adota expressão "*rights as trumps*" (DWORKIN, 1984, pp. 153/167. Sobre o tema, ver também: NOVAIS, 2006.

2.2 Legitimação pelo consentimento: premissas teóricas

O alicerce teórico do modelo de legitimação do poder fundado no consentimento é construído a partir da crença de que o ser humano é um ser reflexivo que, em dadas circunstâncias, pode agir em conformidade com o projeto de vida que escolheu para si⁹². A autocompreensão dessa capacidade abalou um paradigma que dominou o pensamento humano durante séculos, qual seja, o paradigma do fundamento metafísico ou religioso da autoridade estatal. Desde então, foi preciso de algo mais do que a fé ou a força para justificar o domínio político de alguns, pois a exigência de razões convincentes tornou-se uma parte essencial desse processo de legitimação do poder.

O ponto de partida dos principais pensadores modernos que investigaram o fundamento do poder estatal foi elaborar um parâmetro de comparabilidade apto a proporcionar uma análise em torno das vantagens e desvantagens de uma vida em sociedade. Para tanto, foi introduzida no debate filosófico a metáfora do estado da natureza, que seria uma situação imaginada para caracterizar um estágio civilizacional onde não havia nem estado, nem direito, nem qualquer forma de poder político organizado. Comparando-se os modelos políticos possíveis, o ser racional poderia escolher qual melhor representaria os seus interesses.

A falta de uma experiência histórica real que pudesse servir de base para uma correta compreensão das condições de vida em um suposto estado da natureza fez com que a descrição desse estado variasse de autor

92 Essa é uma premissa comum ao consentimento político e ao consentimento ético-jurídico. Aliás, é preciso não ser excessivamente rigoroso quanto ao enquadramento de teorias dentro do modelo de consentimento político ou de consentimento ético-jurídico, pois, em alguns pontos, os mesmos pensadores que desenvolveram as premissas daquilo que será designado por consentimento político também elaboraram vários argumentos que intuitivamente levaram a um modelo de consentimento ético-jurídico. Assim, por exemplo, nenhum dos quatro pensadores que serão mobilizados neste tópico (Hobbes, Locke, Kant e Rousseau) pode ser considerado como um autêntico defensor do consentimento político, embora algumas de suas ideias possam servir para fortalecer um ou outro arranjo institucional desse modelo de legitimação, conforme se verá. O pressuposto epistemológico que orienta o presente trabalho baseia-se na crença de que o processo de construção do conhecimento é acumulativo e não sucessivo. Não existem, pois, teorias descontextualizadas que surgem do nada. Todas fazem parte de um mesmo projeto narrativo, ainda que de forma inconsciente, razão pela qual estão, de algum modo, interconectadas.

para autor, conforme a concepção da natureza e da psicologia humanas, além de outros fatores relacionados às circunstâncias de vida de cada pensador. Nesse aspecto, a imaginação foi o principal ingrediente teórico, gerando um mosaico de ideias bastante diferentes entre si. Havia os mais pessimistas, que partiam de uma situação de beligerância, fundada na ambição humana, no egoísmo e no medo de uma guerra de todos contra todos⁹³; e os mais otimistas, para quem o estado da natureza não seria um estado de guerra, de inimizade, de malícia, de violência e de destruição mútua, mas um estado de paz, de boa vontade, de abundância, de cooperação, de solidariedade e de compaixão⁹⁴.

Para uns, não poderia existir qualquer noção de certo ou errado, de justiça ou de injustiça, no estado da natureza, tendo em vista que seria permitido fazer tudo o que fosse necessário para aumentar as chances de

93 Obviamente, Thomas Hobbes é o principal defensor dessa perspectiva. Na sua ótica, os homens somente agiriam pensando em sua própria glória e fortuna, numa frenética busca de poder e mais poder que só cessaria com a morte (HOBBS, 1949, p. 22/23). Sendo assim, sem limites externos, os seres humanos tenderiam a fazer tudo o que fosse possível para adquirir os seus objetos de desejo, mesmo que para isso tivessem que passar por cima dos interesses de outras pessoas, numa competição suja e violenta em que o outro é sempre visto como um inimigo (HOBBS, 1929, p. 94/95). Portanto, a guerra de todos contra todos seria inevitável no estado da natureza (HOBBS, 1929, p. 98). Além do egoísmo e da ambição, o medo também seria responsável pela transformação do estado da natureza em um interminável campo de batalha: o medo de ser atacado ou de perder os bens que prezamos. Esse medo faria com que as pessoas se atacassem por cautela, ou seja, seria melhor atacar primeiro do que ser atacado. Além disso, os homens sentiriam a necessidade de mostrar força para aumentar sua reputação. No final, mesmo os seres menos egoístas se sentiriam em um clima de guerra para proteger a sua vida e os seus pertences, não podendo se distrair nem baixar a guarda, pois a distração momentânea poderia representar a própria morte. Em razão disso, *“we must therefore resolve, that the original of all great and lasting societies consisted not in the mutual good will men had towards each other, but in the mutual fear they had of each other”* (HOBBS, 1949, p. 24).

94 John Locke pode ser indicado como o expoente máximo dessa linha argumentativa. Segundo ele, mesmo no estado da natureza, haveria uma moralidade a orientar a conduta dos seres humanos (LOCKE, 1824, p.341). Jean-Jacques Rousseau também colaborou para dar um tom menos sombrio ao estado da natureza. Na sua visão, os filósofos que investigaram os fundamentos da sociedade se equivocaram ao atribuir ao homem selvagem, no estado da natureza, características, necessidades, desejos e motivações essencialmente vinculados ao homem social, como a avidez, o orgulho, a ambição e a cobiça. O selvagem estaria sim interessado na auto-preservação, mas não somente nisso. Além do instinto de sobrevivência, os seres humanos teriam um sentimento natural de piedade ou compaixão que os fariam sentir repugnância pelo sofrimento alheio. Para Rousseau, não haveria propriamente uma lei natural a guiar os homens no estado de natureza. O que havia era o sentimento de compaixão, que faria com que os homens sentissem aversão em causar mal aos seus semelhantes. Segundo ele, seria esta compaixão que nos impele, sem refletirmos, a ajudar a quem sofre, substituindo as leis, a moral e a virtude por um sentimento que vem de dentro.

sobrevivência, até mesmo matar⁹⁵. Não havia, pois, limites ao exercício da liberdade (HOBBES 1949, p. 13), já que todo homem teria direito a todas as coisas, inclusive à vida dos outros. Enquanto perdurasse esse direito pleno de cada um sobre todas as coisas, não poderia haver para nenhum homem, por mais sábio e forte que fosse, tranquilidade, nem segurança, sem qualquer possibilidade nem de paz, nem de comércio, nem de arte, nem de lazer, nem de prosperidade, fazendo com que a vida se tornasse “solitária, pobre, vil, brutal e breve”⁹⁶. Desse modo, ainda que pudessem existir leis da natureza em um ambiente pré-político, não havia como executá-las eficazmente, pois, no estado da natureza, o nível de desconfiança seria tão elevado que afastaria qualquer justificativa para obedecer às leis de mútuo respeito⁹⁷.

95 Hobbes também foi um dos principais teóricos a desenvolver essa linha argumentativa. Além dele, dois importantes filósofos que lhe seguiram também adotaram uma premissa semelhante: Jean-Jacques Rousseau e Immanuel Kant. Para Rousseau, no estado da natureza, a ausência de uma sanção natural tornaria inócuo qualquer sentido de justiça. Só haveria direitos e deveres, no sentido próprio do termo, no estado civil (ROUSSEAU, 2008, p. 24). Por sua vez, Kant defendeu que não havia injustiça no estado da natureza. Afinal, “dada a intenção de estar e permanecer neste estado de liberdade externa desprovida de leis, os homens não cometem nenhuma injustiça uns para com os outros se lutam entre si, pois que aquilo que vale para um vale também reciprocamente para o outro, tal como se fosse por acordo (*uti partes de iure suo disponunt, ita ius est*), mas em geral cometem uma injustiça em último grau, ao querer estar e permanecer num estado que não é jurídico, quer dizer, em que ninguém está seguro do seu contra a violência” (KANT, 2005, p. 171). Nesse sentido, o que havia no estado da natureza era a reciprocidade: “ninguém está obrigado a abster-se de atentar contra a posse de outrem, se este não oferecer reciprocamente a garantia de que observará face àquele o mesmo comportamento de abstenção” (KANT, 2005, p. 171).

96 “*And the life of man, solitary, poore, nasty, brutish, and short*” (HOBBES, 1929, p. 99).

97 É bem conhecida a compreensão hobbesiana dos direitos naturais. Segundo Hobbes, as leis naturais não seriam leis fornecidas pela natureza, mas pela razão humana com vistas a aumentar as chances de sobrevivência num ambiente de hostilidade. A primeira lei seria a mais fundamental na ótica de Hobbes: todo homem deve buscar a paz, na medida em que tem a esperança de a obter, e utilizar todos os recursos e vantagens da guerra para alcançá-la (HOBBES, 1949, p. 32). Trata-se, portanto, de uma lei inteiramente preocupada com o interesse próprio, alicerçada na premissa fundamental adotada por Hobbes de que o homem é essencialmente egoísta e que fará de tudo para alcançar a paz, até mesmo praticar atos de maldade se isso for necessário. E seria uma lei que qualquer ser humano buscaria por necessidade natural, pois todo homem deseja o que lhe é bom. Se a primeira lei é uma lei do egoísmo ou do interesse próprio, a segunda lei seria uma lei de reciprocidade: devemos desistir do direito a todas as nossas coisas, sob a condição de os outros se mostrarem dispostos a fazer o mesmo e cada um se satisfaça com a liberdade em relação aos outros homens que ele permitiria aos outros homens em relação a si próprio. A ideia é que, se todos podem tudo, então seria melhor haver uma renúncia recíproca no exercício desse direito para que a paz, que é a lei fundamental, possa existir. Como condição natural para que a segunda lei possa subsistir, Hobbes sugere uma terceira lei, que é o fundamento do contrato social. É o chamado *pacta sunt servanda*: os pactos devem ser cumpridos. Assim, para que a paz possa ser alcançada, é preciso ceder certos direitos a outros homens e honrar as alianças

Para outros, mesmo no estado da natureza, os seres humanos teriam consciência de que ninguém deveria prejudicar os outros, nem praticar atos de maldade, de modo que, mesmo que houvesse total liberdade, cada um estaria obrigado não apenas a lutar pela autopreservação, mas também a buscar, na medida do possível, a preservação da humanidade como um todo (LOCKE, 1824, p. 341). Apesar dessas diferenças, todos concordavam que a convivência humana seria pior no estado da natureza do que em um estado governado por leis⁹⁸. Os mais pessimistas defenderam que um estado da natureza levaria a uma guerra perpétua de todos contra todos e isso seria inadequado à preservação da vida, razão pela qual mesmo os seres mais egoístas, pensando no próprio interesse, buscariam a paz e, por isso, optariam por viver em uma sociedade organizada. Os mais otimistas, por sua vez, reconheceram que, mesmo em um estado da natureza de abundância e boa vontade, ocorreriam conflitos intersub-

que forem feitas, pois, do contrário, todos continuariam a viver em um clima de intranquilidade permanente. Como se percebe, Hobbes, a partir da primeira lei fundamental (“busque a paz”), tenta construir um sistema abrangente de “Leis Naturais” que qualquer pessoa inteligente seria capaz de aceitar. Essas leis da natureza talvez constituam o que de melhor há na teoria de Hobbes, pois, no seu conteúdo, reproduzem algumas ideias com as quais praticamente todos são capazes de concordar, mesmo que não aceitem o restante de sua teoria. Há leis de ajuda mútua, de conciliação, de perdão, de tolerância, de igualdade, de equidade e assim por diante. Todas as leis hobbesianas poderiam ser abreviadas numa súpula fácil e bem conhecida nos dias de hoje: “não faça aos outros o que não farias a ti mesmo”, que é uma formulação negativa da ‘regra de ouro’ bíblica (“faz aos outros o que gostaria que eles te fizessem a ti”). *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*. Em virtude disso, Hobbes sugere que, quando não tiver certeza se aquilo que faz ao outro é permitido ou não pela lei natural, coloque-se então no lugar do outro e terá a resposta a sua dúvida (HOBBS, 1949, p. 55).

98 Curiosamente, até mesmo Rousseau parece aceitar isso. Tomando como ponto de partida os efeitos corruptores da civilização narrados no *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, poderíamos imaginar que, para Rousseau, o ser humano, ao viver em sociedade, estaria fadado a ser escravo, sem qualquer chance de recuperar a liberdade perdida com a saída do estado da natureza. Somente um retorno ao estado natural seria capaz de devolver ao homem a sua essência mais nobre. Porém, surpreendentemente, ao longo do Contrato Social, Rousseau mostra-se otimista em relação à possibilidade de uma ordem social legítima, tida por ele como um direito sagrado, e defende expressamente que as vantagens do estado civil superam as vantagens do estado natural. Assim, mesmo perdendo algumas faculdades que somente seriam exercidas no estado natural, o homem, ao aceitar participar da ordem social, seria beneficiado de muitas formas: suas faculdades se expandiriam e se desenvolveriam, suas ideias se alargariam, seus sentimentos se enobreceriam, toda a sua alma se elevaria a tal ponto, que, se os abusos dessa nova condição não o degradassem frequentemente a uma condição inferior àquela donde saiu, deveria sem cessar bendizer o instante feliz que dela o arrancou para sempre e fez, de um animal estúpido e limitado, um ser inteligente e um homem. Em outras palavras, o homem, ao aceitar o contrato social, perderia a sua liberdade natural e um direito ilimitado a tudo quanto deseja e pode alcançar, mas por outro lado ganharia a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui (ROUSSEAU, 2008, p. 12).

jetivos e que a falta de um sistema de resolução de conflitos levaria a um estado de guerra. Afinal, se cada indivíduo fosse juiz de suas próprias desavenças, o amor-próprio o tornaria parcial, gerando excessos na dosagem do castigo e, com isso, retaliações e vinganças arbitrárias. O resultado seria um ambiente de confusão e desordem (LOCKE, 1824, p. 344). Disso decorreria a necessidade de um ente imparcial para administrar a justiça, para esclarecer o conteúdo da lei, para dizer se foi ou não praticada uma ofensa, qual o castigo adequado e a justa reparação. Desse modo, a principal razão de ser do estado seria permitir que as leis de respeito recíproco fossem aplicadas com mais segurança e transparência, evitando o estado de guerra decorrente da falta de uma autoridade jurisdicional competente (LOCKE, 1824, p. 350). Assim, uma preocupação com a conservação recíproca da vida, da liberdade e do patrimônio seria o maior e principal objetivo que teria levado os homens a saírem do estado da natureza e se unirem em comunidades⁹⁹. Afinal, no estado da natureza, seria muito arriscado e inseguro usufruir a propriedade, já que não havia condições para tanto por três motivos básicos. Em primeiro lugar, não havia leis estabelecidas, públicas e aceitas pelo consentimento comum definindo o que é justo e injusto, nem fixando os parâmetros para resolver as controvérsias entre os homens. Em segundo lugar, não havia um juiz equânime e imparcial para decidir conforme as leis estabelecidas. Em terceiro lugar, não havia um poder que sustentasse a justa sentença, garantindo-lhe a devida execução. Tudo isso levaria os homens a se associarem, abdicando de seu poder de executar as leis da natureza. Assim, em síntese, a saída do estado da natureza se justificaria pela necessidade de se criar mecanismos para determinar o conteúdo do direito e forçar o seu cumprimento.

A passagem do estado da natureza para um estado social se daria mediante um pacto de reciprocidade alicerçado na razão: um contrato social, mutuamente vantajoso, firmado por pessoas livres, independentes e iguais. Nessa perspectiva, o indivíduo aderiria às regras que, racionalmente, poderia concordar, seja porque elas proporcionariam a preservação de suas vidas no longo prazo, seja porque seria preferível viver num ambien-

99 “The great and chief end, therefore, of men’s uniting into commonwealths, and putting themselves under government, is the preservation of their property” (LOCKE, 1824, p. 412).

te de paz a viver em um ambiente de instabilidade causada pela falta de ordem e pela falta de órgãos responsáveis pela administração da justiça. O que moveria os homens a firmarem um tal pacto seriam, portanto, os benefícios daí decorrentes, o que levaria até mesmo os sujeitos egoístas, guiando-se pelo interesse próprio, a seguirem regras de respeito mútuo que possam lhes favorecer no longo prazo¹⁰⁰.

A estrutura e a função desse contrato social variam bastante nas diversas propostas teóricas, quanto à forma e conteúdo. E é precisamente nesse ponto que haverá uma ruptura marcante entre a proposta de Hobbes e a proposta dos demais pensadores modernos aqui mobilizados.

Para Hobbes, a única forma de se obter a paz e garantir a observância das leis da natureza seria conferindo toda força e poder ao Estado personificado no soberano, que incorporaria todas as vontades individuais em uma única vontade suprema que representaria a todos. O ente soberano foi comparado ao Leviatã, o monstro marinho citado na Bíblia que ninguém, a não ser o próprio Deus, seria capaz de dominar. Portanto, o Estado seria a única autoridade com condições de garantir a ordem, impedindo que os homens se matem uns aos outros (HOBBS, 1929, p. 131/132). Para conseguir cumprir sua missão de fazer reinar a paz, o soberano deveria possuir um poder absoluto, sem qualquer limitação jurídica ou política. Nada que o soberano fizesse poderia ser considerado injusto, até porque ele seria o juiz de seus próprios atos e ninguém poderia questioná-lo. O soberano julgava, mas não poderia ser julgado. O soberano legislava, mas,

100 Contemporaneamente, essa hipótese – de que seres auto-interessados inteligentes são capazes de perceber que a cooperação pode ser uma boa estratégia para maximizar os seus próprios interesses – tem sido explorada e aceita por muitos pensadores, inclusive com apoio na chamada “teoria dos jogos”, que é uma disciplina matemática que procura analisar as melhores soluções racionais em situações complexas que envolvem incertezas e estratégias de cooperação social. A teoria dos jogos é um campo da matemática que estuda a escolha de decisões ótimas sob condições de conflito, criada “para se modelar fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais ‘agentes de decisão’ interagem entre si. Ela fornece a linguagem para a descrição de processos de decisão conscientes e objetivos envolvendo mais do que um indivíduo” (SARTINI, 2004). A Universidade de Yale disponibilizou na íntegra e gratuitamente um *Open Course* em “Game Theory”, ministrado pelo professor Ben Polak que pode ser acompanhado no seguinte endereço eletrônico: <http://tinyurl.com/mnmcht3>. Uma vasta bibliografia envolvendo a teoria dos jogos, desenvolvida por Robert Axelrod e Lisa D'Ambrosio, foi disponibilizada no seguinte endereço eletrônico: <http://tinyurl.com/6ugu9n8>. Hobbes antecipa-se claramente a essa ideia ao sugerir que, se cada homem agir por conta própria, nada conseguirá, pois cada um será obstáculo para o outro. Por outro lado, se concordarem em buscar a paz e a se ajudarem mutuamente conseguirão prosperar conjuntamente (HOBBS, 1949, p. 64).

como tinha o poder de fazer ou desfazer uma lei, não estava submetido à própria legislação que ele editava, podendo libertar-se da sujeição quando bem lhe aprouvesse (HOBBS, 1929, p. 204). Enfim, o soberano podia tudo e somente prestava contas a Deus¹⁰¹.

Tendo como base essas premissas, Hobbes desenvolveu uma teoria da autoridade e da obrigação política que afetou intensamente o pensamento jurídico moderno, defendendo existir um dever fundamental do súdito de obedecer às ordens do soberano. Para Hobbes, as ordens vindas da autoridade estatal não poderiam ser injustas, na medida em que caberia ao soberano, que detém o poder supremo, definir os critérios para distinguir o justo do injusto. Logo, ainda que os detentores do poder pudessem cometer iniquidades, não poderiam cometer injustiça em sentido próprio. As questões envolvendo o significado prático de justiça somente poderiam ser resolvidas por aqueles a quem o soberano encarregou a tarefa de interpretar as leis. Os magistrados, por sua vez, deveriam decidir com base na vontade do soberano, investigando os motivos que o levaram a fazer determinada lei. Aos súditos, só restava respeitar incondicionalmente aquela vontade soberana, renunciando por completo a liberdade de escolha, em nome da tão almejada paz social (HOBBS, 1929, p. 10). Por conta disso, ao final e ao cabo, "*non veritas sed auctoritas facit legem*". É a força, o poder, a autoridade – e não a verdade, a justiça ou moralidade – quem ditaria o direito.

A resposta de Hobbes ao desafio de encontrar um fundamento racional para o poder é desoladora e parece contradizer todo o propósito intelectual que o motivou, pois, se o que resta é a força, de nada vale a capacidade humana de elaborar leis naturais com base na razão. O curioso é que Hobbes já tinha alguma noção da importância do consentimento para a justificação do poder legítimo. Em sua obra, há diversas passagens em que a ideia de consentimento é invocada para justificar a formação da sociedade civil. A noção de estado está

101 A capa da primeira edição do *Leviatã* traz uma assustadora ilustração de um gigantesco homem artificial, com coroa e insígnias, formado por pequenos homenzinhos que se dissolvem completamente para formar o estado onipotente. O tirano da ilustração, como observou Höffe, não segura em suas mãos apenas a espada, mas também o cajado de pastor, o que significa dizer que ele assume para si a responsabilidade de tomar decisões tanto em questões mundanas quanto em questões religiosas (HÖFFE, 1991, p. 16).

sempre vinculada a um acordo de vontades, a um contrato, a um pacto, em que os indivíduos concordam em constituir um ente soberano que representará a todos. Apesar disso, a sua teoria acabou por esvaziar a ideia de consentimento na medida em que levou o indivíduo a renunciar por completo a sua liberdade. O ser racional de Hobbes, em nome da paz social, consentiu em ceder o seu poder de consentir! Melhor dizendo: Hobbes explorou os motivos do consentimento para concluir que um ser inteligente deveria aceitar incondicionalmente qualquer ordem que venha de cima. Com isso, o ser humano estaria fadado a perder não só a sua autonomia (“*I authorise and give up my right of governing myself*”), mas também o seu poder de questionar o poder e de se revoltar contra as iniquidades praticadas pelo governo. Nas palavras de Hobbes, o ser humano, ao transferir seu poder para o soberano, separar-se-ia de seu direito de resistir, tornando-se um súdito fiel à vontade do estado. Aquele que voluntariamente adere ao contrato social assumiria o compromisso de se conformar com a decisão da maioria e, se, posteriormente, renegasse ou protestasse contra qualquer de seus decretos, agiria contrariamente ao pacto e, portanto, agiria injustamente (HOBBS, 1929, p. 135).

Mesmo discordando das conclusões de Hobbes, é preciso reconhecer alguns aspectos positivos de sua proposta. Por detrás de todo o pessimismo em torno do estado da natureza que anima a teoria hobbesiana, há um otimismo que não costuma ser percebido e que está na base do pensamento moderno: a crença na razão humana como instrumento de superação do egoísmo e pressuposto da convivência social. O ser humano hobbesiano não é apenas aquele que ser amedrontado ou com sede de poder, que será capaz de destruir o próximo em busca de seus interesses de sobrevivência. É também um ser dotado de inteligência, com discernimento suficiente para desenvolver e se guiar por normas de conduta altruístas quando isso lhe convém¹⁰². Para Hobbes, o homem não é apenas o lobo do homem, mas também um Deus para

102 Obviamente, é possível questionar em que medida uma tal conduta é de fato altruísta. Afinal, se um ser age em benefício do outro pensando nas vantagens que obterá, está, no fundo, sendo motivado por interesses egoístas. Mas isso parece ser irrelevante para os propósitos hobbesianos.

o homem¹⁰³. Ainda que a sua conclusão acerca da autoridade e da submissão total do indivíduo ao poder político seja frustrante, não se pode negar que Hobbes lançou as sementes para o florescimento de um aspecto fundamental do pensamento político moderno: a ideia de que o ser humano possui capacidade de saber o que é melhor para si, sendo dotado de talentos suficientes para ditar suas próprias normas de conduta. Essa premissa tornar-se-á um dos principais ingredientes do liberalismo político e fará surgir a noção de consentimento dos governados como fundamento de legitimação do poder estatal.

2.2.1 O consentimento no contratualismo liberal

O *consentimento* como fundamento do poder estatal adquiriu uma certa unanimidade entre as propostas políticas da modernidade alicerçadas no contrato social. Desde então, o consentimento entra no debate não apenas como um pressuposto para o pacto social, mas como uma fórmula permanente de controle do poder, deixando de significar uma carta-renúncia da liberdade em prol da paz social para se tornar uma condição contínua de aferição da legitimidade do poder.

Isso se torna manifesto na teoria de Locke. Na sua ótica, o indivíduo não perderia a liberdade natural ao ingressar na sociedade. A liberdade funcionaria como um condicionante do poder estatal: o indivíduo não deveria estar subordinado a qualquer Poder Legislativo que não aquele estabelecido pelo consentimento comunitário, nem sob o domínio de qualquer vontade ou restrição de qualquer lei, a não ser aquela promulgada por tal legislativo conforme a confiança nele depositada. (LOCKE, 1824, p. 351).

O poder de consentir decorreria da ideia de que “cada homem tem uma propriedade particular sobre sua própria pessoa; a esta ninguém tem qualquer direito senão o próprio indivíduo” (IDEM, p. 353). O homem, nessa ótica, seria senhor de si próprio (“*master of himself*”), dono de si mesmo (“*proprietor of his own person*”), capaz de refletir e decidir sobre sua vida e agir conforme sua vontade sem depender do arbítrio de ninguém. Esse

103 “To speak impartially, both sayings are very true; that man to man is a kind of God; and that man to man is an arrant wolf” (HOBBS, 1949, p. 1).

direito seria inerente a qualquer ser humano, já que todos nascem iguais, livres e independentes¹⁰⁴. Por nascerem livres, iguais e independentes, os homens não poderiam ser subtraídos de suas vidas, liberdades e bens e se sujeitarem ao poder político de outrem sem o seu aval. A única maneira legítima pela qual alguém poderia abrir mão de sua liberdade natural e assumir os compromissos da sociedade civil seria mediante um pacto com outras pessoas para se juntarem e se unirem em uma comunidade, vivendo com segurança, conforto e paz umas com as outras, com a garantia de que poderão gozar de suas posses e serem protegidos contra quem não faça parte dela (IDEM, p. 394).

Além de Locke, Rousseau também se preocupou em encontrar uma forma de associação que, a um só tempo, fosse capaz de defender e proteger com toda a força a pessoa e os bens de cada membro da sociedade, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedecesse a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes (ROUSSEAU, 2008, p. 9). Ao contrário de Hobbes, Rousseau defendia que a mera força jamais seria suficiente para justificar a existência do governo e da convenção social. Afinal, “o mais forte nunca é forte o bastante para ser sempre o senhor, a menos que transforme a força em direito e a obediência em dever”¹⁰⁵. Homem algum teria autoridade natural sobre seus semelhantes, e a força seria incapaz de produzir qualquer direito. Por isso, só restariam as convenções como base de toda a autoridade legítima existente entre os homens. Seguindo Locke, Rousseau também entendia que só se é obrigado a obedecer aos poderes legítimos e que o homem não renunciaria por completo a sua liberdade ao aceitar viver em sociedade. Renunciar à liberdade seria renunciar à qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até aos próprios deveres. Não haveria recompensa possível para quem a tudo renuncia. Tal renúncia não seria compatível com a natureza do homem, pois destituir-se voluntariamente de toda e qualquer liberdade equivaleria a excluir a moralidade de suas ações, uma das notas essenciais do ser

104 Apesar de seus ideais liberais, Locke é muito criticado por ter sido complacente com a escravidão negra que existia em sua época, chegando até mesmo a lucrar com o mercado de escravos.

105 “*Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître, s'il ne transforme sa force en droit et l'obéissance en devoir*” (ROUSSEAU, 2008, p. 10).

humano. Enfim, seria uma inútil e contraditória convenção a que, de um lado, estipulasse uma autoridade absoluta, e, de outro, uma obediência sem limites. Não haveria, portanto, uma renúncia nos moldes sugerido por Hobbes, mas sim uma troca vantajosa e voluntária de um modo de vida incerto e precário por um outro melhor e mais seguro. O homem trocaria a independência natural pela liberdade civil; o poder de prejudicar o outro pela segurança própria; a faculdade de usar a força por um direito que a união social torna invencível (ROUSSEAU, 2008, p. 22).

Rousseau, assim como Locke, também inclui expressamente o consentimento como fundamento da legitimidade estatal, estipulando que ninguém teria o direito de subjugar nenhum homem contra a sua vontade, pois todos nascem livres e senhores de si mesmos. Levando essa premissa para o campo político, Rousseau defendeu que o povo soberano seria o autêntico titular do Poder Legislativo e o único com autoridade para sujeitar todos os membros da sociedade. Como resultado disso, Rousseau conclui que o pacto social estabeleceria entre os cidadãos uma igualdade de tal tipo que todos se comprometem a observar as mesmas condições e todos devem, portanto, desfrutar dos mesmos direitos, sem distinções de qualquer natureza. Esse modelo político seria legítimo porque baseado em um contrato social voluntariamente aceito; equitativo porque comum a todos indistintamente; útil porque visaria o bem geral e estável porque garantido pela força pública.

Kant também incorporou a noção de consentimento em seu modelo político, defendendo que a dignidade do ser racional estaria na sua capacidade de ser autolegislador de si próprio, bem como de ser responsabilizado por suas ações. Assim, o que faria a pessoa adquirir uma *personalidade moral* seria a liberdade, conferida ao ser racional, de não está submetido a outras leis senão às que a si mesma se dá (seja isoladamente ou em conjunto com outros).

2.2.2 O arranjo institucional do consentimento político

A ideia de consentimento, quando incorporada a um modelo político, não significa necessariamente reconhecer o poder de autolegislação indi-

vidual, mas possibilitar o autogoverno da sociedade. Trata-se, portanto, de um consentimento coletivo, a ser tomado conjuntamente por aqueles que serão destinatários das normas a serem aprovadas, observando um procedimento de votação capaz de aferir a vontade popular.

Um ponto de polêmica nas diversas propostas contratualistas refere-se à possibilidade ou não da representação política, em que a deliberação coletiva é transferida para um grupo de parlamentares eleitos. Rousseau foi um dos poucos a questionar abertamente o modelo representativo, defendendo que toda lei não ratificada diretamente pelo povo seria nula e vazia¹⁰⁶. Ao introduzir o conceito de *volunté generale*, Rousseau deixou claro que o autêntico sentido da vontade geral pressuporia uma aprovação pelo próprio povo, sem intermediários. A vontade geral seria caracterizada pela busca do bem comum, o que, a rigor, dispensaria uma assembleia para descobri-la, já que independeria do número de votantes¹⁰⁷. Aliás, Rousseau chega a sugerir que um debate público seria até mesmo pernicioso para a descoberta da vontade geral, pois, numa assembleia, as pessoas tendem a ser passionais, insuflando o interesse próprio

106 Segundo Robert Dahl, a rejeição do governo representativo por Rousseau, em seu *Contrato Social*, seria incompatível com seus escritos anteriores e posteriores, nos quais ele aceitou a representação como legítima (DAHL, 2012, p. 43/44).

107 A ideia de vontade geral é bastante confusa e tem gerado muitos desacordos acadêmicos e políticos. Segundo Rousseau, a vontade geral seria o que existe de comum nos vários interesses particulares, abstraindo-se os ganhos pessoais e as considerações de interesse próprio. Seria o ponto em que todos os interesses concordam a respeito do bem comum. Mas a vontade geral não se confundiria com a soma dos interesses particulares ou a simples concordância numérica das vontades particulares, que Rousseau chama de “vontade de todos” (“*volonté de tous*”). Mesmo quando se está diante de uma soma relativamente grande de interesses privados que concordam entre si, nem por isso se estaria diante da vontade geral, pois a vontade geral visaria um propósito público e não à satisfação de interesses específicos de membros da sociedade. Rousseau reconhece que nem sempre a vontade de todos espelhará a vontade geral, pois cada indivíduo poderia, como homem, ter uma vontade particular diferente da vontade geral, pois seu interesse particular pode ser muito diferente de seu interesse comum. Por isso, menos do que o número de votos, aquilo que generaliza a vontade seria o interesse comum que os une. A vontade geral tenderia inevitavelmente para o benefício público e seria infalível se autêntica. Num ambiente ideal, em que a vontade geral prevaleceria, todas as ordens do estado seriam simples, suas máximas claras e luminosas, absolutamente não haveria qualquer interesse confuso, contraditório; o bem comum emergiria em todos os lugares e bastaria o bom senso para ser percebido (ROUSSEAU, 2008, p. 74). Mas isso não significa que o povo sempre está correto em suas deliberações, pois Rousseau admitia expressamente que a multidão pode ser manipulada ou pode estar contaminada pelos interesses de grupo, enganando-se por ignorância ou descuido. O povo, por si, sempre desejaria o bem, mas nem sempre seria capaz de encontrá-lo. Apesar de vontade geral ser sempre certa, o julgamento que a orienta nem sempre seria esclarecido (ROUSSEAU, 2008, p. 26).

e deixando de lado o bem comum. Apesar disso, o método empírico desenvolvido por Rousseau para estabelecer a vontade geral baseava-se em uma votação popular, pois somente seria possível saber se uma vontade particular é ou não conforme a vontade geral depois de submetê-la ao sufrágio livre do povo¹⁰⁸. Assim, na prática, a vontade geral seria conhecida por meio da contagem de votos em uma assembleia popular, sob algumas condições ideais: cada vontade deveria estar na posse de todos os fatos e informações relevantes; os votantes não poderiam comunicar-se entre si para não serem influenciados pelos interesses particulares; a sociedade não poderia estar dividida em facções; os votantes não poderiam estar contaminados pelos seus próprios interesses e paixões pessoais etc. A vontade geral seria a vontade expressa pela maioria dos cidadãos que participa dessa assembleia popular. Quanto mais reinasse o acordo nas assembleias, isto é, quanto mais se aproximarem as opiniões da unanimidade, tanto mais dominante também seria a vontade geral. Os longos debates, as dissensões, o tumulto prenunciariam a ascendência dos interesses particulares e o declínio do Estado¹⁰⁹.

Rousseau reconhece que essas condições ideais dificilmente são alcançadas na realidade, conforme se pode observar, em uma passagem bastante famosa, onde o pensador suíço defendeu que, para descobrir as melhores regras de sociedade que convenham às nações, precisar-se-ia de uma inteligência superior, que visse todas as paixões dos homens, mas não participasse de nenhuma delas, que não tivesse nenhuma relação com a nossa natureza, mas a conhecesse a fundo; cuja felicidade fosse independente de nós e, contudo, quisesse dedicar-se a nós, que, finalmente, almejando uma glória distante, pudesse trabalhar num século e fruí-la em outro. Seriam precisos deuses para dar leis aos homens (ROUSSEAU, 2008, p. 27). Rousseau vai além e sugere que a verdadeira democracia plena, nesse sentido autêntico de uma completa participação popular, livre de interesses privados e visando apenas o bem comum, seria apenas um ideal. “Se to-

108 “*et qu'on ne peut jamais s'assurer qu'une volonté particulière est conforme à la volonté générale qu'après l'avoir soumise aux suffrages libres du peuple : j'ai déjà dit cela, mais il n'est pas inutile de le répéter*” (ROUSSEAU, 2008, p. 28).

109 “*Plus le concert règne dans les assemblées, c'est-à-dire plus les avis approchent de l'unanimité, plus aussi la volonté générale est dominante ; mais les longs débats, les dissensions, le tumulte, annoncent l'ascendant des intérêts particuliers et le déclin de l'Etat*” (ROUSSEAU, 2008, p. 76).

marmos o termo no sentido estrito, nunca houve uma verdadeira democracia, e jamais haverá”. “Se houvesse um povo de deuses, seu governo seria democrático. Governo tão perfeito assim não é para os homens”¹¹⁰.

As palavras de Rousseau podem ser interpretadas como uma crítica incisiva ao modelo representativo. Aliás, Rousseau afirmou com todas as letras que a vontade geral não se confundiria com a vontade do parlamento. A vontade geral seria algo muito mais abstrato e imparcial do que o resultado das convenções políticas existentes na vida real, onde costuma prevalecer a vontade dos grupos de interesse mais poderosos e não o bem comum. Para ele, os deputados não seriam nem poderiam ser representantes do povo, mas meros procuradores (ROUSSEAU, 2008, p. 68).

Por outro lado, de um modo geral, a maioria dos pensadores contratualistas modernos, a começar por John Locke, incorporou a ideia da representação política em seus modelos teóricos, defendendo que a dificuldade prática de viabilizar uma assembleia em que todos os cidadãos participassem e votassem livremente recomendaria um modelo em que representantes do povo deliberariam e tomariam as decisões políticas em seu nome¹¹¹.

A representação política fazia parte de um arranjo institucional mais complexo, alicerçado em um sistema de separação dos poderes, visando minimizar os riscos da concentração das principais funções estatais em poucos órgãos. A nota mais marcante desse modelo era precisamente a participação popular no processo de escolha dos legisladores e o reconhecimento de que o poder político deveria ser limitado por regras jurídicas estabelecidas pelo Legislativo¹¹². Caberia, pois, ao parlamento a tarefa mais impor-

110 “S’il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes” (ROUSSEAU, 2008, p. 48).

111 Embora seguindo Rousseau no sentido de que, sob o ponto de vista das leis de liberdade, o legislador não poderia ser nenhum outro senão o povo unido ele próprio e de que “só a vontade concordante e unida de todos, na medida em que decide cada um o mesmo sobre todos e todos decidem o mesmo sobre cada um, por conseguinte, só a vontade geral coletiva do povo pode ser legisladora” (KANT, 2005, p. 179), Kant admitiu a possibilidade de um governo representativo: “o povo governa-se a si próprio através daqueles dos seus concidadãos que, mediante eleição livre, são designados como seus representantes e, na verdade, para cada ato em particular” (KANT, 2005, p. 185).

112 Kant também enfatizou claramente a necessidade de se separar os poderes estatais: “Qualquer estado contém em si três poderes, quer dizer, a vontade universal unificada que se ramifica em três pessoas (*trias política*): o poder soberano (soberania) na pessoa do legislador, o Poder Executivo na pessoa do governante (em observância à lei) e o judicial (que atribui a cada um o seu de acordo com a lei) na pessoa do juiz (*potestas legislatória, rectoria et iudiciaria*), à semelhança das

tante de tomar as decisões políticas em nome do povo, elaborando as leis gerais que vinculariam a todos, inclusive os magistrados e os governantes. O Poder Legislativo tornava-se assim não apenas o poder supremo da comunidade (“*the Legislative is supreme Power*”), mas um poder sagrado e intocável nas mãos daqueles a quem a comunidade os confiou, de modo que todos os demais poderes seriam dele derivados ou subordinados.

Dentro de um modelo ideal, a validade de uma escolha coletiva exigiria a unanimidade no processo deliberativo, pois somente a unanimidade seria capaz de garantir a adesão plena e universal de todos os governados. Porém, como a experiência prática ensina que, em assembleias numerosas e plurais, a unanimidade quase sempre é uma quimera, vários pensadores admitiram que a vontade da maioria (simples ou qualificada) deveria prevalecer e vincular a todos, inclusive os que discordassem¹¹³.

É extremamente importante ressaltar a força do princípio majoritário em um modelo político de deliberação coletiva. Nesse modelo, o parâmetro básico para se solucionar conflitos é o princípio segundo o qual, num ambiente de discussão não-consensual, deve prevalecer a decisão que obtiver a adesão do maior número de votos. A força do princípio majoritário não decorreria apenas de uma necessidade operacional de superar

três proposições de um silogismo prático: a premissa maior, que contém a lei daquela vontade, a premissa menor, que contém o preceito de proceder em conformidade com a lei, i. e., o princípio de subsunção à lei, e a conclusão, que contém o veredicto judicial (a sentença) sobre o que é de Direito em cada caso” (KANT, 2005, p. 178/179).

- 113 Muitas teorias contratualistas clássicas adotam um modelo em que há dois momentos de manifestação de vontade (teoria do *duplo contrato*). Num primeiro momento, é requerida uma unanimidade para sair do estado da natureza e entrar na vida social. Seria uma adesão decorrente da razão prática: qualquer ser racional sabe que é melhor viver em sociedade do que viver num estado de insegurança permanente. Em um segundo momento, haveria uma deliberação sobre as regras de conduta que irão regulamentar a vida em sociedade. Essa idéia foi originalmente apresentada por Althusius, que distinguiu o *pactum societatis*, que seria o pacto pelo qual os indivíduos aceitariam sair do estado da natureza para viverem sob um sistema de regras de convivência e o *pactum subiectionis*, que seria o pacto pelo qual o povo e o soberano estabeleceriam os direitos e os deveres (ALTHUSIUS, 1995). Rousseau também desenvolveu uma ideia semelhante, sugerindo que, num primeiro momento, a adesão ao pacto social original exigiria unanimidade, pois qualquer homem, tendo nascido livre e sendo senhor de si mesmo, só adere a esse pacto original se quiser. Por outro lado, além desse contrato primitivo, as demais leis seriam aprovadas dentro de um critério majoritário, onde o voto dos mais numerosos sempre obrigaria os demais. Desse modo, para que não se torne uma fórmula vazia, o pacto social teria que incluir, tacitamente, uma cláusula estabelecendo que “quem se recusar a obedecer a vontade geral será forçado pelo corpo a fazê-lo”. Aquele que recusar obedecer à vontade geral a tanto será constringido por todo corpo político, o que significa apenas que o forçarão a ser livre (ROUSSEAU, 2008, p. 12).

a falta de consenso, mas também de uma crença de que o corpo político tornar-se-ia mais coeso se seguisse a vontade majoritária¹¹⁴ e de que a maioria teria mais chance de acertar do que a minoria¹¹⁵.

2.2.3 Contratualismo, legalidade e dever de obediência

Como desdobramento de todos esses pressupostos teóricos, alicerçados na soberania popular, na separação dos poderes, na representação política, na supremacia do Legislativo e no princípio majoritário, pode-se observar uma imensa valorização da ideia de *legalidade*, que se incorporou ao pensamento moderno como o fundamento nuclear do exercício do poder político. O Estado de Direito era o Estado da Lei, de modo que toda autoridade deveria ser exercida “em nome da lei”, a fim de que se concretizasse o ideal de um “governo de leis e não de homens”. A legalidade era a medida da legitimidade, ou seja, o que estava contido na lei automaticamente era considerado como legítimo. A validade jurídica sustentava-se na autoridade do legislador. Lei, direito e justiça passaram a ser identificados a partir daí. As consequências para o pensamento jurídico da adoção desse modelo institucional de predomínio do Legislativo e de identificação do direito com a lei são

114 Esse é o argumento de Locke para defender o princípio majoritário. De acordo com Locke, a formação de uma comunidade pressupõe a formação de um corpo único, com poder de agir como um corpo único, o que se daria apenas se fosse seguida a vontade da maioria. Desse modo, a maioria dos membros da sociedade deveria ter a prerrogativa de agir e resolver por todos porque somente assim o corpo social se moverá no sentido do bem comum e não se dissolverá diante da multiplicidade opiniões e interesses. A vontade da maioria representaria uma força maior em relação às vontades minoritárias. Seria impossível agir como um corpo único, como uma comunidade única, se a maioria não pudesse falar por todos. Assim, o indivíduo, ao consentir em formar um corpo político regido por um governo único, assumiria a obrigação perante todos os demais membros da sociedade a se sujeitar às decisões da maioria, que teria o poder de decidir pela totalidade. Se assim não fosse, o pacto social perderia o sentido, pois cada um ficaria livre para agir com bem entendesse, voltando-se ao estado da natureza (LOCKE, 1824, p. 395).

115 Esse é o argumento de Rousseau para defender o princípio majoritário. O pensador de Genebra tinha plena consciência do caráter problemático da total sujeição à vontade da maioria, especialmente por parte daqueles que pensavam diferente. Ao final, Rousseau defendeu o princípio majoritário com base na ideia de que a vontade da maioria é mais difícil de enganar-se, havendo maior probabilidade de a maioria estar certa. Quem perde uma eleição provavelmente está enganado a respeito da vontade geral. Assim, seria melhor se conformar com a deliberação da maioria e respeitar essa vontade geral, adequando a vontade particular à vontade do corpo político.

notórias. O normativismo, que tem sido uma das concepções jurídicas mais influentes nos últimos séculos, é fruto dessa concepção, conforme teremos a oportunidade de analisar no Capítulo 3. Por enquanto, basta acentuar o quanto o pensamento iluminista influenciou a formação de uma concepção de legalidade onde a lei “faz dela o próprio *constituens* do direito e o sistema político institui-se, em termos intencional e constitucionalmente deliberados, de modo a competir exclusivamente ao poder político – posto que com certo fundamento e estrutura – a criação do direito através de suas leis. E assim, se a lei passou a ser normativamente o direito, o sistema político constitui-se juridicamente como um Estado de legislação” (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 526).

Nessa concepção iluminista da legalidade, encontra-se embutida uma ideologia que defende uma absoluta submissão do indivíduo à vontade coletiva. Rousseau, por exemplo, defendia que o pacto social daria ao corpo político um poder absoluto sobre todos os seus membros, na medida em que cada indivíduo depositaria sua vontade e seu poder sob a direção suprema dessa vontade geral, tornando-se parte indivisível do todo¹¹⁶. Torna-se claro, assim, que a vontade geral aniquilaria a vontade individual, o que fez diversos pensadores acusarem a proposta rousseauiana de ser inimiga da liberdade¹¹⁷.

Kant também desenvolveu uma influente e sofisticada defesa do dever incondicional de respeito à lei. Partindo do princípio de que as relações jurídicas dizem respeito às ações intersubjetivas, ou seja, às ações de uma pessoa com outra, Kant sugeriu que a razão de ser do direito seria

116 “*Tant que plusieurs hommes réunis se considèrent comme un seul corps, ils n'ont qu'une seule volonté, qui se rapporte à la commune conservation, et au bien-être general*” (ROUSSEAU, 2008, p. 74).

117 É preciso destacar, contudo, que esta acusação somente tem sentido pela obscuridade da noção de vontade geral e não por uma deliberada intenção de Rousseau. Tanto é verdade que, no seu *Discours sur l'économie politique*, Rousseau enfatiza que a vontade geral existe para proteger os indivíduos contra a massa e não para obrigá-los a serem sacrificados em nome dela. O problema é que a expressão “*volonté générale*” foi apropriada pelos revolucionários franceses e incorporada na *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen*, de 1789, confundido-se com a própria legalidade, conforme se extrai do seu artigo 6º: “a lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de contribuir pessoalmente, ou através dos seus representantes, à sua formação” (artigo 6º). A partir daí, o conceito de vontade geral foi, efetivamente, transformado em um mero instrumento retórico para justificar a legalidade e a fiel obediência ao direito positivo, retirando do indivíduo a sua autonomia e a capacidade de se revoltar contra o poder arbitrário. O indivíduo, nessa ótica, se transformaria em um servo fiel de uma vontade estranha, ainda que travestida com o pomposo rótulo de *volonté générale*. (BERLIN, 2005).

permitir que “a ação de cada um possa ser conciliada com a liberdade do outro segundo uma lei universal”. O direito seria, nesse sentido, “o conjunto das condições sob as quais o arbítrio de cada um pode conciliar-se com o arbítrio de outrem segundo uma lei universal da liberdade”. E a liberdade (a independência em relação a um arbítrio compulsivo de outrem), “na medida em que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo o homem em virtude de sua humanidade”. Daí a formulação do seu princípio universal do direito: “uma ação é conforme ao direito quando permite ou quando a sua máxima permite fazer coexistir a liberdade do arbítrio de cada um com a liberdade de todos segundo uma lei universal”. O primeiro imperativo categórico, portanto, incorporado ao mundo das relações interpessoais, exigiria do sujeito ético adotar como máxima sempre agir em conformidade com o direito. Nas palavras do próprio Kant, o princípio universal do direito seria o seguinte: “age exteriormente de tal como que o uso livre do teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”¹¹⁸.

Embora essas ideias ainda estejam longe de configurar uma justificativa plausível para o respeito incondicional às leis e à submissão voluntária ao poder estatal, elas abrem a possibilidade para conciliar o ideal de direito com o uso da coerção a ele inerente. É o próprio Kant que explica:

Tudo o que não é conforme ao Direito é um obstáculo à liberdade segundo leis universais; mas a coerção é um impedimento ou resistência com que se defronta a liberdade. Conseqüentemente, se um determinado uso da liberdade é, ele próprio, um obstáculo à liberdade segundo leis universais (i.e., não conforme com o Direito), a coerção que se lhe opõe, como impedimento a um obstáculo à liberdade, está de acordo com a liberdade, quer dizer: é conforme ao Direito. Daí, que esteja ao mesmo tempo associada ao Direito uma faculdade de coagir aquele que lhe causa prejuízo, de acordo com o princípio da não-contradição. (KANT, 2005, p. 44/45).

Desse modo, com esse jogo de palavras, Kant sustenta que o direito poderia ser justificado como forma de possibilitar a coexistência pacífica

118 As citações referem-se, respectivamente, às páginas 42, 43, 56 de KANT, 2005.

da liberdade, sendo dever do ser racional, já que a coexistência com os outros é inevitável, sair do estado de natureza para entrar num estado jurídico, respeitando daí em diante todas as leis existentes.

Kant defendia ainda que, se o povo fosse o autor das leis, nenhuma lei seria injusta, pois ninguém poderia cometer uma justiça naquilo que sobre si mesmo decide (*“volenti non fit iniuria”*). Quase copiando Hobbes, Kant chega a sugerir que os poderes estatais são infalíveis¹¹⁹ e que o dever de obedecer às ordens emanadas do estado e até mesmo de não lhes opor qualquer tipo de resistência seria um princípio prático da razão. Por esse motivo, não sobraria muito espaço para questionar o poder. Afinal, “contra a suprema autoridade legisladora do Estado não há, portanto, resistência legítima do povo; pois que só mediante submissão a uma vontade universalmente legisladora se torna possível um estado jurídico”. E num tom resignado, justifica: “a razão pela qual o povo deve suportar, apesar de tudo, um abuso do poder supremo, mesmo um abuso considerado intolerável, é a de que a sua resistência contra a legislação suprema em si há-de conceber-se como ilegal, como destruidora mesmo da constituição legal na sua globalidade” (KANT, 2005, p. 190).

Como se vê, há tanto em Kant quanto em Rousseau uma determinada concepção de legalidade que busca na própria liberdade a justificativa para a obediência incondicional às leis. Na lição de Castanheira Neves, a única solução possível para a ruptura com o estado da natureza seria uma “solução político-normativa que tivesse por fundamento a liberdade e por objecto a liberdade, uma solução da liberdade para a liberdade, mediante uma relação comunitária da liberdade consigo mesma e que nessa sua comunitária automediação se institucionalizasse politicamente. O poder constituir-se-ia assim, enquanto institucionalização da liberdade, com fundamento na mesma liberdade e com objectivo a ela, e não contra ou no limite da liberdade” (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 538). Foi essa concepção iluminista de legalidade que possibilitou a identificação, pela primeira vez na história, do direito e da lei, criando para o indivíduo que

119 Dos poderes estatais, considerados na sua dignidade, “dir-se-á que a vontade do legislador (*legislatoris*), no que se refere ao meu e ao teu exteriores, é insusceptível de reparo (irrepreensível), a faculdade executiva do governante supremo (*summi rectoris*) é incontestável (irresistível) e que o veredito do juiz supremo é irreversível (inapelável)” (KANT, 2005, p. 183).

abandona o estado da natureza e ingressa na vida social um vínculo comunitário que o obriga a respeitar incondicionalmente tudo aquilo que for racionalmente aprovado como lei geral e abstrata pela comunidade¹²⁰.

Uma exceção a essa linha de pensamento que estabelece um dever praticamente absoluto de respeito às deliberações coletivas pode ser encontrada em John Locke, em cuja influente teoria está o embrião da moderna teoria dos direitos fundamentais. O exercício do poder estaria assim condicionado à observância tanto de pressupostos substanciais quanto formais. Os pressupostos substanciais seriam relacionados aos objetivos que justificariam a vida em sociedade, tais como a conservação da vida, da liberdade e da propriedade. Os pressupostos formais, por sua vez, teriam relação com o Estado de Direito, de modo que o órgão legislativo deveria estabelecer leis conhecidas e consentidas pelo povo, sendo-lhe proibido governar por meio de decretos extemporâneos e arbitrários; deveriam existir juízes conhecidos e autorizados a resolverem as controvérsias com base nessas leis; e a força comunitária somente poderia ser usada para a execução de tais leis. E tudo isso visando apenas à paz, à segurança e ao bem geral do povo (LOCKE, 1824, p. 414/415).

Como se nota, há na proposta de Locke uma clara preocupação em estabelecer restrições materiais e formais ao poder de governar, inclusive em relação ao Poder Legislativo, que também estaria condicionado ao respeito ao bem geral da comunidade, de modo que não poderia nunca destruir, escravizar ou propositalmente empobrecer os cidadãos. Esses limites, no modelo teorizado por Locke, seriam estabelecidos pelas leis da natureza, que não seriam revogadas pela formação da sociedade. Em razão disso, elas continuariam vinculando os indivíduos e os legisladores eternamente, servindo como padrão para a elaboração de todas as leis (LOCKE, 1824, p. 418/419).

No entanto, no arranjo institucional desenvolvido por Locke, não havia nenhum instrumento eficaz para garantir o respeito a essas restrições. Sua resposta à questão sobre o que fazer quando ficar constatado que os

120 Para uma esquemática explicação da importância da generalidade e abstração da lei como garantia da universalidade racional que possibilitou o desenvolvimento da concepção iluminista de lei, especialmente em Kant e Rousseau, ver: LINHARES, 2008/2009, p. 31/34.

governantes agiram contra o bem da comunidade e deixaram de respeitar a vida, a liberdade e os bens dos indivíduos, foi explosiva, mas de pouca praticidade. Para ele, o remédio autêntico contra a autoridade ilegítima seria responder na mesma moeda, pois quem abusa da força coloca-se em estado de guerra com o agressor. E nesse estado de guerra cessariam todos os vínculos, extinguir-se-iam todos os outros direitos, e todos teriam o direito de defender-se e de resistir ao agressor. Do mesmo modo, quando o Legislativo tenta tomar ou destruir a propriedade do cidadão, ou subjugar-lo ao seu poder arbitrário, perderia o direito que o povo lhe conferiu, surgindo para o povo o direito de negar-lhe obediência e de substituí-lo por outro mais conveniente que zele pela segurança de seus membros (IDEM, p. 469).

A proposta de Locke, embora possa parecer radical à primeira vista, é rodeada de cautelas para não levar a uma instabilidade social de largas proporções. Afinal, se qualquer pessoa prejudicada por uma lei ou uma decisão tivesse o direito de resistir ao seu cumprimento, reinaria a anarquia e confusão. Por esse motivo, Locke sugere que somente se deveria usar a força para resistir à injustiça e ao abuso. Se alguém criasse embaraço ao cumprimento das leis em qualquer outro caso, tornar-se-á merecedor de justa condenação. Assim, a possibilidade de resistência, além de ser de difícil execução, seria um direito reconhecido apenas em situações excepcionais.

Embora o reconhecimento do direito de resistência tenha sido um grande avanço, teve pouca praticidade pela inexistência de uma fórmula institucional segura para garantir o seu exercício. Locke reconhece que o ideal seria que houvesse um remédio jurídico para o problema, pois isso evitaria que a parte prejudicada recorresse à força para corrigir uma injustiça contra si cometida. Mas Locke não desenvolve tal remédio com pormenor. Na verdade, Locke caminha em círculos quando, depois de muito discorrer sobre o direito de resistência, sugere que o árbitro final de qualquer controvérsia é uma abstração coletivizada que ele designa por *corpo do povo*. “If a controversy arise betwixt a prince and some of the people, in a matter where the law is silent, or doubtful, and the thing be of great consequence, I should think the proper umpire, in such a case, should be the body of the people” (LOCKE, 1824, p. 484). Isso

significa, em termos práticos, que a palavra final caberá sempre ao Poder Legislativo, restando pouco espaço para revolta quando a dúvida envolver a própria justiça ou injustiça de uma deliberação parlamentar. O corpo do povo seria, nessa perspectiva, um novo Leviatã. E um Leviatã particularmente perverso, pois alicerçado não mais apenas na mera força física, mas também na força política das multidões que, quando desvirtuada, pode produzir monstros.

2.3 Análise crítica dos modelos teóricos alicerçados no consentimento político

Political power protects us from tyranny... and itself becomes tyrannical – Michael Walzer, “Spheres of Justice”

Os modelos teóricos até aqui analisados procuram justificar o exercício do poder legítimo no consentimento dos governados. Ainda que nem todos os pensadores contratualistas admitam e defendam a representação política, o consentimento dos governados pode ser designado como um consentimento político, manifestado através de um procedimento eleitoral onde alguns membros da comunidade (os cidadãos) elegem seus representantes para deliberarem em seu nome. A participação popular, nesse modelo, opera-se em dois momentos centrais: numa fase preliminar à deliberação, por meio da escolha dos membros da assembleia, e numa fase posterior à deliberação, através de novas eleições em que serão escolhidos os membros da nova legislatura. Entre uma eleição e outra, os eleitores podem acompanhar o desempenho dos parlamentares, mas não participam diretamente do processo decisório. Em tese, as eleições periódicas conferem aos eleitores a possibilidade de exercerem um juízo de censura em relação aqueles representantes que, durante seu mandato, não agiram em conformidade com a vontade popular. A possibilidade de ser derrotado nas eleições tenderá a fazer com que o representante eleito procure tomar decisões que reflitam os mesmos valores e ideais compartilhados por seus eleitores, garantindo que, ao final da deliberação parlamentar, a medida aprovada corresponda ao desejo da maioria da população votante.

Embora esse modelo tenha inegáveis méritos¹²¹, ele também possui alguns defeitos relevantes que merecem ser apresentados para que se possa dar o passo seguinte em direção à mudança de paradigma que ocorreu em favor de um modelo alicerçado no consentimento ético-jurídico.

As críticas mais óbvias, apontadas à exaustão por vários pensadores, referem-se ao caráter meramente especulativo das construções teóricas que inspiram o consentimento político. Os autores até aqui analisados propuseram-se a responder questões eminentemente práticas, relacionadas ao dever de obediência e à autoridade do poder estatal, mas, ao invés de mirarem a realidade, partiram para modelos demasiadamente transcendentais, baseados em fenômenos inexistentes e fictícios, como o próprio conceito de contrato social¹²². Essas propostas teóricas seriam, então, como castelos de cartas que desmoronariam com um simples sopro, pois, na prática, ninguém assina um documento formal dizendo que concorda com todas as leis aprovadas pelo parlamento e que aceitará todas as decisões que serão tomadas a partir da interpretação dessas leis. Contrato social, estado da natureza, vontade geral, reino dos fins seriam conceitos demasiadamente abstratos e desvinculados da realidade para justificarem um dever tão concreto quanto o de respeitar as leis, sobretudo as leis mais opressivas.

A saída que o contratualismo encontrou para escapar desse tipo de crítica foi defender o caráter meramente hipotético do contrato social. Nesse sentido, se houvesse, de fato, um contrato social, seria racional as-

121 Em seu texto “*Democracy as a Universal Value*”, Amartya Sen defende que a democracia e a liberdade política teriam uma importância intrínseca, pois induzem os governos a levarem em conta o interesse das pessoas que serão afetadas por suas decisões. Ressalte-se, porém, que, para Sen, a democracia não é meramente o governo da maioria, pois compreende a observância de uma série de condições procedimentais e substanciais que não podem ser afastadas. Tais condições envolvem, por exemplo, o direito de voto, o respeito aos resultados eleitorais, a proteção da liberdade, sobretudo aquelas que permitem a formação coletiva da vontade (manifestação do pensamento, liberdade de reunião e de expressão etc.), direito à informação, iguais oportunidades para que as pessoas possam expressar seus pontos de vista e influenciar as deliberações e assim por diante. Daí porque a democracia teria não apenas uma importância instrumental (de participação política para garantir a responsabilidade dos governos e a prestação de contas), mas também uma importância construtiva para a formação dos valores e para a compreensão das necessidades, direitos e obrigações e uma importância intrínseca para a vida do ser humano (SEN, 1999, p. 3-17).

122 Uma das críticas mais sólidas às teorias baseadas no contrato social pode ser lida em: HUME, 2002, especialmente o capítulo XII da Parte II (“Do Contrato Original”). Referido texto foi publicado, originalmente, em 1748, e pode ser lido, em sua versão inglesa, em: HUME, 1748.

siná-lo, caso fossem preenchidas determinadas condições, pois ninguém desejaria viver fora da proteção do estado. Assim, o contrato social seria descartado como um evento histórico real e incorporado na teoria política tão somente como um ponto de partida intelectual ou um método de raciocínio específico para o desenvolvimento de instituições idealizadas¹²³.

Mas a transformação do contrato social em um mero “artifício de representação” não salva as teorias que procuram fundamentar o poder em um consentimento político, conforme se verá. Inicialmente, é preciso desfazer dois mitos que sondam as principais propostas alicerçadas no consentimento político. O primeiro é o mito da representação popular. O segundo é o mito do consentimento tácito pela participação eleitoral, segundo o qual o mero fato de votar já implica uma aceitação de submissão a um governo de leis e, uma vez aceita essa condição, tudo o que seja aprovado pela maioria pode ser legitimamente imposto aos demais cidadãos¹²⁴. Há pelo menos três problemas graves nessas ideias. Em pri-

123 Segundo Rawls, Kant teria sido o primeiro a reconhecer o caráter hipotético do contrato social (RAWLS, 2007, p. 14). Veremos também que John Rawls adota especificamente essa versão hipotética do contrato social, assumindo a natureza ficcional do contrato para reconhecê-lo como um mero instrumento metodológico ou como “artifício de representação” (“*device of representation*”) (RAWLS, 1993, p. 24). Robert Nozick, mesmo adotando uma proposta crítica à teoria da justiça de Rawls, reconhece que a invocação de um suposto estado da natureza e de um fictício contrato social pode fornecer uma luz importante para esclarecer algumas questões da filosofia política, ainda que *não* seja a explicação correta (NOZICK, 1999, p. 9).

124 Há um outro sentido de *consentimento tácito* dentro da teoria do contrato social. Refiro-me à ideia segundo a qual, a partir do momento em que o indivíduo aceita receber a proteção e a segurança do estado, estaria consentindo em cumprir as suas ordens. Essa proposta foi adotada por Locke, que defendia que qualquer um que tenha posses ou viva sob a proteção do governo estaria dando, por isso mesmo, o seu consentimento tácito, obrigando-se a obedecer às leis desse governo enquanto durar o desfrute, como qualquer outro membro da comunidade. O consentimento tácito decorreria, portanto, do uso de vantagens oferecidas pelo estado, como as vias públicas, a segurança, a proteção jurídica e assim por diante: “*Every man, that hath any possessions, or enjoyment, of any part of the dominions of any government, doth thereby give his tacit consent, and is as far forth obliged to obedience to the laws of that government, during such enjoyment, as any one under it*”. (LOCKE, 1824, p. 409). Aliás, um argumento semelhante já havia sido elaborado por Platão, provavelmente inspirado em argumentos reais utilizados por Sócrates para justificar a obediência à decisão que o condenou à morte. A ideia é que qualquer pessoa pode, se assim desejar, mudar-se de cidade, caso não esteja satisfeita com o conteúdo das leis. Assim, se a pessoa decide ficar, significa que aceitou respeitar as leis daquela sociedade. Esse argumento recebeu uma dura e devastadora crítica de David Hume, que questionou: “será lícito afirmar seriamente que um pobre camponês ou artífice tem a possibilidade de livremente abandonar o seu país, quando não conhece as línguas nem os costumes estrangeiros, e vive apenas o seu dia-a-dia com o pequeno salário que ganha? Seria o mesmo que dizer que um homem, devido ao facto de permanecer num navio, dá o seu livre consentimento à autoridade do capitão, embora tenha sido levado a bordo enquanto dormia, e só lançando-se ao mar e morrendo possa sair desse navio” (HUME, 2002, p. 407).

meio lugar, nem toda democracia é tão democrática ao ponto de permitir o sufrágio universal. Ao longo da história, vários grupos foram excluídos do processo de escolha, especialmente as mulheres, os escravos e os estrangeiros. Esse primeiro problema talvez tenha sido minorado com a ampliação da base eleitoral nas democracias contemporâneas, mas há ainda um segundo problema: mesmo nas democracias contemporâneas, que admitem o sufrágio universal (com exclusão dos estrangeiros e outros grupos menores, como os prisioneiros, as crianças, os analfabetos etc.), o processo eleitoral costuma ser tão viciado e tão influenciado pelo poder econômico que dificilmente retrataria um consentimento no sentido autêntico do termo. Como diria Hume, “nos poucos casos em que possa parecer ter havido um consentimento, este foi geralmente tão irregular, tão limitado ou tão misturado com a fraude e a violência, que não se lhe pode atribuir grande autoridade” (HUME, 2002, p. 405). Certamente, essa crítica poderia ser rebatida com a alegação de que a fraude eleitoral é uma distorção e, portanto, não pode ser tratada como um acontecimento típico e normal das democracias. Apesar disso, há um terceiro problema ainda mais grave: muitos cidadãos, como os que se abstiveram de votar, ou votaram nulo, ou votaram em candidatos perdedores, ou não puderam votar, não estão dando qualquer consentimento em obedecer às regras estabelecidas por um governo que não ajudaram a eleger. Além disso, há uma enorme assimetria de poder político entre os eleitores, de modo que o princípio “um homem, um voto” nem sempre tende a possibilitar uma verdadeira paridade de armas.

A rigor, o resultado de uma votação não revela nada de especial, mas apenas que um candidato ou uma proposta tiveram mais votos ou menos votos, o que não necessariamente significa que as pessoas votaram pelas razões certas, orientadas pela busca da solução mais justa, nem mesmo que votaram com pleno domínio das informações necessárias para escolher a melhor solução. A própria qualidade das eleições depende uma série de condições substanciais que a mera existência de um procedimento de votação não é capaz de garantir. É necessário que exista uma rede de liberdades, acesso à informação, direito de crítica e de reunião, efetiva possibilidade de discussão e de dissidência, direito de oposição política, presença de um sistema eleitoral confiável, independência dos meios de

comunicação social e assim por diante. Isso sem falar que o povo precisa ser bem instruído (educação, cultura, conhecimento etc.), não ser privado de condições mínimas de dignidade (saúde, alimentação, moradia etc.) e ter efetiva possibilidade de escolha (eleições livres, debate amplo, informações precisas e acessíveis etc.). A mera faculdade formal de poder votar, sem a presença daqueles valores tão caros ao debate livre, aberto e bem informado, não só é insuficiente para gerar resultados justos, como também pode até dar uma falsa sensação de democracia, como bem demonstram as tiranias que se instalam em regimes autoritários e alcançam a esmagadora maioria de votos em eleições fraudadas¹²⁵. Não é necessário sustentar que a teoria do mandato é um embuste. Mas, com toda certeza, pode-se afirmar, sem medo, que a representação política está muito longe de configurar uma manifestação inequívoca de aprovação popular a qualquer ato normativo do poder eleito.

Referida crítica – importa enfatizar – não se baseia numa desconfiança na capacidade do indivíduo de tomar coletivamente decisões sábias, mas na constatação empírica de que o sistema representativo nem sempre funciona a contento, gerando uma perene crise de representatividade e uma constante desilusão em relação ao sistema político. O que o voto pode proporcionar – e isso já é em si valioso, mas não suficiente – é uma alternância pacífica do poder e uma possibilidade mínima de controle popular sobre o governo, sobretudo quando corrigidas as distorções de um procedimento eleitoral marcado pela influência do poder econômico e pelo fisiologismo. Mas não se pode adotar uma postura ingênua de acreditar que a democracia representativa tem uma inquestionável legitimidade decorrente do procedimento eleitoral e que é capaz de gerar, por si só,

125 Sobre isso: SEN, 2009, p. 93/94 e 327. Sen também invoca o “Teorema da Possibilidade Geral” (*General Possibility Theorem*), de Kenneth Arrow, que demonstra que nenhum procedimento de escolha social que possa descrever como racional e democrático é capaz de levar a que as decisões sociais satisfaçam em simultâneo os interesses de todos os membros de uma sociedade. Isso porque, em um sistema eleitoral majoritário, pode ocorrer que uma alternativa A derrote a alternativa B e, ao mesmo tempo, a derrotada alternativa B vença uma alternativa C que, por sua vez, derrote a vitoriosa opção A. Ou seja, a maioria da população pode desejar A, mas não B; B, mas não C; e C, mas não A. Ao final, não há qualquer procedimento racional para decidir, majoritariamente, qual das três opções é, de fato, a desejável. Assim, conforme sugere Robert Dahl, pode-se concluir que, “a não ser que se permita que uma pessoa domine todas as outras, não existe uma solução para a maioria cíclica que não viole ao menos um de vários outros pressupostos razoáveis (DAHL, 2012, p. 227/230).

um dever incondicional de obedecer a tudo o que for aprovado no âmbito parlamentar. A mera existência do direito de votar e de ser votado não implica um consentimento absoluto do eleitorado acerca do mérito das deliberações tomadas pelos eleitos e também não pode ser o único fator a ser levado em conta para conferir a validade jurídica das deliberações legislativas, pois, conforme sugeriu Castanheira Neves, a lei não garante, só pelo fato de ser lei, que o seu conteúdo tenha assumido e cumprido a intenção do direito e da justiça. O fato de haver um legislador, mesmo eleito pelo povo, não exclui a possibilidade de opressão, do arbítrio e da discriminação legal. Por isso, “pretender o triunfo do direito pela exigência apenas do ‘primado da lei’ é não só insuficiente, como suscetível de conduzir mesmo a resultados inversos daqueles que se pretendem”¹²⁶ (CASTANHEIRA NEVES, 1995a, p. 232).

De qualquer modo, os modelos teóricos que buscam o fundamento do poder em um suposto consentimento político manifestado através de um procedimento eleitoral falham por outro motivo fundamental. Eles tendem a retratar o ser humano com um indivíduo abstrato, possuidor de desejos e projetos de vida que se dissolvem na passagem do estado da natureza para o estado civil. Nesse processo, as divergências individuais desapareceriam através de uma padronização forçada das vontades, em que as concepções minoritárias são subjugadas pelo pensamento dominante. Os riscos dessa padronização forçada de vontades são óbvios, mas precisam ser detalhados.

O primeiro risco decorre da possibilidade da eclosão de uma tirania da multidão. A história tem ensinado que, nos momentos de desespero, os interesses de grupo costumam ter um forte peso nas escolhas individuais, e os detentores do poder são capazes de fazer qualquer coisa para alcançar seus objetivos, ainda que, para isso, seja necessário passar por cima dos opositores. O grupo beneficiado pelo exercício do poder não terá qualquer crise de consciência em dar seu aval legitimador às práticas mais atrozes, se isso for capaz de satisfazer as suas necessidades e desejos imediatos. Quando isso ocorre, o Poder Legislativo pode tornar-se

126 E como diria Freund (apud CASTANHEIRA NEVES, 1995a, p. 86), “a verdadeira ilusão consiste em crer que o reino da lei será sempre sinônimo de democracia”.

uma máquina de opressão bastante eficiente que, ao invés de limitar o poder político, fornece ainda mais força ao sistema oficial de opressão, na medida em que confere um manto de legalidade ao poder constituído.

Além disso, esse modelo cria um mecanismo institucional de desoneração da responsabilidade, fazendo com que a culpa individual seja expiada pela culpa coletiva. Os funcionários responsáveis pela aplicação das leis, nessa ótica, ganham um potente anestésico ético para praticarem as mais cruéis violências contra outros seres humanos, sem serem incomodados de forma tão intensa pela norma moral que cada um carrega dentro de si¹²⁷.

Os pensadores clássicos do Iluminismo não conseguiram elaborar nenhum mecanismo capaz de substituir a vontade da maioria por uma vontade eticamente comprometida. O modelo clássico de separação de poderes foi desenvolvido para garantir a segurança jurídica, através de um sistema que distingue dois momentos de realização do direito: a aprovação da lei geral pelo parlamento e a sua aplicação no caso concreto pelo juiz. Esse modelo é eminentemente procedimental e se baseia em uma lógica simples e fácil de ser compreendida e implementada do ponto de vista prático. Quando surge um conflito social, submete-se o problema a uma assembleia formada por representantes do povo, que terão a missão de transformar a vontade coletiva em lei uniforme e geral. O grupo insatisfeito mobiliza-se politicamente para mudar os parlamentares, conforma-se convenientemente com a situação ou muda de sociedade. Parece ser uma lógica bem simples, até porque o voto, que é o instrumento por excelência do consentimento político, é matematicamente mensurável: quanto mais votos, maior é a adesão; e quanto maior a adesão a uma determinada tese, maior será a sua legitimidade política. Mas é também uma lógica perigosa. Ela pode funcionar bem em sociedades onde as pessoas possuem uma forte compreensão de comunidade e estão dispostas a sacrificar seus próprios interesses em favor da coletividade. Ou então pode funcionar naquelas situações em que a maioria estiver disposta a apoiar as reivindicações da minoria, o que pressupõe um tipo de escrutínio muito diferente do modelo atual em que o que move as escolhas é o interesse

127 A inspiração para esse argumento surgiu após a leitura de MILGRAM, 1983.

próprio. De um modo geral, não é um método satisfatório para alcançar soluções eticamente comprometidas, já que o combustível que move a vontade parlamentar é o voto, e a força das urnas tende a calar a minoria politicamente enfraquecida e a favorecer os grupos com melhor articulação política.

Além disso, para que um modelo de consentimento político seja bem-sucedido e não gere tantas injustiças é preciso que os valores sociais sejam relativamente homogêneos, algo não tão simples de presenciar nas sociedades contemporâneas. Na verdade, esse modelo tende a gerar uma uniformização forçada dos valores sociais, na medida em que apenas protege o pensamento dominante. Isso ocorre porque, na democracia representativa, os conflitos sociais, inclusive os de natureza moral, são resolvidos a partir de um processo de medição de forças. O grupo que consegue transformar sua concepção moral em lei pode usar a força do estado para obrigar a todos os demais a seguirem seus próprios valores. Há uma pretensão, nesse modelo, de estabelecer um *código moral uniforme*, reforçado pela normatividade jurídica, que todos os membros da sociedade deverão seguir indistintamente¹²⁸. Se a maioria da população

128 Uma explícita defesa desse modelo foi realizada pelo Lorde Patrick Devlin, na Inglaterra, num famoso artigo intitulado “*Enforcement of Morals*”, de 1959. No referido artigo, Devlin defendeu o uso do sistema jurídico como mecanismo de controle dos padrões morais da sociedade. O pano de fundo da discussão envolvia a proibição legal do homossexualismo, da prostituição e das publicações pornográficas, tidos como imorais por boa parte da população inglesa e norte-americana. Para Devlin, se essas práticas constituíam um vício tão abominável que a sua simples presença constitui uma ofensa, então deveria ser reconhecido o direito da sociedade de erradicá-las por meio do sistema jurídico, inclusive das leis penais. O estado teria, portanto, um papel a desempenhar como tutor moral da sociedade e guardião geral dos bons costumes, sendo legítimo o uso do direito penal como técnica pedagógica para que os membros da sociedade pautem suas condutas de acordo com os padrões morais dominantes. Os argumentos de Lorde Devlin podem ser sintetizados do seguinte modo: 1 – Uma sociedade não pode sobreviver a menos que alguns padrões de moralidade sejam impostos a todos os membros da sociedade, mesmo contra a sua vontade, pois uma certa conformidade moral é essencial. 2 – Toda sociedade tem o direito de preservar sua própria existência e, por consequência, tem o direito de insistir na manutenção de tal conformidade, utilizando as instituições e as sanções penais para fazer valer tal direito. Dessa forma, a sociedade pode usar a legislação para preservar a moral da mesma maneira que a utiliza para salvaguardar qualquer outra coisa que seja essencial para a sua existência. 3 – Práticas como o homossexualismo, o adultério, a poligamia, a pornografia, a prostituição, minariam as bases da sociedade ocidental, especialmente a família, de modo que as implicações sociais de se permitir tais condutas seriam desastrosas. 4 – Para conciliar essa ideia com a ideia de liberdade, Lorde Devlin sugere que o estado somente deveria intervir quando a própria integridade da sociedade estivesse em jogo, em razão de uma prática profundamente imoral, que gerasse um sentimento público muito forte, duradouro e insistente de intolerância, indignação e repulsa. 5 – Desse modo, caberia ao legislador manifestar-se sobre essas questões, decidindo se as instituições

votante considera que a prática de ato homossexual é um ato censurável, aprova-se uma lei criminalizando a conduta. Se os eleitores majoritariamente seguem uma cultura monogâmica, criminaliza-se a poligamia e o adultério. Se o casamento é reconhecido pela maioria como a única forma legítima de família, as uniões afetivas que não estejam formalizadas não geram qualquer efeito jurídico. Se um grupo conservador consegue obter uma maioria política, criam-se regras limitando a prática da prostituição e o comércio de pornografia, ou então proibindo o divórcio e as relações extraconjugais. Se a imigração está ameaçando os empregos da população local, aprovam-se medidas de discriminação contra os estrangeiros e assim por diante.

A lógica do princípio majoritário também tende a favorecer grupos com forte poder de mobilização política, ainda que não sejam numerosos. Industriais, comerciantes, sindicatos, associações corporativas costumam ser favorecidos por esse sistema e podem conseguir que sejam aprovadas leis que beneficiem seus interesses, ainda que o conteúdo dessas

que parecem estar ameaçadas por estas práticas imorais são suficientemente valiosas para serem protegidas à custa da liberdade humana. 6 – Se a grande maioria da comunidade concordar que uma prática imoral deve ser considerada como criminosa, deve-se dar a essa maioria o direito de seguir suas próprias luzes, decidindo em conformidade com as crenças morais dominantes, pois a sociedade tem o direito de proteger suas mais importantes e valiosas instituições contra condutas que a vasta maioria de seus membros desaprova. Baseei-me, na elaboração desses argumentos, na síntese feita por Ronald Dworkin, no seu texto “*Liberty and Moralism*” (DWORKIN, 1978, p. 240/258 – na versão brasileira: p. 373/376). Referido artigo foi intensamente criticado por autores liberais – como Hart e Dworkin – que defenderam que não há qualquer comprovação empírica de que a sociedade se destruirá se não forem punidas as práticas apontadas por Devlin como imorais. Existem, de fato, sociedades altamente civilizadas que toleram o homossexualismo, a prostituição e o comércio de material pornográfico, entre outras práticas apontadas como imorais, não havendo como defender que a proibição legal dessas condutas possa ameaçar a própria existência de tais sociedades. Seguindo essa linha argumentativa, o fato de que determinada conduta seja considerada imoral, de acordo com os padrões dominantes na sociedade, não seria suficiente para justificar a sua criminalização. O uso da coerção legal, especialmente quando está em jogo a liberdade do indivíduo, exigiria uma razão forte para ser legítima. Não seria razoável encarcerar o indivíduo, sujeitando-o ao sofrimento físico e moral, privando-o da convivência com a família e com amigos, por um motivo banal. E o moralismo de índole sexual certamente não seria, por si só, uma boa razão, especialmente porque, em geral, as condutas apontadas como imorais não provocam dano ou sofrimento a terceiros. Assim, somente seria justificável usar o sistema jurídico penal como mecanismos para persuadir as pessoas, ante o temor da punição, a abster-se de praticar condutas danosas aos outros. Seria ultrajante punir alguém que, na sua privacidade, adota uma conduta sexual que outras pessoas considerem como imoral, quando não há dano a terceiros, sobretudo quando o fundamento do padrão moral adotado é uma concepção religiosa específica. Sobre isso, além do mencionado texto de Dworkin: HART, 1963. A ideia de consentimento ético-jurídico incorpora essas críticas liberais a um modelo jurídico que apóie o *enforcement of morals*.

leis possa gerar um choque de interesses com as necessidades de outros grupos ou indivíduos. Assim, a aplicação incondicional do majoritarismo é capaz de gerar soluções injustas, na medida em que não fica afastada a discriminação de grupos conforme o seu poder político e econômico.

Essa distorção do princípio majoritário ocorre, dentre outros motivos, porque as pessoas costumam votar conforme o interesse próprio, preferindo aquilo que é imediatamente útil para si a uma promessa de bem comum no longo prazo. Conquista-se o voto, em geral, pelas sedutoras promessas de uma vida melhor para o eleitor aqui e agora. O incentivo primordial dos eleitores é o benefício de curto prazo, conforme o seu papel na sociedade. Um industrial apoiará o candidato que votará nos interesses específicos da sua atividade econômica. Um proprietário de terras investirá na campanha do candidato que prometa se unir à bancada ruralista. Pessoas com fortes valores religiosos tenderão a apoiar os políticos que sigam a orientação moral de sua igreja e se comprometam a votar nas leis que espelhem esses valores. Os trabalhadores tentarão eleger os parlamentares que votem a favor da causa trabalhista e assim por diante. Parece claro que isso é o que se espera de um modelo político representativo, não havendo qualquer distorção ou imoralidade nisso. A distorção está na exploração dessa característica do sistema eleitoral pelos agentes políticos. Sabendo que o que o move a maioria dos eleitores é o interesse particular e de grupo, os votos tenderão a ser considerados como mercadorias negociáveis, e os discursos políticos quase sempre apresentarão características demagógicas no intuito de seduzir os eleitores. Além disso, esse modelo estimulará a barganha política em que o voto funcionará como moeda de troca e a coerência será deixada de lado em favor do pragmatismo da vitória eleitoral. Por esse motivo, o consentimento político-eleitoral nunca é capaz de representar, com absoluta precisão, a vontade geral, conforme já havia alertado Rousseau¹²⁹.

129 Pode-se invocar, nesse ponto, a conhecida dicotomia desenvolvida por Habermas entre *agir estratégico (orientado pelo êxito)* e *agir comunicativo (orientado pelo entendimento)*, que pode ser mobilizada para explicar as motivações que inspiram o consentimento político e as motivações que inspiram o consentimento ético-jurídico, no sentido aqui utilizado. O agir estratégico parte do pressuposto de que as decisões são tomadas levando em conta os interesses pessoais dos indivíduos. Por sua vez, o agir comunicativo pressupõe que as decisões são tomadas com base nos interesses interpessoais do bem-comum e da reciprocidade. O agir estratégico – aqui aproximado do consentimento polí-

Para demonstrar a possibilidade de injustiça resultante de uma deliberação tomada pela maioria de votos de pessoas auto-interessadas, basta citar um exemplo simples envolvendo a distribuição de bens entre alguns votantes. Digamos que três eleitores – A, B e C – precisam aprovar uma regra para regulamentar a distribuição de uma certa quantia de dinheiro entre si. Cada um irá apresentar a proposta que repute melhor e submeterá a questão a uma votação, onde vencerá aquela que obtiver a maioria dos votos. Seria possível elaborar várias regras de distribuição que poderiam ser justificadas numa perspectiva de justiça. Por exemplo, a regra formal de distribuir os recursos de forma igualitária, onde cada um dos votantes receberia exatamente a mesma quantia, certamente poderia receber um apoio entusiasmado de muitas pessoas. Mas também seria possível desenvolver algumas regras de justiça material para justificar algum tipo de distribuição desigual, baseada em algum critério relevante de desigualização: muitos considerariam justo distribuir os valores de acordo com o mérito de cada indivíduo, premiando aqueles que mais contribuíram com o seu talento e capacidade para obter aqueles valores; outros considerariam justo distribuir os valores de acordo com o esforço de cada indivíduo, independentemente de saber se esse esforço, de fato, teve resultados frutíferos e eficientes; há aqueles que defenderiam a distribuição desses recursos conforme a necessidade de cada indivíduo, a fim de beneficiar os que mais precisam, mesmo que, por algum infortúnio, a sua contribuição para a aquisição dos recursos tenha sido pífia; seria ainda possível adotar algum critério de compensação, para justificar algum tipo de injustiça história praticada contra alguém em alguma distribuição ocorrida no passado e assim por diante.

Como se observa, uma deliberação simples pode resultar em diversas regras de distribuição e é possível que essas diversas regras tenham uma justificação ética que lhe dê suporte. Há teorias de justiça que podem servir de fundamento a qualquer regra aprovada nos moldes acima.

tico – visa, antes de tudo, influenciar o adversário, ainda que, para isso, seja necessário abrir mão da sinceridade do discurso e usar os mais variados expedientes retóricos de convencimento. Por sua vez, o agir comunicativo não é direcionado pelo cálculo egoísta do êxito, mas pela busca de um entendimento intersubjetivo, o que exige a sinceridade e a transparência na apresentação dos pontos de vista dos agentes. Sobre isso: HABERMAS, 1999, p. 365 e seguintes.

Os nossos eleitores A, B e C poderiam votar em qualquer dessas regras sem serem tachados de arbitrários e injustos.

O problema é que, em uma eleição real, as soluções não precisam passar por um filtro ético. É possível que eleitores se unam, façam acordos e concessões mútuas para aprovar as regras de distribuição que favoreçam os seus próprios interesses. No exemplo acima, nada impede que A e B criem uma coalizão e aprovem, por maioria, uma solução totalmente voltada para sua autosatisfação, desconsiderando as posições, desejos, necessidade e capacidades dos outros. A e B, por exemplo, poderiam se unir e aprovar uma regra em que C não receberia nada, de modo que todos os recursos seriam distribuídos apenas entre A e B. Apesar de inegavelmente injusta, sob qualquer aspecto ético relevante, essa regra poderia, em tese, ser aprovada por maioria de *dois votos contra um*. De acordo com o princípio majoritário, essa deliberação seria válida, pois foi aprovada pela maioria dos votantes, obedecendo ao critério formal do procedimento eleitoral. Apesar disso, parece ser substancialmente injusta seja qual for o princípio de justiça adotado. Daí a máxima, geralmente atribuída a Benjamin Frank, segundo a qual o princípio majoritário “*is two wolves and a lamb voting on what to eat for lunch*”.

As deliberações orientadas pelo princípio majoritário podem gerar soluções insatisfatórias do ponto de vista ético, pois o critério majoritário é um critério formal que, a rigor, aceita qualquer resultado. O que “vale” é habilidade política, inclusive a habilidade de participar de coalizões, onde vários indivíduos se aliarão, com o objetivo de alcançar um objetivo comum, privilegiando seus interesses em detrimento daqueles que não fazem parte do grupo. Na democracia real, esse jogo político das coalizões para maximizar os interesses próprios é considerado um fenômeno normal e pode resultar soluções aberrantes, sobretudo quando a maioria está enfeitada pelo discurso sedutor de alguma mente doentia como um líder messiânico ou mesmo passando por privações temporárias que insuflarão seu instinto de sobrevivência e farão com que os interesses próprios imediatos tornem-se o principal objeto de preocupação.

E mesmo quando a população votante adota como guia de orientação a sua própria convicção moral, livre de qualquer manipulação ou influência danosa, ainda assim a possibilidade de distorções permanece. É que o

princípio majoritário tende a sufocar as vontades minoritárias, obrigando que todos se conformem com os valores daqueles que compõe a maioria. Isso pode gerar uma tentativa arbitrária de homogeneizar os valores sociais e de transformar em lei uma determinada visão de mundo (a visão daqueles que são responsáveis pela elaboração das leis), possibilitando a repressão institucional dos estilos de vida divergentes.

Nas democracias representativas, cujo critério de validação jurídica é apenas o consentimento político, muitas leis refletem o ponto de vista moral dos que estão no poder e esses pontos de vista moral, com frequência, incorporam medidas de exclusão. Isso se torna claro quando analisamos o tratamento legislativo dado a algumas questões morais que, atualmente, dividem a sociedade, como o aborto, a eutanásia, a homossexualidade, a poligamia etc. Essas questões têm sido alvo de debates legislativos há bastante tempo, e o que se observa é que, de um modo geral, a lógica do princípio majoritário, ao longo da história, tem gerado soluções substancialmente opressivas, que privilegiam uma moral dominante, sem qualquer respeito à moralidade diferente e minoritária. A proteção legal da família costuma ser um retrato da família convencional, com a deliberada exclusão de relacionamentos afetivos divergentes. O tratamento jurídico-penal dos costumes também é um reflexo da moralidade dominante. Grupos minoritários, que, por definição, não possuem força política para alcançar um número razoável de votos em favor de sua causa, dificilmente conseguirão obter, na via parlamentar, o reconhecimento de suas reivindicações e, para esse grupo, o sistema de legislação nada mais será do que um poderoso instrumento de repressão. E pode ser um sistema de repressão particularmente odioso, pois, na medida em que proíbe a manifestação de um determinado comportamento cultural, impede que os demais membros do grupo mudem seus valores e tornem-se compreensivos em relação à diversidade, criando justificativas para a exclusão que, na verdade, podem ter origem na própria exclusão.

Tomem-se alguns exemplos. As mulheres tiveram, ao longo da história, seus direitos políticos e civis negados sob o argumento de que não teriam capacidade emocional e intelectual para participarem da vida social em igualdade de condições com os homens. Elas eram tidas como seres inferiores que precisariam da tutela masculina para exercerem os mais

básicos atos da vida civil. E como havia poucas mulheres talentosas na política, na ciência, na indústria e assim por diante, isso parecia uma prova inequívoca da inferioridade feminina. Não se percebia, por exemplo, que o desempenho das mulheres poderia está sendo afetado negativamente justamente por causa daquele modelo excludente, que as infantilizava¹³⁰. A exclusão causava a dependência que justificava a exclusão¹³¹!

O tratamento jurídico conferido aos negros também confirma o mesmo fenômeno. Séculos e séculos de escravidão, reforçada por uma campanha oficial de “desumanização” do negro, criaram uma imagem de inferioridade em que o negro passou a ser considerado como um ser de segunda ou terceira categoria. E as privações de educação, de moradia, de emprego, de convívio social passaram a ser justificadas com base nessa “natural” inferioridade que justificaria a segregação. As leis, aprovadas pela maioria (branca), negavam aos negros o direito a uma educação de qualidade, a um emprego digno, a uma moradia decente ou mesmo o direito de frequentar clubes “de brancos”. O curioso é que tais medidas eram justificadas “racionalmente” pela ideia de superioridade racial dos brancos, que só tendia a aumentar diante do processo de privações a que eram submetidos os negros. Ao que parece, ninguém percebia que a “natural inferioridade dos negros” era fruto de uma artificial e deliberada política de exclusão que não apenas impedia o seu pleno desenvolvimento como também afetava a sua autoestima, o seu amor-próprio, a sua confiança nas próprias capacidades, como também o seu status social e econômico¹³². O produto virava a causa.

O tratamento dado às pessoas com deficiência também se insere, em alguma medida, nessa lógica perversa. Com base no argumento de que

130 Sen desenvolve um argumento semelhante em: SEN, 2009, p. 166/167.

131 Merece destaque, pela enfática defesa do tratamento igualitário entre homens e mulheres e pela percepção de que a condição jurídica da mulher (de inferioridade) prejudicava o seu desenvolvimento, o posicionamento de John Stuart Mill que, já no século XIX, defendia que o princípio que regula as relações sociais existente entre os dois gêneros, ou seja, a subordinação legal de um sexo por outro, é errado em si mesmo, e constitui um dos principais obstáculos para o desenvolvimento humano. Por isso, esse princípio de subordinação deveria ser substituído por um princípio de perfeita igualdade, não se admitindo qualquer poder ou privilégio para um lado e incapacidade para o outro (MILL, 1869, p. 1).

132 Sobre isso: WALZER, 1983, p. 151.

as pessoas com deficiência são incapazes, negam-se-lhes vários direitos relacionados à educação, ao trabalho, à participação política e assim por diante. A estrutura da sociedade é desenhada, consciente ou inconscientemente, para impedir o pleno desenvolvimento dessas pessoas, que, cada vez mais, são excluídas do convívio social, o que agrava ainda mais a sua situação de dependência e vulnerabilidade. Com isso, os impedimentos de caráter social são vistos como algo natural, servindo como pretexto para ampliar a exclusão e a marginalização dessas pessoas, obstaculizando, de antemão, o pleno desenvolvimento de suas potencialidades¹³³.

Um exemplo mais atual refere-se à homossexualidade. A repressão jurídica e social aos homossexuais certamente criou um estereótipo que tem servido para justificar a exclusão que, por sua vez, ajuda a reforçar aquele estereótipo, num círculo vicioso que se autofundamenta e se perpetua. Diz-se que a suposta instabilidade emocional geralmente associada ao comportamento homossexual justifica a exclusão de determinados direitos (como o direito de constituir família, por exemplo), mas não se percebe o quanto isso pode afetar negativamente a condição, inclusive emocional, do homossexual. A homossexualidade é considerada por muitos como um desvio – antinatural, aberrante, imoral etc. – e, por isso, tem sido juridicamente censurada. E como é juridicamente censurada, os homossexuais precisam viver clandestinamente, escondendo-se da sociedade, da sua família, de si próprio, prejudicando a sua autoafirmação como um ser dotado de dignidade. Os efeitos psicológicos dessa negação da própria identidade parecem ser incalculáveis, gerando traumas e desvios comportamentais que, circularmente, são utilizados como justificativas oficiais para a discriminação institucionalizada.

Atualmente, em nome de um pluralismo típico das sociedades contemporâneas, não se pode permitir que a vontade da maioria oprima aqueles que não possuem força política para fazer valer seus interesses na via eleitoral. O desafio é tentar criar um sistema de proteção jurídica que consiga dar vazão à diversidade, possibilitando que os seres humanos possam se desenvolver plenamente como seres autônomos e capazes de

133 O argumento foi apresentado por Martha Nussbaum: NUSSBAUM, 2006, p. 188/189.

traçar o próprio destino, sem serem obrigados a se curvar ao padrão moral imposto por um grupo que, contingencialmente, alcance o poder.

É nesse sentido que surge a ideia de consentimento ético-jurídico como base para o reconhecimento da legitimidade do poder, em substituição a um modelo fundado no consentimento político. Os modelos de legitimação fundados em um consentimento político tendem a aniquilar o sujeito ético, transferindo para as instituições um papel que, em princípio, deveria caber à pessoa humana. A pluralidade de vontades individuais é convertida em uma ilusória vontade única emanada do corpo político, fazendo com que a pessoa perca a sua oportunidade de ser diferente, já que se torna obrigada a agir em conformidade com a doutrina moral dominante, sob pena de ser punida pelas leis do estado. Esse aniquilamento do sujeito ético pela adoção de um modelo institucional que sufoca a divergência não é compatível com a dignidade humana, pois o ser perde grande parcela de sua autonomia e precisa renunciar a diversos projetos de vida que não sejam compatíveis com os valores do grupo dominante. O arranjo organizacional do consentimento político, com a sua preocupação com a separação de poderes, a valorização do Legislativo e da democracia representativa foi construído com base na ideia de autonomia da vontade e de autogoverno popular. O grande problema é que nessa passagem da autonomia pessoal para a autonomia coletiva houve uma transferência da liberdade pessoal para o ente coletivo, que, no fundo, passou a falar, pensar e decidir pelo ser humano, aniquilando sua independência ética.

A superação do modelo alicerçado no consentimento político decorreu em grande medida da institucionalização da liberdade, especialmente da liberdade religiosa e da laicidade do estado dela decorrente. Nos modelos estatais em que o estado adota uma religião oficial, não há espaço para divergências morais, pois o direito incorpora os dogmas da religião oficial, determinando, com base nas crenças daquela concepção religiosa, os comportamentos que serão tolerados e os comportamentos que serão punidos. O princípio da laicidade, ao sugerir uma separação entre os parâmetros de ação estatais e os valores essencialmente religiosos, abala alguns paradigmas que, há milênios, orientam as instituições jurídicas. Afinal, como explicou Fustel de Coulanges, o sistema jurídico, desde suas origens mais remotas, sempre foi fortemente influenciado pela reli-

gião. Conceitos importantes como a família e a propriedade foram desenvolvidos a partir das crenças e ritos religiosos e depois foram assimilados pela legislação da época, incorporando-se ao direito em vigor. Os julgamentos eram realizados de acordo com os ritos religiosos. O tribunal era considerado por muitos como um local sagrado, e é muito provável que os suntuosos prédios dos fóruns sejam um resquício dessa mentalidade; os magistrados eram verdadeiros sacerdotes, o que pode justificar o uso, até os dias de hoje, de vestes talares nas audiências judiciais, além de outros símbolos tipicamente religiosos no ambiente forense; uma única pessoa era, ao mesmo tempo, pontífice e jurisconsulto. Os direitos, deveres e obrigações decorriam da crença religiosa. Assim, por exemplo, o culto ao antepassado teria gerado uma série de regras relativas à família, à propriedade, à ordem de sucessão e a organização doméstica como um todo. Não havia, portanto, como separar o direito e a religião, pois eram os cultos religiosos que constituíam o vínculo que ligava todos os membros da sociedade. Cidades foram fundadas sobre religiões e eram governadas como uma igreja, exercendo um domínio quase absoluto sobre seus membros. A religião se utilizava do poder do estado para dirigir todos os aspectos da vida pública e privada dos indivíduos, forjando a legislação oficial conforme sua própria imagem¹³⁴.

Esse forte vínculo entre o direito antigo e a religião justificava a grande interferência do estado na vida dos indivíduos ao ponto de restar muito pouco em termos de liberdade individual. Não havia, assim, independência individual, pois nem mesmo o corpo da pessoa lhe pertencia. Não havia nem mesmo a noção de vida privada, pois nada escapava da onipotência do estado. Em alguns casos, o indivíduo não tinha o poder nem sobre os próprios filhos, havendo lugares em que os pais eram obrigados a matar os filhos defeituosos. Não havia, do mesmo modo, liberdade religiosa, pois todos eram obrigados a se conformarem aos dogmas, sob pena de punição. Ante a total falta de liberdade, “o ser humano tinha pouquíssimo valor diante dessa autoridade santa e quase divina que se chamava pátria ou estado” (COULANGES, 2009, p. 284/285).

134 Sobre isso: COULANGES, 2009, p. 518. Na continuação do argumento, Coulanges sugere que o cristianismo teria rompido com essa tradição

A quebra desse paradigma está relacionada a diversos fatores interdependentes: (a) em primeiro lugar, a uma ascensão do princípio da laicidade e da tolerância religiosa, que acarretou uma mudança nos parâmetros de justificação do exercício do poder, substituindo o parâmetro teológico por parâmetros pretensamente mais empírico-rationais; (b) em segundo lugar, a uma exaltação da liberdade, sobretudo da liberdade religiosa, a exigir uma postura de tolerância e de respeito às diferenças¹³⁵; (c) em terceiro lugar, a uma valorização do pluralismo e da diversidade, atribuindo-se uma maior importância à autonomia privada, de modo a garantir ao indivíduo a capacidade de buscar sua própria concepção de bem; (d) em quarto lugar, ao surgimento de um sentimento de desconfiança em relação às autoridades constituídas, especialmente em face das críticas desenvolvidas pelos comunistas, socialistas e anarquistas, sobretudo a partir do século XIX; (e) em quinto lugar, ao florescimento daquilo que Benjamin Constant denominou de “liberdade dos modernos”, em contraposição à “liberdade dos antigos”, reforçando a crença de que a deliberação política não deveria ser absolutamente livre para controlar a vontade individual em seus mínimos detalhes¹³⁶.

Nesse contexto de exaltação da liberdade e da aceitação do pluralismo moral como algo inerente a uma sociedade democrática, foi necessário repensar o papel do direito e das instituições jurídicas como um todo. A pretensão totalizante do direito (de regular os mínimos detalhes da vida e da consciência humanas) teve que ser revista e substituída por uma nova forma de regulação de condutas que tenta proteger o exercício autêntico da autonomia em um ambiente de profundas divergências morais. O consentimento ético-jurídico, que está na base dessa ideia, não significa, portanto, uma institucionalização da moral, muito menos uma conversão

135 A esse respeito, sobretudo visando defender que a valorização da tolerância religiosa e das liberdades individuais não significa necessariamente uma afirmação do individualismo solipsista: MACHADO, 1998.

136 De acordo com Constant, entre os antigos, o conceito de liberdade tinha uma concepção voltada à esfera pública, fortalecendo a participação dos cidadãos nas deliberações políticas, mas com pouca influência em sua dimensão pessoal, ou seja, entre os antigos, o indivíduo, quase sempre soberano nas questões públicas, seria escravo em todos seus assuntos privados. Por sua vez, a concepção de liberdade, para os modernos, atingiria sobretudo a esfera privada, dando à pessoa o poder de controlar os assuntos que lhes dizem respeito, limitando os excessos da int interferência estatal na vida das pessoas (CONSTANT, 2008).

forçada a um determinado sistema de crenças. A ideia de criar uma uniformidade moral aproxima-se mais do modelo de consentimento político, onde as divergências morais são resolvidas dentro de um processo de medição de forças políticas. O consentimento ético-jurídico reconhece o caráter potencialmente opressivo da codificação dos valores morais dominantes¹³⁷. Assim, ao invés de reprimir o comportamento divergente, prefere-se valorizar a dignidade-autonomia do sujeito ético, desde que suas escolhas não conflitem com os princípios fundamentais que alicerçam a própria ideia de dignidade. Isso resulta em um modelo de deliberação que busque, acima de tudo, um consenso ético de convivência plural e respeitadora, dentro daquilo que se poderia denominar de “*overlapping consensus*”, tal como desenvolvido por John Rawls¹³⁸.

A ideia de *overlapping consensus* surge a partir da constatação de que as sociedades democráticas contemporâneas caracterizam-se não apenas por um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, mas também por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si que são, apesar de tudo, *razoáveis*. Esse fato – o *fato do pluralismo razoável* – exige a formulação de um arranjo institucional que seja capaz de conquistar um consenso onde pessoas com projetos de vida profundamente divergentes possam subscrever e aceitar. Para que tal consenso seja possível, é preciso que todos se vejam reciprocamente como pessoas livres

137 Nesse sentido, John Rawls defende que um modelo político que tenha por objeto a proteção de uma única doutrina religiosa, filosófica ou moral abrangente só pode ser preservada pelo uso opressivo do poder estatal. Assim, toda tentativa de superar a diversidade de concepções no seio de uma sociedade é necessariamente opressiva. Ele denomina esse fenômeno de “fato da opressão”: “If we think of political society as a community united in affirming one and the same comprehensive doctrine, then the oppressive use of state power is necessary for political community. In the society of the Middle Ages, more or less united in affirming the Catholic faith, the Inquisition was not an accident; its suppression of heresy was needed to preserve that shared religious belief. The same holds, I believe, for any reasonable comprehensive philosophical and moral doctrine, whether religious or nonreligious. A society united on a reasonable form of utilitarianism or on the reasonable liberalism of Kant or Mill, would likewise require the sanctions of state power to remain so. Call this ‘the fact of oppression’” (RAWLS, 1993, p. 37).

138 Há várias tentativas de tradução da expressão “*overlapping consensus*”. Por exemplo: “consenso justaposto”, “consenso por sobreposição”, “consenso por justaposição”, “consenso entrecruzado”, “consenso por interseção”, “consenso por coincidência” e assim por diante. A proposta básica é buscar um tipo de acordo sobre determinados princípios básicos de justiça que pessoas com doutrinas morais conflitantes poderiam aceitar, independentemente de seu papel na sociedade. Esse tema será retomado mais à frente. A melhor fonte de pesquisa sobre esse conceito é: RAWLS, 1993, especialmente a Conferência IV – *The Idea of an Overlapping Consensus* (p. 133/172). Na versão brasileira: RAWLS, 2011, p. 157/203.

e iguais e estejam dispostos a oferecer uns aos outros, condições equitativas de cooperação social, concordando em agir com base nessas condições, mesmo à custa de sacrificar os próprios interesses em determinadas situações, desde que os demais também aceitem esses termos. Assim, o *overlapping consensus* surge como uma tentativa de gerar princípios de justiça que todos os cidadãos livres e iguais possam endossar, mesmo que não compartilhem as mesmas crenças e concepções filosóficas (RAWLS, 1993, p. XLII e 136/147).

O tipo de consenso buscado pelo consentimento ético-jurídico é esse consenso conciliatório, que reconhece o pluralismo razoável como algo inerente à democracia e, portanto, como algo saudável e enriquecedor. Nesse modelo, para que uma deliberação estatal seja considerada legítima, não é suficiente o consentimento político da maioria, nem mesmo o consenso decorrente de uma barganha parlamentar, onde a vontade coletiva decorre de uma convergência de forças ou de uma coalizão política que possa conquistar apoio suficiente para alcançar uma maioria eventual. Também deixam de ser satisfatórios aqueles consensos fundados em razões que, ao fim e ao cabo, instrumentalizam o ser humano, aniquilando a sua dignidade em nome de algum objetivo estratégico. O mais importante, nessa perspectiva, é perceber que a força institucional do estado, mesmo que apoiada pela maioria da população, não pode ser usada para corrigir ou punir aqueles membros da sociedade que discordam da maioria dominante, caso essa discordância envolva um conflito entre doutrinas razoáveis. Sendo assim, o que marca o consentimento ético-jurídico é a ideia de que qualquer deliberação pública deve observar, quanto ao seu conteúdo, determinados parâmetros axiológicos relacionados ao dever incondicional de respeito à pessoa, inclusive o dever de respeito à diversidade.

2.4 O poder eticamente fundado

Os modelos estatais alicerçados no consentimento político, estruturados e organizados para possibilitar uma validação popular dos critérios jurídicos mediante um sistema de representação eleitoral, bem como para garantir a predominância do Legislativo no arranjo institucional da separação de poderes, entraram em declínio ao longo do século XX, embora

ainda persista uma necessária crença nas virtudes de um modelo democrático de deliberação, sobretudo pela possibilidade da discussão pública a ela inerente¹³⁹ e à alternância de poder que, em tese, ela proporciona. Aliás, nesse ponto, é preciso deixar claro que não foi a democracia que entrou em declínio. Pelo contrário. A democracia é cada vez mais valorizada e deve mesmo ser valorizada pelos seus méritos intrínsecos, sobretudo pela sua capacidade de proporcionar um debate público e possibilitar a censura política periódica em relação àqueles governantes que não cumpriram adequadamente o seu mister. A crise do consentimento político afetou mais a crença na incondicional legitimidade do modelo representativo-eleitoral, pois se percebeu que uma técnica de deliberação de baseada na contagem de votos não é suficiente para evitar a tirania legislativa, nem garantir uma efetiva participação popular nos assuntos públicos¹⁴⁰.

Essa crise da representatividade política foi um dos fatores preponderantes para a *ascensão do constitucionalismo*, já mencionada no Capítulo 1, uma vez que o remédio proposto contra o abuso legislativo foi o desenvolvimento da tese da supremacia constitucional e de um sistema de controle de constitucionalidade das leis. É possível observar, nesse contexto de eclosão do constitucionalismo, dois movimentos de grande relevância para o mundo prático do direito: (a) em primeiro lugar, uma pretensão de se despolitizar a juridicidade, retirando do Poder Legislativo o papel de instância soberana da definição do conteúdo da normatividade; (b) em segundo lugar, uma deliberada axiologização da validade jurídica, provocada pela inclusão dos direitos fundamentais no corpo da Constituição, aliado a um esforço de fortalecer a sua normatividade, visando colocá-los fora do alcance das maiorias eventuais.

139 A democracia como argumentação pública (*public reasoning*) foi uma ideia desenvolvida a partir do modelo de “governo pela discussão” (*government by discussion*), expressão cunhada por Walter Bagehot e disseminada por Stuart Mill.

140 A falta de um sentimento de participação popular nos assuntos públicos pode ter sido um dos motivos da insatisfação que levou às mobilizações populares em diversas partes do mundo desde 2011, a começar pela Primavera Árabe, passando pelos movimentos dos precarizados de Portugal e Espanha (Geração à Rasca e Indignados, respectivamente), pelo *Ocuppy Wall Strett* nos Estados Unidos e pelos protestos de junho de 2013 no Brasil, levando milhões de pessoas às ruas de diversas cidades.

Com reconhecimento de que a validade jurídica de uma determinada prescrição legislativa está condicionada ao respeito daqueles valores que emanam das cartas de direitos, o fundamento do Poder Legislativo recebeu um novo ingrediente de legitimação, que pode ser designado de consentimento ético-jurídico. Nesse modelo, busca-se, para além de um consentimento político, um fundamento para o exercício do poder capaz de respeitar as capacidades éticas dos sujeitos envolvidos na controvérsia. A técnica de deliberação político-eleitoral continua a ser a base metódica do processo legislativo, inclusive pelas suas vantagens pragmáticas de possibilitar a participação, o controle popular e a alternância do poder, mas a vontade da maioria, a partir daí, passou a encontrar limites formais e materiais.

Pode-se dizer que ocorreu uma espécie de substancialização do sentido de democracia, ou seja, a democracia passou a ser um modelo de participação política em que a vontade da maioria deve prevalecer desde que não viole certos valores fundamentais. Democracia é, nesse sentido, o respeito à vontade da maioria quando a vontade da maioria respeita os direitos fundamentais da minoria.

A esse respeito, Ronald Dworkin defendeu que a democracia não é apenas um modelo político em que a maioria dos cidadãos pode decidir pelos demais. A democracia, além do aspecto procedimental de participação popular na elaboração das leis, no controle do poder e escolha dos governantes, teria também um aspecto substancial consistente na proteção dos direitos fundamentais, inclusive os direitos que são essenciais à própria democracia, a exemplo da liberdade de expressão, da igualdade e da participação política. Nesse sentido, a democracia pressupõe que as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, a mesma consideração e o mesmo respeito. A ideia de que uma sociedade em que a maioria pode desprezar as necessidades e perspectivas da minoria seria não só injusta, como ilegítima (DWORKIN, 1996, p. 17/18 e 25). Por isso, em seus escritos mais recentes, Dworkin criticou a concepção majoritária (ou estatística) da democracia, defendendo um modelo alternativo, baseado em uma parceria, onde cada cidadão participa de um projeto político como um parceiro igual, o que significa não meramente o direito de votar, mas o direito de ter

uma voz igual e uma parte igual no resultado. Disso decorreria a existência de direitos que pré-existem à própria democracia, cuja proteção seria necessária ao seu funcionamento. Assim, por exemplo, numa perspectiva democrática de parceria, a comunidade que constantemente ignora os interesses de alguma minoria ou de outros grupos não seria, em verdade, democrática, ainda que seus governantes sejam escolhidos por critérios impecavelmente majoritários¹⁴¹ (DWORKIN, 2011, p. 4/5; 2012, p. 17).

A aceitação de que existem determinados valores ou direitos que não podem ficar à mercê do jogo político provocou o desenvolvimento de mecanismos jurídico-materiais de controle das deliberações tomadas pelo Legislativo, a exemplo da inclusão desses valores no texto constitucional que passaram a compor uma declaração de direitos fundamentais¹⁴². E mais: desenvolveu-se uma técnica diferenciada e particularmente mais difícil de alteração do texto constitucional para tornar clara a supremacia daqueles valores em relação ao Poder Legislativo. Em alguns casos, simplesmente foi proibida a mudança do texto constitucional, incluindo aqueles direitos fundamentais no rol de matérias inalteráveis, totalmente livres de qualquer tipo de conveniência política. A partir daí, aqueles valores passaram a funcionar, pelo menos intencionalmente, como um escudo de proteção de cada ser humano contra a força institucionalizada.

Nesse modelo, o Poder Legislativo deixa de ser completamente livre para solucionar os problemas sociais da forma como bem entender, vinculando-se à observância do núcleo fundamental do sistema normativo. Se antes o legislador tentava criar um código moral uniforme para toda a socie-

141 Referida ideia foi desenvolvida com mais detalhes em: DWORKIN, 2006b, p. 131 e ss., de onde se extrai a seguinte passagem: “*on the partnership view, a community that steadily ignores the interests of some minority or other group is just for that reason not democratic even though it elects officials by impeccably majoritarian means*”.

142 Nas primeiras declarações de direitos, aprovadas antes do século XIX, a carga de juridicidade das normas ali previstas ainda era relativamente baixa, ante a falta de um amadurecimento do constitucionalismo. Aliás, em alguns países, a força jurídica das declarações de direito era estabelecida por um mecanismo de *reserva legal* que atribuía ao legislador a missão de estabelecer o âmbito de proteção dos referidos direitos. Com isso, a delimitação do conteúdo dos direitos fundamentais ficava submetida às conveniências políticas, não funcionando efetivamente como limites materiais ao legislador, a não ser sob a forma de um constrangimento psicológico e retórico. A título de exemplo, na Alemanha, de acordo com as explicações de Pieroth e Schlink, o efeito jurídico dos direitos fundamentais, durante o século XIX, tinha um âmbito de proteção muito limitado, pois tinha que ser concretizado através das leis. “Face à legislação, os direitos fundamentais não tinham qualquer efeito jurídico vinculativo” (PIEROTH; SCHLINK, 2008, p. 11).

dade, de acordo com os gostos ideológicos da maioria dominante, no novo modelo, o legislador não pode simplesmente censurar o comportamento divergente a seu bel-prazer. A busca da homogeneização dos valores sociais é substituída pela exaltação do pluralismo cultural e pela aceitação das diferenças. O estado, pelo menos em tese, deixa de ser o repressor moral para se tornar um garante da diversidade. Há, portanto, uma clara mudança da função repressiva do estado (estado repressor) para uma função de garante dos direitos fundamentais (estado respeitador).

O estado repressor é o estado que decide pelo indivíduo e impõe suas decisões com base na força, sufocando qualquer tentativa de discussão ou de questionamento da vontade estatal. No seu extremo, o estado repressor sequer permite a troca de ideias que possam ameaçar a visão oficial. Na sua versão mais branda, o estado repressor tolera as manifestações contrárias à visão oficial, mas não ao ponto de colocar em risco os fundamentos da concepção institucionalizada. No fundo, o estado repressor repele a divergência por meio da força e, ao fazer isso, estabelece uma discriminação entre os indivíduos, selecionando aquelas concepções de vida que merecem proteção jurídica e aquelas que merecem ser punidas. Até hoje, não há dúvida de que o estado repressor ainda existe e persiste, inclusive em países que enaltecem a democracia e os direitos fundamentais.

O estado respeitador tem uma função diferente, pois, a um só tempo, tentará permitir o exercício do livre desenvolvimento da personalidade, sem impor um padrão moral específico a todo custo, mas também tentará impedir que valores anticomunitários, discriminatórios, racistas, preconceituosos floresçam. Dito de outro modo: tenta-se não mais impor uma determinada moral ao restante da sociedade, mas permitir que as diversas concepções morais existentes possam conviver dentro do mesmo território, num espírito de tolerância e de respeito mútuo. É possível mobilizar, nesse ponto, a ideia de proteção das *doutrinas morais abrangentes razoáveis*, tal como defendida por John Rawls, ainda que com cautela¹⁴³.

143 A ideia de *doutrinas abrangentes razoáveis*, na proposta de Rawls, refere-se àquele conjunto de concepções religiosas, morais e filosóficas que professam a tolerância e a liberdade como concepção política a ser adotada em uma sociedade de pessoas livres e iguais. Nesse contexto, as doutrinas abrangentes razoáveis não compartilham a tese de que o estado deve empregar o poder de que dispõe para reprimir visões abrangentes que não são desarrazoadas, ainda que sejam diferentes. Qualquer pretensão nesse sentido deve ser taxada de autoritária e destituída de fundamento.

Não se trata, portanto, de assumir uma atitude relativista, nem de neutralidade ou de indiferença ética, em que qualquer tipo de comportamento deve ser aceito e respeitado incondicionalmente¹⁴⁴. Um modelo político preocupado com o consentimento ético-jurídico e fundado no respeito à pessoa impõe claros limites às ações pessoais e se apresenta contra qualquer perspectiva destruidora da dignidade humana, pois a autonomia a ser protegida não é qualquer autonomia, mas apenas aquela autonomia que se pode designar de *autêntica*¹⁴⁵. Por isso, uma autêntica concepção de respeito à pessoa, que valoriza a autonomia, a diversidade, a pluralidade e as diferenças não é incompatível com uma proposta de combate ao preconceito, ao racismo, à intolerância e a qualquer ideologia destrutiva que viole a dignidade.

Na base de tudo isso, está a ideia de que todo ser humano merece ser tratado com igual respeito e consideração e, portanto, os interesses de um determinado indivíduo ou grupo não podem passar por cima dos interesses de outros grupos ou indivíduos. Dentro de um modelo institucional alicerçado no consentimento político, há uma tendência de instrumentalização do indivíduo, pois as decisões são tomadas de modo a maximizar os interesses dos grupos dominantes, ainda que isso signifique o desrespeito aos direitos e interesses da minoria. O apoio político é conquistado

Assim, pessoas razoáveis, que divergem acerca da veracidade de doutrinas abrangentes, podem chegar a um consenso, fundado na tolerância e na liberdade, sobre os melhores princípios de justiça a serem adotados para uma vida social harmoniosa, desde que renunciem à pretensão de impor à força a sua concepção de vida aos demais membros da sociedade (RAWLS, 1993, p. 58/65). A partir daí, é possível obter um conceito de doutrinas abrangentes não-razoáveis, que seriam aquelas doutrinas que não toleram a divergência e pretendem combater e forçar a destruição de todas as doutrinas alternativas. Por isso, essas doutrinas abrangentes não-razoáveis podem ser designadas de destrutivas. Ainda que a distinção possa ter uma relevância prática, sobretudo para afastar a acusação de indiferença e de relativismo do liberalismo político professado por Rawls, é preciso ter cuidado para não transformá-la em um expediente retórico para justificar medidas arbitrárias de combate às doutrinas morais não-razoáveis. É preciso ter consciência de que a classificação *razoável/não-razoável* é suscetível de abuso e, por isso, deve ser mobilizada com todas as cautelas devidas.

144 Rawls rebate a ideia de que um *overlapping consensus* seria indiferente ou cético em RAWLS, 1993, pp. 150/154.

145 O conceito de autenticidade está relacionado à capacidade do sujeito ético de tomar decisões refletidas, bem informadas e orientadas por uma concepção de vida boa que leve em conta o interesse de todos aqueles que são afetados pelas nossas escolhas. Conforme se verá no capítulo 5, o princípio da autenticidade foi desenvolvido por Ronald Dworkin em: DWORKIN, 2011 – também consultado na versão portuguesa: DWORKIN, 2012.

por meio de expedientes de convencimento que costumam seguir uma lógica utilitarista-estratégica e, portanto, são potencialmente violadoras da dignidade dos sujeitos envolvidos.

O consentimento ético-jurídico segue uma lógica diferente, pois acentua a dimensão pessoal do ser humano. Valorizam-se aqueles elementos que promovem o pleno desenvolvimento de suas capacidades. Sublimam-se a liberdade e a igualdade. Estimula-se a solidariedade entre os indivíduos. Buscam-se a inclusão e o respeito às diferenças, dentro de um espírito de tolerância e mútuo respeito. E todos esses valores são alçados, expressamente, a um nível de superioridade jurídica, através de um processo de institucionalização constitucional dos direitos fundamentais.

Mas para que o modelo possa funcionar, é necessário que exista um mecanismo institucional para tornar sem efeito as deliberações legislativas que violem os parâmetros ético-jurídicos incorporados ao texto constitucional ou em qualquer outro documento normativo que veicule os princípios fundantes desta concepção¹⁴⁶. No atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, o principal mecanismo institucional de proteção dos direitos tem sido o controle de constitucionalidade exercido por um órgão responsável pela guarda da Constituição. Assim, a fórmula operacional que tem sido adotada para garantir o consentimento ético-jurídico envolve um sistema de proteção jurisdicional dos direitos fundamentais, em que um órgão imparcial torna-se responsável por avaliar a conformidade dos atos estatais com os parâmetros axiológicos estabelecidos no texto constitucional. As cortes se transformam, assim, no espaço institucional em que os cidadãos podem reivindicar seus direitos, lutar por sua autonomia e questionar abusos estatais. Pode-se dizer que a jurisdição se transforma no foro

146 Conforme se verá, o presente trabalho alicerça-se em uma concepção de validade jurídica que vai além do legalismo, do constitucionalismo e do convencionalismo (Capítulo 3 e 5), de modo que, a rigor, a valorização jurídica dos direitos fundamentais, através de sua inclusão nos textos constitucionais e internacionais, nada mais significa do que reconhecer que existem direitos cuja validade não deve ficar à mercê do jogo político. Assim, a rigor, não seriam as constituições ou os tratados que dariam validade aos direitos fundamentais, mas os direitos fundamentais que dariam validade às constituições e aos tratados internacionais que os respeitem. A validade ético-jurídica decorrente da proteção da dignidade independe de um reconhecimento oficial por parte daqueles que detêm o poder, pois não é o poder que fundamenta o direito, mas o direito que fornece o fundamento de validade ao poder pretensamente legítimo.

apropriado para que o indivíduo possa *desafiar a própria lei*, colocando em xeque as escolhas valorativas obtidas na via política quando tais escolhas estiverem em desconformidade com os princípios fundamentais. A jurisdição dos direitos fundamentais se torna, com isso, um *locus* institucional de resistência, que já havia sido renunciado por John Locke, mas que o pensador inglês não foi capaz de desenvolver¹⁴⁷. É um espaço em que o ser humano pode se insurgir contra o poder político, denunciar os excessos legislativos e exigir uma resposta institucional que respeite os seus direitos. Aliás, uma prática relativamente comum nos países em que a jurisdição constitucional é bem consolidada consiste na desobediência deliberada a uma determinada lei repressiva como forma de criar um caso jurídico concreto (um “*test case*”, na linguagem norte-americana), através do qual será possível discutir, perante juízes imparciais, a validade dos fundamentos daquela prescrição legal. Não se trata de uma mera forma desobediência civil como forma de protesto político contra a lei. É, na verdade, uma estratégia de litígio, institucionalmente tolerada em dadas circunstâncias, visando forçar os tribunais a analisarem a constitucionalidade da lei e, se for o caso, anulá-la na via judicial¹⁴⁸.

Nos Estados Unidos, onde essa técnica desenvolveu-se mais rapidamente, é possível encontrar *test cases* já no século XIX. Havia grupos e indivíduos que, de forma deliberada e transparente, confrontavam a legislação de natureza discriminatória ou contrária às liberdades para forçar uma avaliação jurídica de sua compatibilidade com a Constituição. O

147 Conforme visto, John Locke já defendia a existência de um foro institucionalizado de questionamento da validade das leis, mas, no arranjo institucional por ele criado, não foi desenvolvido nenhum mecanismo efetivo capaz de obrigar o legislador a respeitar os limites do “direito natural”. Restou ao indivíduo apenas um impraticável *direito de resistência*, cujo órgão garantidor seria, paradoxalmente, o corpo político representado pelo Legislativo.

148 Sobre esse tema: OLSEN, 2005. Olsen explica que esse tipo de estratégia é particularmente mais intenso em países como os Estados Unidos que não possuem o controle concentrado de constitucionalidades ou outros mecanismos diretos de fiscalização das leis, exigindo um “caso ou controvérsia” como pré-requisito do *judicial review*. Assim, a única forma legítima de questionar a constitucionalidade de uma lei perante o Judiciário seria violando intencionalmente a lei, no intuito de ser processado e poder questionar a validade da referida lei. Em alguns casos, a opção de violar a lei para forçar a análise de sua constitucionalidade é definida como estratégia política, a fim de ganhar a simpatia popular da causa. Diversos casos importantes, que alteraram o direito constitucional norte-americano, foram “*test cases*” planejados pelos advogados, juntamente com movimentos ativistas (como a NAACP – *National Association for the Advancement of Colored People*) dispostos a desafiar leis que restringem direitos de minorias.

propósito, às vezes, era escancarar um aspecto específico da lei que não teria sido devidamente considerado pelo parlamento e que, na aplicação concreta, resultaria em uma situação absurda¹⁴⁹. Em outras situações, o propósito era mesmo criar um fato jurídico e político que pudesse levar à mudança legislativa. Assim, mesmo quando o processo jurídico resultava em derrota, o *test case* tinha a importante função de estimular a discussão pública sobre os méritos da lei e, quase sempre, depois de muita luta jurídica e política, alcançava-se a vitória.

A existência de um foro institucional que possibilite a discussão da validade jurídica das leis daria à pessoa a possibilidade de participar diretamente da criação do melhor direito e para a construção de uma sociedade mais justa¹⁵⁰. Nesse modelo, a discussão jurídica é contextualizada à luz de um problema concreto, e a resposta institucional é personalizada: o indivíduo que será afetado pela decisão pode apresentar diretamente ao órgão julgador (“face a face”) os argumentos de seu caso e exigir uma resposta que leve em consideração o seu ponto de vista. O indivíduo, em tese, não precisa ser um mero espectador da deliberação, pois participa diretamente da formação da vontade que selará o seu destino. O julgador, por sua vez, é munido de informações casuísticas que, em princípio, o legislador não possui e, por isso, tem, pelo menos em potência, mais chance de fornecer uma solução sob medida para a situação concreta.

Mas também não podemos nos iludir a respeito disso. O processo judicial, dada a complexidade de seus ritos, a especificidade do seu modelo decisório, os custos de acesso, o perfil dos juízes etc., também pode ser – e tem sido com frequência – um espaço de exclusão. Essa questão será detalhada no Capítulo 4. O importante, para fins do debate aqui travado, é que se perceba a clara mudança de paradigma decorrente desse modelo de controle, onde a validade jurídica adquiriu um claro componente axiológico que passou a ser o ponto central do debate jusfilosófico do pós-

149 Um dos casos mais famosos foi o caso *Plessy v. Ferguson* (1896), em que Homer Plessy ousou ocupar um lugar no vagão reservado às pessoas brancas, apesar de ser legalmente negro, já que possuía ancestrais negros. De acordo com algumas fontes, a atitude de Plessy teria sido planejada por uma organização pró-direitos civis, visando levar ao Judiciário a discussão sobre a constitucionalidade das leis segregacionistas. Detalhes do caso podem ser vistos em MCNEESE, 2007.

150 Sobre isso: DWORKIN, 1977/1978, p. 206/222 (na versão brasileira: p. 315/342).

-Segunda Guerra. Naturalmente, também houve uma valorização da jurisdição em detrimento da política, e um declínio da legalidade em favor da constitucionalidade. Mas, na prática, qual é a diferença fundamental entre o modelo baseado no consentimento político e o modelo baseado no consentimento ético-jurídico? Será uma mera substituição orgânica, onde as forças institucionais migraram do Parlamento para o Judiciário? Ou há também uma diferença de fundo entre esses dois modelos?

No tópico a seguir, será defendido que existe uma distinção relevante na proposta de legitimação de cada um desses modelos, relacionada às formas de racionalidade e de argumentação que podem ser mobilizadas para justificar o exercício do poder. Enquanto os modelos institucionais fundados no consentimento político buscam um tipo de adesão quantitativa, obtida por procedimentos eleitorais, os modelos fundados no consentimento ético-jurídico buscam um tipo de adesão qualitativa, obtida mediante uma análise imparcial dos interesses em jogo. O que *vale* não é o pragmatismo político-eleitoral, mas o compromisso com alguns valores fundamentais sem os quais o poder se torna ilegítimo.

2.5 Racionalidade política (do consentimento político) *versus* racionalidade axiológica (do consentimento ético-jurídico)

O modelo de jurisdição constitucional é um mecanismo contramajoritário de controle do poder. Isso significa que ele não adota o consentimento político, manifestado pelo voto da maioria da população, como fundamento do juízo decisório, nem como fator de aferição da legitimidade. O que dá suporte de validade a esse modelo é uma racionalidade fundamentada no consentimento ético-jurídico, que se manifesta por meio de um processo judicativo onde os julgadores buscarão a melhor solução possível numa perspectiva que leve em conta a dignidade de todos os envolvidos.

A estratégia de convencimento ocorre por meio de expedientes retóricos e argumentativos variados. Esse modelo pode ser chamado de *ético-jurídico* porque não busca insuflar o interesse próprio das partes envolvidas, tal como o sistema eleitoral costuma fazer, mas sim apelar para sentimentos mais nobres, baseados na justiça da solução, no direito das

partes, nos princípios fundamentais, no respeito à pessoa e assim por diante. Os julgadores evitam invocar argumentos do tipo “é do seu interesse aceitar a decisão” ou “você tem tudo a ganhar se cumprir o que for decidido”. O argumento, pelo contrário, costuma ser do tipo “a presente solução é a que melhor respeita os direitos das partes”, “em nome da equidade, julgo em tal ou qual sentido”, “considerando os princípios constitucionais, decido o que se segue...” e assim por diante. O objetivo é transmitir uma sensação de que a justiça está sendo feita com imparcialidade e que os julgadores estão baseando suas decisões na melhor concepção de direito possível.

É lógico que, nos meios políticos, essa forma de mensagem também é utilizada para convencer a plateia, especialmente quando os interlocutores estão diante de assembleias mais amplas. Porém, o que vai funcionar como o fiel da balança eleitoral é, sobretudo, o interesse próprio dos eleitores, que avaliarão as propostas dos candidatos de acordo com as vantagens que poderão receber em curto prazo e tenderão a escolher aquelas que lhes tragam o máximo de benefício no menor espaço de tempo. Naturalmente, na seleção natural do jogo político, os candidatos que consigam seduzir o maior número de eleitores com esse tipo de discurso terão muito mais chances de ganhar a eleição.

Certamente, seria possível pensar em um tipo de eleitor ideal que se oriente por princípios universais de ação nos moldes kantianos ou pela busca sincera e bem-intencionada da vontade geral nos moldes de Rousseau. Mas não é esse tipo de eleitor que temos em mente quando pensamos no consentimento político. Pensamos em algo mais próximo do eleitor real, que participa de um sistema político tal como ele é, com seus defeitos e virtudes. Nesses moldes, há uma grande diferença entre o discurso político e o discurso aqui designado de ético-jurídico. No discurso político, a invocação das virtudes sociais – honestidade, preocupação com bem comum, solidariedade – não tem um peso tão decisivo na conquista dos votos. O interesse próprio “conta” mais e desequilibra a balança¹⁵¹. Os

151 Não há como negar que juízo parlamentar é guiado, aberta ou dissimuladamente, pelo jogo de poder que faz parte de qualquer deliberação política. Na sua embalagem retórica, os discursos políticos, obviamente, não costumam assumir abertamente que estão se curvando a interesses obscuros. A justificativa externa, quando é exigida, procura apelar a alguma finalidade superior,

argumentos tendem a girar em torno de políticas que possam favorecer o maior número de eleitores, e os parlamentares tenderão a guiar suas escolhas com base na perspectiva de vitória eleitoral. No discurso ético-jurídico, por sua vez, a invocação de argumentos relacionados à justiça da decisão tem um peso maior, sendo considerado um despropósito mobilizar argumentos de interesse próprio para justificar uma escolha, até porque o julgador que baseia sua decisão em algum interesse particular pode até mesmo ser acusado de prevaricação ou de suspeição. O que caracteriza a função jurisdicional é a expectativa de imparcialidade, algo que não está presente no discurso político, até pela natural *partidarização* do processo eleitoral.

Isso não significa dizer que a dissimulação não exista entre aqueles que fazem parte de um sistema de deliberação fundado no consentimento ético-jurídico. Pelo contrário. Justamente porque os argumentos egoístas não costumam ser aceitos nesse modelo argumentativo, as chances de dissimulação são ainda maiores. Com muita frequência, os julgadores mascaram preferências subjetivas em um discurso supostamente bem-intencionado, cheio de jargões grandiloquentes e pretensamente objetivo. Assim, sob o pretexto de concretizar a justiça, os direitos fundamentais, os princípios fundamentais, a solidariedade ou qualquer outro valor social relevante, decide-se em favor de determinados grupos de interesse, muitas vezes perpetuando os valores que os juízes carregam desde o berço, sob a forma de “preconceito hereditário”. Voltarei a esse ponto no

como o bem-comum, o bem-estar, o desenvolvimento, a ordem, a paz social ou argumentos do mesmo tipo. Mas no fundo, o que os motiva a deliberarem de tal ou qual modo é o resultado de um conjunto de fatores nem sempre confessáveis. Até mesmo o legislador consciencioso e bem-intencionado tem preocupações outras além da proteção do interesse público de um modo geral, pois faz parte de sua atividade considerar e levar em conta os interesses do grupo que representa. Se ele apóia a indústria nacional, tenderá a votar em leis que, no aspecto econômico, reflitam um espírito protecionista. Se a sua preocupação é aumentar o fluxo de capital, o parlamentar tenderá a apoiar as medidas legislativas que incentivem o investimento estrangeiro. Se o meio-ambiente é a sua bandeira de luta, certamente buscará mecanismos para proteger a natureza. Se representa os trabalhadores, lutará por leis que favoreçam essa classe e assim por diante. Um parlamentar, fiel ao interesse dos seus eleitores, não tem um necessário compromisso com a imparcialidade e com a igual consideração entre todos os valores envolvidos. Dois parlamentares extremamente virtuosos e preocupados com o bem comum podem chegar a soluções opostas a depender do papel que ocupam no próprio parlamento. Se apoiarem o governo, podem votar num determinado sentido. Se forem de oposição, podem agir de modo contrário, pois faz parte das virtudes políticas ser fiel ao partido, e os partidos, por definição, defendem, prioritariamente, os interesses da parcela da população que os apóia.

Capítulo 4, onde tratarei dos riscos causados pelos chamados discursos de legitimação e de uma distorção muito frequente na retórica jurídica que se pode designar de argumentação simbólica¹⁵².

Mesmo assim, retirando a possibilidade real e frequente de dissimulação ética, ou seja, de transformação do consentimento ético-jurídico em um discurso meramente instrumental-estratégico camuflado e insincero, não há dúvida de que as razões argumentativas utilizadas para convencer alguém a dar o seu aval ético são diferentes das razões argumentativas utilizadas para convencer alguém a dar o seu aval político. Pode-se invocar, nesse aspecto, a distinção formulada por Max Weber entre racionalidade axiológica (*Wertrationalität*) versus racionalidade finalística (*Zweckrationalität*)¹⁵³. A racionalidade do consentimento político seria, nesse sentido, a racionalidade finalística, ao passo que a racionalidade do consentimento ético seria a racionalidade axiológica. A racionalidade finalística guia-se pela adequação entre os meios e os fins a serem alcançados, fundando-se no benefício ou prejuízo da ação, em que o importante são as vantagens e desvantagens daí decorrentes. A escolha é dirigida pela ideia de utilidade: “eu quero algo, porque isto me é útil”. Já a racionalidade que orienta o consentimento ético-jurídico é guiada pelos princípios de justiça, independentemente dos resultados imediatos. A ação é pautada por um ponto de vista de retidão e de eticidade: “eu quero algo, porque

152 Naturalmente, será mobilizada para esse fim a ideia de *constitucionalização simbólica* desenvolvida por Marcelo Neves que, por sua vez, invoca a distinção entre agir estratégico e agir comunicativo formulada por Habermas para explicar seu ponto de vista: “Torna-se possível uma leitura da constitucionalização simbólica a partir da distinção entre agir estratégico e agir comunicativo. À medida que a atividade constituinte e o discurso constituinte não têm correspondência nas posturas, sentimentos e intenções dos respectivos agentes políticos, ou seja, são ilocucionalmente ‘insinceros’, a constitucionalização simbólica não envolve ‘ações comunicativas’ referentes ao direito. Caracteriza-se, antes, como um plexo de ações estratégicas a serviço do meio sistêmico ‘poder’. Não se trata de ‘agir abertamente estratégico’, como aquele que se manifesta nas lutas entre facções políticas durante o processo constituinte e também nas contendas políticas e judiciais em torno da concretização constitucional. A constitucionalização simbólica implica ‘agir ocultamente estratégico’, seja ele ‘comunicação deformada sistematicamente’ (iludir inconscientemente) ou mesmo a simples ‘manipulação’ (iludir conscientemente). O sentido manifesto e aparente (normativo-jurídico) da atividade constituinte e linguagem constitucional encobre, então, o seu sentido oculto (político-ideológico)” (NEVES, 2007, p. 119).

153 Sobre esse tema: CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 37/38. Vale ressaltar que Max Weber não considerava a racionalidade axiológica como uma empreitada científica, pois apenas os fins poderiam ser “objeto de uma ciência empírica”, não passando os valores de uma “questão de fé”, conforme explica Fernando Bronze (2012, p. 155).

o tenho como justo, correto e bom". (MAIHOFFER apud CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 37/38)

A racionalidade do consentimento ético-jurídico é uma racionalidade prática de sentido material ou substancial. Seu fundamento de validade há de se manifestar no *conteúdo* da decisão tomada. A racionalidade do consentimento político, por sua vez, é uma racionalidade prática de sentido procedimental ou formal. Seu fundamento de validade/legitimação é obtido pelo *procedimento* e se manifesta através do processo de tomada de decisão, independentemente do conteúdo da decisão tomada. Aqui, as categorias deixam de ser as do bem, as do justo, as do correto, para serem as do convencional, do útil, da conveniência social e assim por diante¹⁵⁴.

Outra dicotomia semelhante que poderia ser invocada para ilustrar a distinção entre o consentimento político e o consentimento ético-jurídico é aquela desenvolvida por Ronald Dworkin ao distinguir dois tipos de argumentos que buscam justificar uma decisão pública: os argumentos de política (*policy*) dos argumentos de princípios (*principle*)¹⁵⁵. De acordo com esse modelo, os argumentos de política tentariam demonstrar que a comunidade estaria melhor, como um todo, se um programa particular fosse seguido. Já os argumentos de princípio apelam para a proteção do indivíduo, sugerindo o abandono de programas políticos que causem um impacto negativo nos direitos específicos das pessoas, mesmo que a comunidade fique, em consequência disso, pior (DWORKIN, 2001, p. IX). Os argumentos de política seriam argumentos destinados a estabelecer objetivos coletivos (*goals*); os argumentos de princípio seriam argumentos destinados a estabelecer direitos (*rights*). Segundo Dworkin, a instância legislativa seria o fórum dos argumentos de política, enquanto a esfera

154 "Trata-se de tipos de racionalidade distintos e ao serviço de projectos de práticas (ou sentidos da práxis) diferentes: de um lado, temos a validade, do outro, a oportunidade; de um lado, o fundamento, do outro a estratégia; de um lado, a justeza, do outro a eficácia; de um lado, o juízo (a fundamentante conclusividade discursiva), do outro a decisão (a volitiva escolha entre possibilidades); de um lado, o direito como uma categoria ética; do outro o direito como uma categoria técnica" (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 63).

155 "I call a 'policy' that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change). I call a 'principle' a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality" (DWORKIN, 1977/1978, p. 22).

jurisdicional seria o fórum dos princípios. No Poder Legislativo, as decisões tomadas pelos parlamentares seriam justificadas em função de algum interesse ou objetivo coletivo, típico da argumentação fundada em *policies*. Assim, os legisladores tentarão demonstrar que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo ou de algum grupo específico cujos interesses mereceriam proteção. Por exemplo, quando se justifica a redução dos tributos incidentes sobre a folha de pagamentos das empresas com o objetivo de aumentar a oferta de empregos está-se apelando para um argumento de política. Por sua vez, os argumentos de princípio seriam de natureza diversa, pois apelam para o respeito aos direitos das pessoas. Quando se defende que uma lei discriminatória é inconstitucional por não garantir a igual proteção aos membros da sociedade, está-se recorrendo a um argumento de princípio (DWORKIN, 1977/1978, p. 82/83 e 90).

Para perceber com mais clareza a distinção entre argumentos de política e argumentos de princípio, tome-se uma discussão polêmica em vários lugares: a participação de homossexuais nas Forças Armadas. É possível desenvolver diversos argumentos a respeito dessa questão. Vários argumentos de política poderiam ser invocados para justificar a proibição de acesso de pessoas homossexuais nas Forças Armadas. Por exemplo, o argumento oficial adotado pela política norte-americana conhecida como “*don't ask, don't tell*”¹⁵⁶ era a de que a aceitação de militares homossexuais “poderia criar um risco inaceitável para os altos padrões de moral, ordem, disciplina e coesão das unidades que são a essência das capacidades militares”¹⁵⁷. Trata-se de um típico argumento de política, no sentido sugere-

156 A política “*don't ask don't tell*” (DADT) foi a política oficial dos Estados Unidos a respeito da participação de homossexuais nas Forças Armadas de 1993 a 2011. Por essa política, proibia-se que os militares homossexuais manifestassem a sua preferência sexual, sob pena de expulsão, mas também se proibia que as Forças Armadas questionassem as preferências sexuais dos candidatos no momento da admissão ou iniciassem qualquer investigação a respeito da vida sexual dos militares sem indício de prova. A partir de setembro de 2011, a DADT foi oficialmente revogada.

157 “*The presence in the armed forces of persons who demonstrate a propensity or intent to engage in homosexual acts would create an unacceptable risk to the high standards of morale, good order and discipline, and unit cohesion that are the essence of military capability*” (10 USC § 654 – Policy concerning homosexuality in the armed forces. Disponível on-line: <http://tinyurl.com/q64g8x4>). Esse tipo de argumento também foi mobilizado pela Grã-Bretanha para justificar a dispensa de dois militares homossexuais em um famoso caso julgado pela Corte Européia de Direitos Humanos. Segundo o estado, a não admissão de homossexuais nas fileiras das Forças Armadas seria justificada com base na “segurança e na

rido por Dworkin. Mas também poderiam ser desenvolvidos argumentos de política favoráveis à participação de homossexuais nas Forças Armadas. Quando se defende, por exemplo, que a inclusão de homossexuais nos quadros militares elevará o número de soldados disponíveis para a guerra, incrementando a capacidade de combate, está-se apelando para um típico argumento de política¹⁵⁸. Com relação aos argumentos de princípios gerados pelo debate, há tanto argumentos a favor quanto contra os homossexuais. O argumento de princípio mais óbvio é aquele que apela para o respeito aos homossexuais, criticando a discriminação baseada em preconceito e defendendo o direito de igual oportunidade de acesso aos cargos públicos para todos, independentemente de orientação sexual. Também é possível invocar, a favor dos homossexuais, o direito à privacidade, no sentido de que a investigação necessária à descoberta dos fatos interfere gravemente na vida particular dos indivíduos, constituindo uma intromissão indevida do estado na esfera íntima e pessoal do militar¹⁵⁹. Por sua vez, pode-se invocar também um argumento de princípio contra os homossexuais, alegando que a integração poderá violar a privacidade dos homens e mulheres que não desejam compartilhar momentos íntimos de sua vida na caserna com homossexuais, tal como invocou o governo norte-americano para justificar a política do “*don't ask, don't tell*”¹⁶⁰. Ainda

possibilidade de desestabilização emocional e moral do grupo, bem como a diminuição do “poder de fogo” decorrente da presença de homossexuais na tropa. Além disso, o caráter especial das Forças Armadas e a incompatibilidade de compartilhamento de acomodações comuns entre heterossexuais e homossexuais justificaria a discriminação (*Case of Lustig-Prean and Beckett vs. the United Kingdom*, 1999. Disponível em: <http://tinyurl.com/phe2knr>).

158 Esse argumento foi invocado pelas Forças Armadas norte-americanas durante a Guerra do Iraque, quando vários cidadãos passaram a se assumir homossexuais para não serem convocados. De acordo com a política “*don't ask, don't tell*”, um homossexual não poderia ser admitido. Porém, por razões operacionais, o serviço de alistamento optou por não ser rigoroso no processo de admissão, preferindo tolerar a participação de possíveis homossexuais na guerra a reduzir o poder de combate da tropa.

159 Esse foi um dos argumentos centrais utilizados pela Corte Européia de Direitos Humanos para condenar a Grã-Bretanha por haver dispensado dois homossexuais dos quadros das Forças Armadas (*Case of Lustig-Prean and Beckett vs. the United Kingdom*, 1999. Disponível em: <http://tinyurl.com/phe2knr>).

160 Argumento este presente na política DADT: “*The worldwide deployment of United States military forces, the international responsibilities of the United States, and the potential for involvement of the armed forces in actual combat routinely make it necessary for members of the armed forces involuntarily to accept living conditions and working conditions that are often spartan, primitive, and characterized by forced intimacy with little or no privacy*” (10 USC § 654 – Policy concerning homosexuality in the armed forces. Disponível on-line: <http://tinyurl.com/q64g8x4>).

contra os homossexuais, alguns debatedores mais preconceituosos poderiam questionar que a igualdade não se justificaria no presente caso, tendo em vista que o homossexualismo seria um ato degradante, ou uma doença ou ainda um comportamento imoral e contrário à natureza¹⁶¹. Desse modo, a proibição de homossexuais nas Forças Armadas seria apenas uma consequência específica de uma questão mais geral envolvendo a censurabilidade (moral e jurídica) das práticas homossexuais¹⁶².

Como se observa, uma questão polêmica pode gerar variados argumentos tanto de natureza política quanto de natureza principiológica (ou mesmo antiprincipiológica). Na linha aqui sugerida, as decisões judiciais deveriam ser fundamentadas em razões de princípio que levassem a sério os direitos dos membros da comunidade como pessoas dotadas de dignidade. Os congressistas, obviamente, podem lançar mão de argumentos de princípios para justificar suas decisões e o fazem com alguma

161 Embora em um contexto diferente, alguns membros da assembleia constituinte brasileira adotaram expressamente esse ponto de vista ao defender a não inclusão, no texto constitucional, da proibição de discriminação por orientação sexual. Vale conferir um trecho de um discurso de um deputado constituinte a esse respeito: “Quando V. Ex.^a estava falando sobre os homossexuais, lembramos que, lamentavelmente, a câmara Municipal de Salvador, como se sabe – isto foi noticiado pelos jornais – reconheceu, há pouco tempo, um grupo de *gays* como de utilidade pública. Agora vejam bem, Srs. Constituintes, para onde se está caminhando! Se pelo menos aquela casa legislativa se preocupasse em criar um centro de recuperação ou de reintegração dos homossexuais à sociedade eu estaria de acordo, pois, sem dúvida, isto seria um benefício e uma proteção para eles. Mas, simplesmente legalizar suas atitudes, acredito que é uma distorção da realidade! Tenho em mãos o jornal O Globo, que noticia que, de mil e duzentos presos na 5ª Delegacia do Rio de Janeiro, cem estão infectados pelo vírus da AIDS. O galpão da 5ª Delegada, segundo o Desipe, grande número de detentos homossexuais. Então, a AIDS – isto é indiscutível – e uma maldição resultante, até, desses desvios sexuais. Aqui fica, mais uma vez, nossa advertência. Ao lado de V. Ex.^a, sou contrário a que se mantenha no texto constitucional a expressão ‘orientação sexual’, que abre um leque para todo tipo de imoralidade” (JESUS, 1987, p. 87).

162 Como se sabe, esse foi o argumento de Patrick Devlin para defender a manutenção das leis antisodomia e criticar o chamado Relatório Wolfenden, que havia recomendado, em 1957, a descriminalização da prática sexual entre adultos do mesmo sexo na Inglaterra. O argumento de Devlin girava em torno de três pontos principais: “(a) *All criminal law is morals legislation; and all morals legislation is ultimately rooted in popular feelings of ‘intolerance, indignation, and disgust’ for which no rational foundation can be given.* (b) *Voluntary acts between consenting adults that cause them no harm may still harm society by weakening the popular moral code that prevents society from slipping into chaos.* (c) *It is impossible to establish in advance – by appeal to some rationally based, philosophical theory or principle – which types of immoral acts ought to be immune from morals legislation*” (extraído de: INGRAM, 2006, p. 138). O juiz da Suprema Corte norte-americana Antonie Scalia, ao escrever o voto vencido no caso *Lawrence v. Texas* (2003), desenvolveu um argumento semelhante, afirmando que a prática de relações homossexuais violaria a concepção moral da maioria do povo americano, razão pela qual o Poder Legislativo seria livre para criminalizá-la, não cabendo ao Judiciário, sob o pretexto de interpretar a constituição, pretender antecipar a agenda política da causa homossexual (SCALIA, 2003).

frequência; mas, a rigor, a aprovação da maioria, independentemente dos argumentos utilizados para convencer a maioria, já seria suficiente para conferir a legitimidade *política* da deliberação parlamentar. Já os juízes não poderiam invocar argumentos de política como fundamento principal da decisão judicial, pois a atividade jurisdicional seria uma atividade voltada para a proteção de direitos, o que nem sempre será compatível com os argumentos de política¹⁶³. O tipo de raciocínio que se exige de um juiz não é um raciocínio instrumental, em que os fins justificariam os meios e seria possível sacrificar direitos individuais em nome de interesses coletivos. O tipo de racionalidade que se espera de um órgão jurisdicional é uma racionalidade ético-jurídica (de alteridade imparcial), em que todos os envolvidos sejam tratados com igual respeito e consideração. Assim, a solução jurisdicional não deveria se guiar por parâmetros políticos (de promoção de objetivos sociais ou algo do gênero), mas por parâmetros fundamentados na dignidade que dão ao direito a sua validade ético-jurídica.

Na proposta de Dworkin, os argumentos de princípios teriam prevalência em relação aos argumentos de política. Por esse motivo, os juízes poderiam invalidar escolhas legislativas majoritárias a fim de protegerem os direitos das partes atingidas, já que a vontade majoritária estaria subordinada aos princípios fundamentais do sistema. Daí a famosa formulação de que levar os direitos a sério significaria tratá-los como trunfos nas mãos dos indivíduos, capacitando-os a resistir a determinadas decisões, mesmo que essas decisões tenham sido proferidas por instituições políticas oficiais¹⁶⁴. (DWORKIN, 2001, p. 296).

Seria possível relacionar a distinção consentimento político e consentimento ético com a distinção entre argumento de política e argumento de princípio, pois a intenção é semelhante, qual seja, assinalar a diferença entre o raciocínio do legislador que se guia por razões políticas e o raciocínio do julgador que se guia por princípios ético-jurídicos. Apesar

163 Deve-se reconhecer que, na prática, os juízes frequentemente invocam argumentos de política para justificarem suas decisões, fazendo julgamentos políticos segundo suas próprias luzes e disfarçando a argumentação com intenções ou histórias legislativas, o que seria um equívoco na ótica de Dworkin (DWORKIN, 2001, p. 25). Esse tema será retomado no Capítulo 4.

164 E mais: "*individual rights are political triumphs held by individual. Individuals have rights when, for some reason, a collective goal is not a sufficient justification for denying them what they wish, as individuals, to have or to do, or not a sufficient justification for imposing some loss or injury upon them*" (DWORKIN, 1977/1978, p. XI).

disso, é preciso ter cuidado para não situar esses conceitos em planos idealizados e descontextualizados, pois esse tipo de atitude pode gerar um efeito indesejado, que é a apropriação da teoria para justificar práticas contrárias ao que se pretende defender. Por isso, é preciso chamar o debate à realidade para reconhecer que o mundo prático da política e do direito nem sempre são tão imaculados e livres de interesses, conforme se verá no Capítulo 4. Mas isso não retira necessariamente a utilidade da distinção formulada por Dworkin entre argumentação de política e argumentação de princípio, cujo mérito principal é precisamente realçar uma diferença essencial entre o raciocínio ético-jurídico e o raciocínio político, delimitando o tipo de consideração que motivaria os agentes públicos sem levar os desvios funcionais. Sua teoria foi construída tendo como pano de fundo a experiência constitucional norte-americana e mirou assimilar as características das instituições que lá existem quando analisadas em sua melhor luz. A relevância maior da sua proposta – e nesse ponto a sua influência espalhou-se para muito além das fronteiras estadunidenses – foi reconhecer a supremacia dos argumentos de princípio, o que acarretou o início de uma nova etapa no pensamento jurídico, pois, a partir daí as particularidades da atividade jurisdicional em relação à atividade legislativa foram acentuadas de um modo até então inédito. Se, antes, entendia-se que o juiz deveria agir “como se legislador fosse”, especialmente nos casos de indeterminação normativa, com uma grande margem de discricionariedade e liberdade decisória, agora se exige do julgador uma intencionalidade diferente, mais comprometida com os princípios e, portanto, axiologicamente orientada. Ninguém espera de um julgador que tome partido sobre uma determinada questão movido primordialmente por razões políticas. O juiz deve sim construir a melhor solução para o caso concreto, mas os fundamentos e critérios a serem utilizados na tomada da decisão e na sua justificação não devem ser necessariamente os mesmos que guiam os legisladores, pois nem sempre os legisladores estão comprometidos com os princípios de justiça, nem com a integridade, nem com o autêntico sentido do direito.

É certo que o fato de os juízes adotarem argumentos de princípio não significa dizer que, no fundo, eles também não estão se guiando por razões de política, ainda que não confessem isso. E não há dúvida de

que, na vida real, nem sempre as razões apresentadas pelos juízes correspondem ao que, de fato, eles estão decidindo. Também não há dúvida de que nem sempre as decisões judiciais se orientam pelos melhores princípios, pois os juízes são falíveis e nem sempre bem-intencionados. Mesmo assim, ressalvadas as perversões dos sistemas jurídicos e políticos, o aspecto fundamental da distinção formulada por Dworkin é válido para demonstrar as diferenças entre o raciocínio do legislador preocupado em convencer politicamente o auditório de eleitores e o raciocínio do julgador preocupado em convencer juridicamente a comunidade que será atingida pela sentença. O legislador, no afã de angariar votos, usará expedientes retóricos fundados na utilidade (vantagens, interesses, benefícios, metas etc.), capazes de gerar o apoio-consentimento do público beneficiado. O juiz, no afã de demonstrar a validade de sua decisão, usará expedientes retóricos fundados nos princípios (direitos, justiça, equidade, valores, integridade, virtudes etc.), visando obter a aprovação de um suposto observador prudente, sensato e imparcial. Pode-se dizer que a “isca” do consentimento político é o interesse próprio, enquanto a “isca” do consentimento ético-jurídico é o senso de justiça¹⁶⁵.

A jurisdição não seria, obviamente, uma função “apolítica”, pois, sendo parte de um sistema institucional de solução de conflitos sociais, integraria a comunidade política organizada. Porém, seus objetivos não seriam políticos no mesmo sentido de política que fundamenta o Poder Legislativo. Enquanto a política legislativa mira uma adesão quantitativa, a função jurisdicional mira uma adesão qualitativa. O argumento de política, por ser focado nos objetivos sociais, tenderá a ser partidário, na medida em que se desenvolve em um ambiente de escassez onde sempre haverá disputa a respeito dos critérios de distribuição dos bens sociais. O argumento de princípio, por outro lado, por ser focado na ideia de igual respeito e consideração, tenderá a buscar a imparcialidade, almejando proteger os direitos indistintamente, sem

165 A metáfora refere-se ao conselho sugerido por Petrônio, n' *O Satíricon*, e citado por Fernando Bronze: “o mestre da eloquência que não fizer como o pescador e não puser na ponta dos seus anzóis o engodo que sabe ser apreciado pelos peixinhos ficará, sem esperança de apanhar alguma coisa, longas horas no seu rochedo” (BRONZE, 2012, p. 88).

discriminações arbitrárias e sem prestigiar concepções morais específicas de apenas alguns membros da comunidade.

No modelo institucional contemporâneo, a Constituição tornou-se o *núcleo* central onde os princípios gravitam. É o texto constitucional que fornece a matéria-prima argumentativa que os julgadores usam para justificar seus pontos de vista. O fato de a Constituição possuir uma hierarquia jurídica superior, em relação às leis aprovadas pelo parlamento, seria um indicativo da adoção de uma concepção de estado onde os princípios teriam prevalência sobre a política. Mais ainda: seria um indicativo de que existem determinados direitos que podem ser mobilizados contra o estado e que não dependem de um reconhecimento formal por parte do Poder Legislativo para serem reivindicados no foro dos princípios. Daí o imenso avanço da jurisdição constitucional, especialmente da jurisdição constitucional voltada à proteção dos direitos fundamentais. Consolidou-se a crença de que os direitos fundamentais representam os limites substanciais à atividade legislativa e que os juízes, enquanto “guardiões da Constituição”, devem pautar suas decisões com base nos valores que emanam desses direitos. O sistema constitucional, alicerçado nos direitos fundamentais, representaria, nesse contexto, a consagração institucional do consentimento ético-jurídico como fundamento do poder¹⁶⁶.

Obviamente, essa mudança de paradigma não foi fruto do acaso. Além de uma mudança no contexto histórico, que comprovou a possibilidade concreta do uso opressivo do Poder Legislativo e os riscos da tirania da maioria, também houve uma mudança no contexto teórico, onde várias propostas foram desenvolvidas para estimularem o respeito institucional à pessoa, colocando a proteção da dignidade humana num plano de declarada superioridade jurídica em relação às leis¹⁶⁷. Para melhor compre-

166 No momento oportuno, com o apoio do jurisprudencialismo de Castanheira Neves (Capítulo 3), será dado um passo além do constitucionalismo, em que os princípios ético-jurídicos fundamentais se desvinculam de seus instrumentos institucionais de proteção (leis, constituições, tratados etc.) e passam a ser reconhecidos como válidos (juridicamente válidos) independentemente de uma formal positividade. Além disso, será desenvolvida uma concepção jurídica de expansão do círculo ético que ultrapassa as próprias fronteiras da Constituição e do convencionalismo, visando construir o projeto de *transformação da ética em direito orientado pela expansão do círculo ético*.

167 Há ainda outro fenômeno que ilustra com ainda mais clareza o declínio do consentimento político em favor de um modelo de legitimação fundado no consentimento ético. Refiro-me à ascensão da jurisdição internacional dos direitos humanos. É praticamente impossível sustentar a legítimi-

ender essa mudança de paradigma, vale aprofundar os fundamentos teóricos do consentimento ético-jurídico.

2.6 Fundamentos teóricos do consentimento ético-jurídico

2.6.1 O respeito à pessoa como princípio fundamental

A hipótese que orienta o presente trabalho baseia-se em uma mudança de paradigma a respeito do fundamento do poder que teria se alterado de uma perspectiva fundada no consentimento político a uma perspectiva fundada no consentimento ético-jurídico, pelo menos no que se refere às questões morais que dividem a sociedade. A perspectiva fundada no consentimento ético-jurídico centra-se mais na avaliação axiológica do poder heterônomo, a partir do respeito a determinados princípios fundamentais, do que propriamente na aquiescência eleitoral. Assim, tanto mais legítima será a legislação, a jurisdição ou o governo quanto mais essas funções institucionais guiarem-se por aqueles valores fundamentais relacionados ao *respeito à pessoa*, que se torna a fonte de justificação, motivação, fundamentação, orientação e inspiração do exercício do poder legítimo.

Essa mudança de paradigma provocou uma transformação de sentido no princípio da separação de poderes, pois colocou o órgão responsável pela proteção dos direitos fundamentais numa situação de contrapoder, funcionando como o árbitro final dos conflitos jurídicos, inclusive para controlar a validade material dos atos emanados dos demais órgãos estatais. Em última análise, o controle de validade das leis, observando os parâmetros materiais decorrentes desses princípios fundamentais, é exercido pela jurisdição, que se torna o *locus* por excelência da realização concreta do direito.

dade do modelo de proteção internacional dos direitos humanos com base nas velhas premissas do consentimento político. No modelo internacional, os valores ético-jurídicos de limitação do poder e proteção da dignidade humana, estabelecidos em tratados ou convenções aprovadas num plano supranacional, vinculam o estado aderente independentemente do voto popular. E vinculam muito mais pela sua força axiológica (consentimento ético) do que pela sua força política (consentimento político).

Mas é um equívoco pensar que o consentimento ético-jurídico propõe, necessariamente, um aumento do poder jurisdicional em detrimento do Poder Legislativo. O que o consentimento ético-jurídico valoriza é o respeito à pessoa, que se torna o princípio fundamental de ação de todos aqueles que têm algum poder de decisão. O próprio exercício da jurisdição torna-se vinculado (ética e juridicamente) por esse projeto axiológico. E nada impede também – aliás, é o que se deseja – que os membros do Poder Legislativo orientem-se por esse princípio fundamental. Levado às últimas consequências, o dever de respeito à pessoa resulta em uma valorização do sujeito ético que é incompatível com qualquer pretensão autoritária de se retirar do indivíduo a sua autonomia, a não ser em dadas circunstâncias¹⁶⁸.

O arcabouço teórico que levou a essa mudança de paradigma tem origem bem remota e ainda está em contínuo desenvolvimento. Na verdade, as bases dessa concepção são milenares, coincidindo com as primeiras reflexões humanas acerca da legitimidade do poder e dos fundamentos da justiça. A ideia de respeito à pessoa está presente nos primeiros códigos morais da humanidade e foi reproduzida em fórmulas de fácil compreensão. “Dar a cada um o que é seu”, “respeitar-se mutuamente”, “não fazer aos outros o que não gostaria que fizessem com você”, “amar o semelhante como a si mesmo”, “faz o bem e evita o mal” são alguns exemplos no-

168 A maior aceitação da desobediência civil (ou do *desafio à lei*) parece ser uma demonstração de que o exercício do poder está condicionado ao respeito à pessoa, não sendo mais suficiente o mero consentimento político como justificativa para o dever incondicional de obedecer a lei. Como explicou Alexander Bickel, tendo em mira a realidade norte-americana, o que seria importante, acima de tudo, não é o mero consentimento teórico pressuposto, mas um consentimento contínuo e real, nascido de uma reação constante ao poder. E muitas vezes, a desobediência civil exerceria esse papel de aferir o consentimento, provocando, com frequência, reformas legislativas decorrentes da insatisfação popular demonstrada por atos individuais de rebeldia. Por esse motivo, a legitimidade da desobediência civil deveria ser reconhecida como um elemento essencial para aferição do consentimento (BICKEL, 1978, p. 106). Ressalte-se que Bickel, assumindo expressamente uma postura conservadora inspirada em Burke, não adere a um modelo de consentimento ético-jurídico tal como aqui sugerido. Sua proposta está mais próxima de um consentimento político, fundado em uma moralidade do processo eleitoral, embora também passível de um controle jurisdicional. A diferença é que o consentimento por ele defendido é um tipo de consentimento mais autêntico e verdadeiro, não sendo suficiente o mero consentimento tácito pressuposto pelas principais propostas contratualistas. Quanto ao *judicial review*, o posicionamento de Bickel alterou-se gradativamente ao longo de sua vida, passando de uma defesa mais direta do ativismo (em “*The Least Dangerous Branch*”, de 1962) para uma defesa das chamadas “virtudes passivas” (“*passive virtues*”) do Judiciário, sugerindo que, em questões substanciais, o Judiciário deveria se recusar a decidir (em “*The Morality of Consent*”, de 1975).

toriamamente conhecidos de mandamentos éticos ligados à ideia de justiça que são reproduzidos há milênios de geração em geração¹⁶⁹.

O que todas essas fórmulas possuem em comum é uma preocupação com o outro (alteridade), fundada em uma compreensão de que o outro é um ser dotado de dignidade que merece nosso respeito e consideração. Reflexivamente, a preocupação com o outro gerará laços recíprocos de solidariedade e de respeito mútuo que irão possibilitar a vida em comunidade e, conseqüentemente, farão surgir a própria ideia de ética, de justiça e de direito.

Se, por um lado, há uma notória convergência em torno do reconhecimento do dever de respeito ao outro como pressuposto básico de um projeto ético comum (de convivência humana em um ambiente de escassez), por outro lado, há imensa controvérsia sobre o fundamento desse dever. E é justamente essa controvérsia que irá provocar uma cisão entre os modelos fundados no consentimento político e os modelos fundados no consentimento ético-jurídico¹⁷⁰.

Simplificando a questão, pode-se dizer que, quando se pergunta o porquê do respeito ao outro, surgem dois tipos de respostas: aquelas que incluem elementos de auto-interesse (ou de vantagens sociais) e aquelas que incluem elementos de princípio. Pode-se chamar o primeiro tipo de respeito ao outro baseado em vantagens e o segundo tipo de respeito ao outro por princípio.

O respeito ao outro baseado em vantagens está presente, por exemplo, no pensamento de Thomas Hobbes. Como se viu, Hobbes, mesmo colocando o amor-próprio no ápice das motivações humanas, reconhecia a importância da alteridade para a formulação dos princípios de justiça, sugerindo que quando não tivermos certeza de que se aquilo que fazemos ao outro é permitido ou não pela lei natural, deveríamos nos colocar no lugar do outro e teríamos a resposta. O problema é que o fundamento da

169 Para uma visão geral das diversas fórmulas de justiça: PERELMAN, 2002.

170 Nesse ponto, é preciso ter cautela, pois alguns autores que foram citados, especialmente Rousseau e Kant, seguem uma linha mais próxima do consentimento ético-jurídico, conforme se verá. O problema é que eles não levaram a suas premissas a um nível prático que resultasse, verdadeiramente, em uma valorização do sujeito ético. Ou seja, na montagem do arranjo institucional desenvolvido por esses pensadores, a autonomia moral é sufocada pela heteronomia jurídica, e a liberdade cede espaço para uma obediência incondicional e conformada (dócil).

moral em Hobbes tinha uma notória base egoísta, de modo que somente se deveria agir em benefício do outro se tal comportamento, em última análise, trouxesse alguma vantagem para nós mesmos.

John Locke foi além e defendeu que não deveríamos levar em conta apenas o interesse do outro, mas de toda a humanidade, o que acarreta um imenso avanço no que se refere ao fundamento da moral. Mas Locke ainda não consegue escapar totalmente das armadilhas do auto-interesse, pois a sua proposta visa, sobretudo, construir um modelo institucional que possa proteger a propriedade. Vale dizer: a vida em sociedade só valeria a pena para que os seres humanos possam proteger seus bens, suas vidas e suas liberdades. A rigor, uma pessoa miserável e sem bens teria poucos motivos para aceitar as regras comunitárias de respeito recíproco, pois não teria nada a ganhar.

Rousseau, por sua vez, tentou excluir o interesse próprio da equação e desenvolveu a noção de vontade geral para assinalar o resultado de uma deliberação que leve em conta o interesse de todos, eliminando-se as paixões pessoais que apenas contaminariam a busca pelo bem comum. A vontade geral seria uma vontade desinteressada, o que está muito próximo do sentido de respeito ao outro por princípio que inspira o consentimento ético-jurídico. Mas como a sua proposta política é vazia de conteúdo e excessivamente idealista (acessível apenas aos deuses, como o próprio Rousseau reconheceu) torna-se de pouca utilidade para a solução dos problemas concretos que envolvem escolhas específicas e bem definidas para o aqui e agora.

A proposta de Kant é mais sofisticada e complexa, pois sua concepção moral é claramente fundada em princípios, mas o seu modelo político-institucional, a rigor, aniquila o sujeito ético. Mesmo enaltecendo a razão e enfatizando a toda hora a ideia de autonomia, liberdade, dignidade *etc*, no fundo, o que Kant propõe, com seu modelo político, é uma sujeição incondicional da pessoa a uma vontade soberana externa que lhe ordena e lhe prescreve o que fazer. O sujeito jurídico kantiano não deixa de ser um indivíduo conformista que prefere obedecer à vontade do soberano a se rebelar contra o poder arbitrário, abdicando de sua capacidade de se assumir plenamente como um agente autônomo para seguir um dever de obediência quase religioso. De qualquer modo, não se pode deixar de reconhecer que

Kant acrescentou ao debate a noção de universalização do juízo ético como mecanismo de aferição de sua correção, contida no seu primeiro imperativo categórico, o que permitiu um enorme avanço filosófico na compreensão do sujeito ético¹⁷¹. Além disso, o seu segundo imperativo categórico irá fornecer o alicerce nuclear daquilo que se pode chamar de respeito ao outro por princípio, conforme se verá logo mais à frente.

Outro pensador influente que também desenvolveu argumentos fundados no auto-interesse para justificar o dever de respeito ao outro foi David Hume. Mesmo não sendo contratualista, Hume justificou a ideia de justiça com base em uma noção de reciprocidade em que o respeito ao outro seria condicionado pelo respeito dos outros aos nossos próprios interesses. De acordo com Hume, se o homem seguisse a sua razão, certamente se convenceria de que vale a pena cumprir as regras de convivência social mesmo que não fossem impostas por uma lei obrigatória. O problema é que, para Hume, o homem nem sempre seria racional¹⁷².

171 Na sua obra "Sobre o Fundamento da Moral", Schopenhauer defendeu que Kant não conseguiu fugir de uma racionalidade fundada no interesse próprio, pois a falta de conteúdo do primeiro imperativo categórico faria com que o egoísmo e o amor-próprio entrassem no raciocínio de forma dissimulada, já que o sujeito ético pode preencher o seu conteúdo com qualquer princípio de ação que lhe agrade, bastando que seja cumprido o requisito da universalização, que seria demasiadamente abstrato e aceitaria muitos resultados contraditórios. Ao fim e ao cabo, seria "o egoísmo que se senta na cadeira do juiz e que faz pender a balança" (SCHOPENHAUER, 1995, p. 65). Segundo ele, o *poder-querer* seria o eixo fundamental desse princípio moral. Daí porque: "Mas o que *posso* e o que não posso propriamente *querer*? É claro que eu preciso de um novo regulativo para determinar, no aspecto mencionado, o que eu possa querer, e só por meio desse é que eu teria a chave para a ordem dada, como se fosse um comando lacrado. Onde é que se deve procurar tal regulativo? É impossível que seja em outro lugar a não ser no meu próprio egoísmo, esta norma próxima, sempre pronta, originária e viva de todos os atos de vontade que têm, ao menos diante de todo princípio moral, o 'ius primi occupantis' [o direito do primeiro ocupante]. A indicação contida na regra máxima de Kant para se encontrar o princípio moral propriamente dito repousa, aliás, na pressuposição tácita de que só posso querer *aquilo* com que me dou melhor. O fato de que eu, ao estabelecer uma máxima para ser seguida universalmente, tenha de considerar-me necessariamente não só como a parte ativa, mas também, às vezes e eventualmente, como a *passiva* faz com que meu egoísmo decida-se pela justiça e pela caridade, não porque tenha prazer em *exercê-los*, mas em *experimentá-los*, no mesmo sentido daquele avarento que, depois de ouvir o sermão sobre a beneficência, proclama: 'que exposição profunda, que beleza! Quase me dá vontade de mendigar!'" (SCHOPENHAUER, 1995, p. 65). Ernest Tugendhat critica, em suas "Lições sobre Ética", essa acusação de que o pensamento kantiano teria uma base egoísta. Na sua ótica, "a posição de Kant, bem entendida, resulta na máxima do altruísmo. Esta máxima diz: considera os interesses dos outros, respeita os direitos de cada um" (TUGENDHAT, 2003 p. 128).

172 Ao contrário de Kant, David Hume atribuiu às emoções um papel de destaque na formulação de nossos juízos morais. De acordo com Hume, as nossas impressões nem sempre são confiáveis, pois funcionam indutivamente, com base na observação de fatos que se repetem na natureza, gerando expectativas equivocadas em nossas mentes e nos levando a fazer inferências nem sempre corretas

Muitas vezes, o indivíduo prefere receber um pequeno ganho no presente do que agir de outra forma para receber um benefício maior no futuro, cedendo às solicitações das paixões, que sempre estimulam a procurar o prazer imediato¹⁷³. A criação do estado seria então uma forma de controlar os ímpetus imediatistas em favor dos benefícios futuros que uma vida cooperativa e social proporcionaria. Em virtude disso, na ótica de Hume, a criação do governo e de uma magistratura civil responsável pela aplicação das leis se justificaria com base nessa ideia de que, no longo prazo, a vida em sociedade em conformidade com as regras da justiça compensaria. Assim, no fundo, seria unicamente do egoísmo do homem e da sua generosidade limitada, juntamente com a parcimônia com que a natureza providenciou a satisfação de suas necessidades, que a justiça buscaria a sua origem. Porém, embora o interesse próprio fosse o motivo original do estabelecimento da justiça, existiria também uma simpatia com o interesse público que originaria a aprovação moral que enaltece essa virtude. Com isso, a justiça e a ética seriam alicerçadas numa noção altruística bastante curiosa, em que os interesses pessoais de curto prazo são sacrificados em nome de um interesse geral de longo prazo que, obviamente, também beneficiaria a pessoa que age eticamente.

a respeito da realidade. Por força do costume e do hábito, julgamos que é verdade o que é apenas uma falsa generalização que fantasiámos por acreditar que “os casos de que não tivemos experiência se assemelham àquele que experimentámos” (HUME, 2001, p. 125), quando, na verdade, “a razão jamais pode mostrar-nos a conexão de um objeto com outro, ainda mesmo com a ajuda da experiência e da observação da sua conjugação constante em todos os casos passados”. Seríamos, portanto, como aqueles mentirosos que, “pela frequente repetição das suas mentiras, acabam por acreditar nelas e recordá-las como se fossem realidades” (IDEM, p. 121). David Hume, porém, não acreditava no poder da razão para nos ajudar a escapar dessas falsas generalizações, já que todo nosso raciocínio se baseia na indução e, como se viu, o pensamento indutivo não se sustentaria do ponto de vista lógico. Por isso, “não é somente em poesia e música que devemos seguir o nosso gosto e sentimento, mas igualmente em filosofia. Quando estou convencido de um princípio qualquer é apenas uma ideia que me fere mais fortemente. Quando dou preferência a uma série de argumentos em relação a outra, não faço outra coisa senão decidir de acordo com o que sinto relativamente à superioridade da sua influência” (IDEM, p. 140). Para Hume, “a razão é, e deve ser apenas escrava das paixões; não pode aspirar a outro papel senão o de servi-las e obedecer-lhes” (IDEM, p. 482). Isso valeria até mesmo para os juízos éticos, já que todas as paixões, hábitos, disposições de caráter que tendem a favorecer-nos ou a prejudicar-nos causam-nos prazer ou mal-estar. Em razão disso, “visto que se admite que há um prazer ou um mal-estar que acompanha sempre os méritos ou deméritos, isso é tudo o que é necessário para o meu desígnio” (HUME, 2001, p. 349).

173 “Sendo os homens naturalmente egoístas ou dotados apenas de uma generosidade limitada, não são facilmente induzidos a realizar uma ação no interesse de estranhos, a não ser que tenham em vista uma vantagem recíproca que não teriam esperanças de obter senão mediante esta ação” (HUME, 2001, p. 600).

As ideias de David Hume irão exercer enorme impacto no pensamento político e moral do ocidente, sobretudo no mundo anglo-saxão, possibilitando o desenvolvimento de uma das doutrinas mais influentes até hoje: o utilitarismo. Em síntese, o utilitarismo baseia o juízo moral em um cálculo visando à maximização da felicidade¹⁷⁴. Se a felicidade a ser maximizada pelo utilitarismo fosse a do próprio indivíduo, então teríamos uma proposta muito semelhante àquela defendida por Hume. Porém, graças a John Stuart Mill, o utilitarismo dará um salto para escapar do egoísmo ao defender que a felicidade a funcionar como padrão da moralidade não seria a felicidade do agente, mas a felicidade de todos os envolvidos. Assim, na perspectiva de Mill, “o utilitarismo exige que o agente seja tão estritamente imparcial entre a sua própria felicidade e a dos outros como um espectador desinteressado e benevolente”¹⁷⁵. (MILL, 2005, p. 64)

174 Nas palavras do utilitarista John Stuart Mill, “as ações são corretas na medida em que tendem a promover a felicidade, e incorretas na medida em que tendem a gerar o contrário da felicidade. Por felicidade entendemos o prazer, e a ausência de dor; por infelicidade, a dor, e a privação do prazer” (MILL, 2005, p. 44 e 51). Assim, o fim último da ética seria a felicidade. Afinal, se todos desejam “uma existência tanto quanto possível isenta de dor e tão rica quanto possível em prazeres, tanto em qualidade quanto em quantidade”, então este também deve ser o “padrão da moralidade”, que deveria ser, na sua máxima extensão, garantida a toda a humanidade e “não apenas à humanidade, mas, na medida em que a natureza das coisas o permitir, a todas as criaturas sencientes” (MILL, 2005, p. 44/45).

175 A preocupação com os interesses dos outros está bastante presente na ética utilitarista de Stuart Mill. Para ele, “desde que estejam a cooperar, os seus fins estão identificados com os dos outros; existe pelo menos um sentimento temporário de que os interesses dos outros são os seus próprios interesses”. Por isso, “o fortalecimento dos laços sociais, e todo o crescimento saudável da sociedade, não dá apenas a cada indivíduo um interesse pessoal mais forte na consulta efetiva do bem-estar dos outros; leva-o também a identificar cada vez mais os seus *sentimentos* com o bem deles ou, pelo menos, com um grau ainda maior de consideração prática por esse bem. Como que por instinto, o indivíduo ganha consciência de si próprio como um ser que *obviamente* se preocupa com os outros. O bem dos outros torna-se para ele uma coisa à qual se tem de dar atenção, natural e necessariamente, como a qualquer dos estados físicos da nossa existência (...). Num estado de aperfeiçoamento da mente humana, as influências que tendem a gerar em cada indivíduo um sentimento de unidade com todos os outros estão em aumento permanente; sentimento que, se perfeito, faria o indivíduo nunca pensar em qualquer condição benéfica para si mesmo, ou desejá-la, caso não estivessem todos incluídos no seu proveito” (MILL, 2005, p. 85/86). Stuart Mill, numa visão bastante avançada para a época, já anteviu as vantagens biológicas de um tal sentimento de empatia: “Graças à sua inteligência superior, mesmo sem ter em conta o maior alcance da sua empatia, um ser humano é capaz de dar-se conta da comunidade de interesses entre si e a sociedade humana da qual faz parte, de tal forma que qualquer conduta que ameace a segurança da sociedade em geral é ameaçadora para a sua própria segurança e desperta o instinto (se é que é um instinto) de autodefesa. A mesma superioridade de inteligência, aliada à possibilidade de sentir empatia para com os seres humanos em geral, permite-lhe ligar-se à ideia coletiva da sua tribo, do seu país, ou da humanidade, de tal maneira que qualquer ato prejudicial para eles desperta o seu instinto de empatia, e insta-o a resistir” (MILL, 2005, p. 112).

Essa concepção utilitarista tal como formulada por Stuart Mill, que nos obriga a ser tão estritamente imparciais entre a nossa própria felicidade e a dos outros como um espectador desinteressado e benevolente, parece cada vez mais se distanciar do respeito ao outro fundado no auto-interesse para se guiar por um tipo de raciocínio de alteridade onde o outro vale tanto quanto nós. A rigor, é precisamente isso que embasa a noção de consentimento ético-jurídico¹⁷⁶. Porém, não se pode deixar de apontar a dificuldade de conciliar essa proposta com um modelo ético utilitarista. O utilitarismo guia-se por um tipo de raciocínio instrumental-estratégico que parece ser incompatível com o princípio de respeito à pessoa. Afinal, se o mais importante é a maximização da felicidade, então o respeito à pessoa torna-se apenas um meio para atingir esse objetivo. Se o desrespeito ao outro não for vantajoso na perspectiva da maximização da felicidade, a moral utilitarista certamente deveria recomendar a transgressão do princípio. De qualquer modo, não é preciso aprofundar as críticas ao utilitarismo, tão abundantes nas obras filosóficas contemporâneas¹⁷⁷. O que importa é perceber que não se pode fundamentar o dever de respeito ao outro em cálculos contingenciais em que os fins justificariam

176 Em face disso, existem muitos estudiosos de filosofia moral que entendem haver uma enorme convergência entre algumas versões das éticas utilitaristas e algumas versões das éticas deontológicas. Esse é, por exemplo, o entendimento de R. M. Hare, que defende que muitas das premissas kantianas são coerentes com o utilitarismo, caso se parta da ideia de que os fins que o utilitarismo deseja promover são os fins de todas as outras pessoas em termos iguais ao do sujeito ético que reflete sobre os princípios éticos: HARE, 2003, Capítulo 8, p. 201/223 – Kant poderia ter sido um utilitarista?, José de Sousa e Brito vai além para sugerir que as diversas alternativas de justiça (e de ética) são, afinal, falsas alternativas, já que “a prova do utilitarismo de Bentham reconduz-se afinal ao imperativo categórico de Kant e este não se pode desenvolver discursivamente em termos diferentes dos propostos por Aristóteles. Por outro lado, a investigação aprofundada das relações entre razão ética e razão jurídica, apoiada na reflexão de Kant e do seu continuador Rawls sobre a razão pública e na original teoria de Aristóteles sobre o direito natural, revela que se desenvolvem a partir do direito, e especialmente das ordens jurídicas dos Estados de direito, sistemas alternativos de dedução ética a partir do direito. Trata-se aqui de alternativas do desenvolvimento do direito que são simultaneamente sistemas éticos da justiça possível nas diferentes circunstâncias de cada ordem jurídica. Numa perspectiva aristotélica prudencial de construção da ética a partir de baixo, da progressiva harmonização de máximas do agir e da resolução de conflitos entre princípios éticos, temos aqui verdadeiras teorias da justiça e do direito alternativas. Pode então dizer-se, como no texto de Castanheira Neves que encima este estudo, que ‘o direito é, na verdade, a alternativa humana nesta nossa circunstância, em que ele já só pode ser concebido como alternativa’ (BRITO, 2008).

177 A obra de referência é: SMART; WILLIAMS, 1973.

os meios, pois isso pode gerar um enfraquecimento desse princípio, colocando em risco a sua própria existência.

O princípio do respeito ao outro deve fundar-se em uma compreensão de que o outro é valioso em si mesmo, o que significa dizer que o outro não pode ser instrumentalizado. Essa ideia decorre do segundo imperativo categórico desenvolvido por Kant, que se incorporou definitivamente na linguagem dos direitos e da moral. Dentro dessa ótica, todo ser racional “*existe* como um fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. Daí o segundo imperativo: “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (KANT, 2008, p. 71/73). Tal imperativo, em sua formulação negativa, proíbe que o ser humano seja tratado como coisa, já que possui um valor intrínseco (a dignidade) que não tem preço. A dignidade do ser racional estaria relacionada à capacidade de tomar decisões com autonomia. Por isso, negar ao ser racional a sua autonomia seria negar a própria condição humana.

Como se nota, pensadores das mais variadas matrizes apontaram a alteridade (preocupação com o bem-estar do outro) como uma nota essencial do raciocínio ético. O consentimento ético-jurídico alicerça-se nessa perspectiva de alteridade que está na base do raciocínio ético. Mas não se trata de uma alteridade qualquer, mas de uma alteridade por princípio, em que os interesses dos outros devem ser avaliados imparcialmente e de forma compreensiva. A pergunta central é como isso pode ser transformado em um projeto de vida factível e propício a ser incorporado ao pensamento jurídico. É o que se verá a seguir, a partir de uma análise detalhada da proposta de John Rawls e, posteriormente, de Amartya Sen e Martha Nussbaum.

2.6.2 O neocontratualismo de John Rawls

No século XX, o filósofo norte-americano John Rawls desenvolveu uma influente teoria da justiça que tem sido um campo fértil de discussão no mundo todo. Sua teoria está alicerçada num engenhoso método de raciocínio onde a busca da imparcialidade se tornou a preocupação central.

Suas ideias exerceram e ainda exercem grande influência no pensamento político e jurídico contemporâneos, razão pela qual merecem ser analisadas com mais detalhes¹⁷⁸. Referida proposta segue a tradição contratualista, tentando generalizar e “levar a um plano superior de abstração a tradicional teoria dos contratos sociais, tal como foi desenvolvida por Locke, Rousseau e Kant” (RAWLS, 1971, p. VIII). Afora a longa tradição que circunda o contratualismo, Rawls justifica a adoção dessa proposta pelo fato de que a invocação de um contrato transmitiria a ideia de aceitabilidade, de pluralidade de interesses e visões acerca da justa divisão de bens sociais e de publicidade dos termos pactuados, de modo que todos possam ter conhecimento dos princípios que os outros seguem, dentro de uma visão de reciprocidade que deveria pautar as relações sociais entre pessoas livres e iguais¹⁷⁹. (IDEM, p. 16)

Rawls percebeu que a grande dificuldade de se estabelecer um princípio de justiça universalmente aceito é o fato de que as pessoas tendem a pensar em si próprias e a levarem em conta seus interesses e preferências particulares no momento de avaliarem a justiça ou injustiça de uma determinada situação. Ou seja, muitas opções ideológicas a que aderimos são motivadas pelos papéis que ocupamos na sociedade. Se somos proprietários de terras, tendemos a achar injusta a desapropriação de propriedades rurais para a reforma agrária. Se somos negros, é provável que

178 Vale ressaltar que John Rawls dedicou quase toda a sua vida acadêmica na elaboração e desenvolvimento de sua teoria da justiça, razão pela qual houve diversos aprimoramentos em sua proposta original. A base de sua teoria encontra-se na obra “*A Theory of Justice*” e as principais alterações de seu pensamento foram descritas em “*Political Liberalism*”, que é uma obra que compila diversos artigos e conferências proferidas por Rawls até o final de sua vida.

179 Na sua ótica, uma concepção de justiça formulada com base no contrato social seria capaz de fornecer uma alternativa superior ao utilitarismo, que seria a doutrina moral e política mais influente no mundo anglosaxão. A proposta central do utilitarismo, conforme visto de forma resumida, defende que a sociedade seria justa quando suas instituições estivessem planejadas para alcançar o maior saldo líquido de satisfação geral a partir de uma soma das satisfações individuais de todos os membros da sociedade. Para Rawls, o utilitarismo, além de não levar a sério a distinção entre as pessoas, não seria capaz de fornecer bases sólidas para o reconhecimento das liberdades fundamentais e, dificilmente, pessoas sensatas, após uma reflexão ponderada, endossariam o utilitarismo como concepção de justiça para uma sociedade democrática de pessoas livres e iguais. Afinal, ninguém desejaria que os seus bens mais preciosos (como a liberdade, por exemplo) fossem sacrificados em nome de algum cálculo de maximização de benefícios nem sempre vantajosos numa perspectiva individual. Daí porque “*in the absence of strong and lasting benevolent impulses, a rational man would not accept a basic structure merely because it maximized the algebraic sum of advantages irrespective of its permanent effects on his own basic rights and interests*” (RAWLS, 1971, p. 14).

sejamos a favor do sistema de cotas raciais para o ingresso em universidades ou empregos públicos. Se somos homossexuais, certamente consideramos arbitrário que os benefícios concedidos aos casais heterossexuais não sejam estendidos aos casais formados por pessoas do mesmo sexo. Se somos católicos fervorosos, acreditamos na sacralidade da vida humana e censuramos toda forma de aborto ou de eutanásia¹⁸⁰.

Dentro dessa perspectiva, em que a noção de justo e de injusto está fortemente influenciada pelos nossos próprios interesses particulares e pelas nossas crenças mais fortes, costumamos chamar de justo aquilo que está de acordo com os nossos próprios interesses e de injusto aquilo que nos prejudica ou viola os nossos próprios valores. O problema é que há algo de profundamente errado nessa perspectiva. Afinal, uma concepção de justiça que mereça esse nome deveria ser pautada pela ideia de imparcialidade e ser o mais independente possível do interesse próprio. Além disso, não parece ser razoável adotar princípios de justiça que dependam de contingências arbitrárias do ponto de vista moral, como aquelas que decorrem de uma sorte natural ou social.

Foi com essa preocupação em mente que John Rawls elaborou a sua teoria da justiça por ele denominada de “justiça como equidade” (“*justice as fairness*”), desenvolvendo um método de reflexão capaz de permitir uma avaliação das instituições, das leis e do estado de um modo geral que fosse justa/imparcial, ou seja, que fosse influenciada o mínimo possível pelos interesses particulares gerados pelos papéis que ocupamos na sociedade. O objeto primário de sua proposta é a *estrutura básica da sociedade*, vale dizer, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens decorrentes da cooperação social (RAWLS, 1971, p.7).

Para isso, ele propôs duas ideias básicas e interligadas que deveriam ser tratadas como *artifícios de representação*: (a) a ideia da *posição original* e (b) a ideia do *véu de ignorância*. O propósito dessas duas ideias seria criar, na mente do agente moral, um ambiente de deliberação de relativa ignorân-

180 O exemplo que Rawls utiliza em sua “*A Theory of Justice*” é o da riqueza: se um homem tem consciência de que será rico, tenderá a considerar injusta a tributação para fins de distribuição de renda. Por outro lado, se for pobre, provavelmente defenderá o princípio contrário (RAWLS, 1971, p. 19).

cia e de total imparcialidade, propício a gerar princípios de justiça o mais próximo da equidade possível, onde ninguém deve ser beneficiado ou prejudicado por circunstâncias arbitrárias do ponto de vista moral¹⁸¹.

Rawls sugeriu, então, que imaginássemos uma situação hipotética¹⁸², chamada de *posição original*, em que os agentes racionais estariam vestindo uma espécie de “véu de ignorância”. Esse “véu de ignorância” impediria os agentes morais que estivessem deliberando de saberem ao certo qual a posição que ocuparão no futuro, e isso faria com que as preferências e interesses pessoais interferissem o mínimo possível na escolha, garantindo que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios de justiça pelo acaso natural ou contingências das circunstâncias sociais¹⁸³. (RAWLS, 1971, p. 12). Na posição original, ninguém saberá se será homem ou mulher, rico ou pobre, católico ou muçulmano. Também ninguém saberá quais são as visões majoritárias ou minoritárias na sociedade. As regras, portanto, seriam estabelecidas “no escuro” e valeriam indistintamente para todos. Com isso, os que estiverem na posição original serão cautelosos antes de estabelecerem uma regra prejudicial para um determinado grupo de pessoas, e ninguém poderia formular princípios sob medida para favorecer a si próprio. Se todos aceitassem a solução encontrada independentemente de sua posição na sociedade, seria um si-

181 Segundo Rawls, tais expedientes mentais substituiriam a noção de *estado da natureza* das tradicionais teorias contratualistas (RAWLS, 1971, p. 12). Eles funcionariam não como uma situação histórica real, muito menos como uma condição primitiva da civilização, mas como uma espécie de ambiente imaginário de reflexão ponderada, em que os agentes morais seriam representantes de outras pessoas, visando proteger seus interesses da melhor forma possível, partindo do pressuposto de que “*no one knows his place in society, his class position or social status, nor does anyone know his fortune in the distribution of natural assets and abilities, his intelligence, strength, and the like*”.

182 Em diversas passagens, Rawls insiste que a posição original deve ser considerada como uma situação meramente hipotética e não histórica, cuja principal função é servir para orientar nosso juízo moral, representando o resultado de um processo racional de deliberação sob condições ideais. Não se trata, pois, de um evento real, nem pretende ser um evento real, mas apenas um *mecanismo intelectual de representação*, visando criar na mente do sujeito ético um ambiente simulado propício ao florescimento de princípios de justiça equânimes.

183 Em *Political Liberalism*, Rawls enfatizou a função do véu da ignorância como um mecanismo capaz de proporcionar uma perspectiva equânime: “*The reason the original position must abstract from and not be affected by the contingencies of the social world is that the conditions for a fair agreement on the principles of political justice between free and equal persons must eliminate the bargaining advantages that inevitably arise within the background institutions of any society from cumulative social, historical, and natural tendencies. These contingent advantages and accidental influences from the past should not affect an agreement on the principles that are to regulate the institutions of the basic structure itself from the present into the future*” (RAWLS, 1993, p. 23).

nal de que se alcançou a justiça, pois os princípios daí decorrentes seriam resultado de um consenso equitativo. Tal procedimento, segundo Rawls, levar-nos-ia a refletir sobre como seria um modelo de normas e de instituições que poderíamos ser capazes de aceitar e, a partir daí, dar o nosso aval legitimador em relação às normas, instituições e práticas existentes. Dentro desse modelo, as pessoas poderão até mesmo divergir quanto às respectivas crenças particulares sobre o que é uma vida boa ou sobre o que é felicidade, mas serão capazes de concordar com alguns arranjos institucionais capazes de possibilitar o respeito à diversidade, obtendo princípios de justiça equânimes para todos os membros do grupo, independentemente de suas visões de mundo¹⁸⁴.

Esse método não deve ser considerado como um ponto de chegada para a justificação dos princípios de justiça, mas como um ponto de partida a ser sempre submetido a um estado de espírito intelectual que Rawls denomina de “equilíbrio reflexivo” (“*reflective equilibrium*”). O equilíbrio reflexivo seria um procedimento de raciocínio que nos estimula a sempre reavaliar nossos juízos intuitivos, submetendo-os a uma constante e cuidadosa revisão com base nas informações de que dispomos¹⁸⁵. (RAWLS, 1971, p. 20). Assim, essa atitude mental ir além das nossas próprias concepções particulares, mas sempre partindo dos valores intuitivos que costumam orientar nossos juízos.

A passagem dos princípios abstratos de justiça desenvolvidos na posição original para as regras a serem aplicadas concretamente no mundo real se daria em quatro estágios¹⁸⁶. No primeiro estágio, os agentes racio-

184 Rawls admite que as pessoas, na posição original, estão cientes das *circunstâncias da justiça*, tal como descritas por David Hume. Tais circunstâncias referem-se a uma vida comunitária de escassez moderada (circunstâncias objetivas) e conflito de interesses decorrentes da pluralidade de visão de mundo dos membros da comunidade (circunstâncias subjetivas). Assim, as circunstâncias da justiça se manifestam sempre que os membros da sociedade divergem sobre a divisão das vantagens sociais em condições de escassez moderada. Sobre isso: RAWLS, 1971, p. 126 e ss.

185 Em seus *Political Liberalism*, Rawls assim descreve o equilíbrio reflexivo: “*We start, then, by looking to the public culture itself as the shared fund of implicitly recognized basic ideas and principles. We hope to formulate these ideas and principles clearly enough to be combined into a political conception of justice congenial to our most firmly held convictions. We express this by saying that a political conception of justice, to be acceptable, must accord with our considered convictions, at all levels of generality, on due reflection, or in what I have called elsewhere ‘reflective equilibrium’*” (RAWLS, 1993, p. 8).

186 Os quatro estágios também devem ser tratados como um roteiro mental para aplicação dos princípios de justiça e não propriamente como um arranjo institucional correspondente à realidade.

nais deliberariam na posição original, selecionando os princípios de justiça mais gerais que servirão como ponto de partida de todo o processo. No estágio seguinte, as partes se reuniriam em uma assembleia hipotética para definirem a constituição básica da estrutura política, inclusive os direitos e deveres fundamentais dos indivíduos, tendo como pressuposto os princípios de justiça estabelecidos na primeira etapa e as condições de cada sociedade em particular. No terceiro estágio, seriam elaboradas as leis propriamente ditas, que regularão a estrutura econômica e social da sociedade, observando o que havia sido previamente estabelecido na etapa anterior. Finalmente, no quarto e último estágio, chega-se o momento de concretizar o que foi deliberado através da aplicação das regras pelos juízes e outras autoridades responsáveis.

Seguindo esse processo de raciocínio, seria possível avaliar se a estrutura básica de uma determinada sociedade é capaz de distribuir os direitos e os deveres fundamentais e as vantagens decorrentes da cooperação social de forma justa. Quanto mais as instituições existentes em uma sociedade real se aproximarem desse modelo de justiça, sendo capazes de respeitar os princípios de justiça que pessoas livres e iguais escolheriam em uma situação equitativa a todas as partes, tanto mais elas seriam dignas de nossa aprovação (ou consentimento, para usar a linguagem da presente tese).

Partindo daí, Rawls assumiu o desafio de responder a seguinte questão: que princípios de justiça seriam escolhidos por pessoas racionais, interessadas em promoverem seus interesses¹⁸⁷, que estivessem na posição original?

Assim, no estágio constituinte, algumas restrições impostas pela posição original continuam presentes, mas vão sendo gradativamente removidas na medida em que os estágios vão sendo percorridos. Em todos os estágios, deve haver um compromisso com os princípios selecionados na posição original e uma preocupação com a imparcialidade. Assim, o legislador também seria uma figura idealizada, na medida em que não está contaminado pelo pragmatismo eleitoral, nem pelas distorções do modelo representativo do mundo real. Daí porque *"it is essential to keep in mind that the four-stage sequence is a device for applying the principles of justice. This scheme is part of the theory of justice as fairness and not an account of how constitutional conventions and legislatures actually proceed"* (RAWLS, 1971, p. 200).

187 O agente moral na posição original é, segundo Rawls, um sujeito que procura satisfazer seus próprios interesses, sendo, por isso mesmo, indiferente quanto aos interesses dos outros, e não estão dispostas a sacrificar seus interesses em benefício dos outros. Esse postulado da indiferença mútua faria com que os princípios da justiça escolhidos não dependam de suposições muito exigentes a respeito da natureza humana. Assim, como o objeto é encontrar princípios de justiça amplamente partilhados, seria melhor afastar os laços abrangentes de sentimento natural que nem todos os indivíduos possuem em igual medida (RAWLS, 1971, p. 129).

Segundo Rawls, a grande controvérsia em torno da justiça nas sociedades ocidentais contemporâneas giraria em torno da relação entre liberdade e igualdade. As pessoas discordam substancialmente sobre esses dois valores fundamentais, pois, para uns, a liberdade seria mais importante do que a igualdade, enquanto que, para outros, a busca da igualdade social valeria o sacrifício de alguns direitos de liberdade.

Foi com base nesse desacordo a respeito da relação entre a liberdade e a igualdade que Rawls, após analisar várias teorias sobre a justiça, defendeu que as pessoas racionais que estivessem no ambiente de deliberação delimitado pela posição original escolheriam os princípios de justiça que se seguem:

a. Each person has an equal right to a fully adequate scheme of equal basic liberties which is compatible with a similar scheme of liberties for all.

*b. Social and economic inequalities are to satisfy two conditions. First, they must be attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity; and second, they must be to the greatest benefit of the least advantaged members of society*¹⁸⁸.

Aqui, há, na verdade, três princípios: (a) o princípio da liberdade, a exigir que cada pessoa tenha igual direito a um sistema plenamente adequado de liberdades básicas que seja compatível com um sistema similar de liberdade para todos; (b1) o princípio da oportunidade justa, a exigir que todos tenham acesso em condições de igualdade e oportunidades justas aos cargos e posições; (b2) o princípio da diferença, a exigir que quaisquer desigualdades sociais e econômicas, para serem justas, devam gerar o maior benefício para os membros menos

188 Essa é a formulação mais atual dos princípios da justiça defendidos por Rawls. Houve uma sutil modificação de redação em relação à versão original, onde a expressão “*a fully adequate scheme*” substituiu a expressão “*the most extensive total system*”, contida na “*A Theory of Justice*”, cuja redação era: “*First: each person is to have an equal right to the most extensive basic liberty compatible with a similar liberty for others. Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all*” (RAWLS, 1971, p. 60). A mudança foi justificada na conferência “*The Basic Liberties and Their Priority*”, a partir das críticas formuladas por H. L. Hart. Segundo Rawls, seria equivocado pensar em *maximização de liberdades*, tal como sugerido na redação original de seus princípios, pois isso levaria à necessidade de estabelecer cálculos conjecturais sobre o maior total líquido de interesses sociais ou valores sociais. O que interessa, na verdade, seria desenvolver um sistema adequado de proteção das liberdades capaz de possibilitar o exercício recíproco das faculdades morais dos indivíduos em uma sociedade formada por pessoas livres e iguais (RAWLS, 1993, p. 289 e ss.).

favorecidos da sociedade. Esses princípios traduziriam o conteúdo da justiça na teoria de John Rawls.

Para justificar seus princípios de justiça, Rawls inseriu na discussão a noção de bens primários, que seriam aqueles bens que as pessoas necessitam em sua condição de membros de uma sociedade formada por pessoas iguais, livres e cooperativas¹⁸⁹. Rawls também foi buscar apoio na chamada teoria da escolha racional, sobretudo para mobilizar o conceito clássico de pessoa racional da teoria social¹⁹⁰. Assim, pessoas racionais buscariam promover seus sistemas de objetivos da melhor forma possível, tentando garantir para si mesmas o maior índice de bens sociais primários (RAWLS, 1971, p. 144). O objetivo das partes seria alcançar um acordo sobre os princípios de justiça capazes de capacitar os cidadãos a se tornarem pessoas completas, isto é, a desenvolverem e exercerem plenamente suas faculdades morais e a perseguirem a realização da concepção específica do bem que vierem a conceber¹⁹¹. (RAWLS, 1993, p. 77)

Na ótica de Rawls, num ambiente de deliberação semelhante ao da posição original, onde não se sabe que papel social se ocupará no futuro, ninguém seria imprudente ao ponto de arriscar a própria liberdade, colocando-a numa loteria em que a derrota significaria a escravidão. Nenhum tipo de benefício provável valeria o risco de se tornar escravo pelo resto da vida. Por esse motivo, as pessoas seriam cautelosas, adotando um prin-

189 O conceito de *bens primários* (*primary goods*) sofreu alterações no pensamento de John Rawls. Originalmente, os bens primários eram aqueles bens que um indivíduo poderia, racionalmente, desejar (RAWLS, 1971, p. 91). Posteriormente, os bens primários deixaram de ser *desejos* ou *preferências* para se tornarem *necessidades dos cidadãos* (RAWLS, 1993, p. 187 e ss.). A diferença é substancial e, certamente, foi influenciada pelas críticas de Amartya Sen, conforme se verá. Na lista de bens primários apresentada por Rawls, que ele próprio reconhece como uma lista que pode ser ampliada, encontram-se: “*a. basic rights and liberties, also given by a list; b. freedom of movement and free choice of occupation against a background of diverse opportunities; c. powers and prerogatives of offices and positions of responsibility in the political and economic institutions of the basic structure, d. income and wealth; and finally, e. the social bases of self-respect*”. (RAWLS, 1993, p. 181).

190 Em *Political Liberalism*, Rawls esclareceu que a sua teoria da justiça não deve ser considerada como uma parte da teoria da escolha racional (RAWLS, 1993, p. 53).

191 E mais: “(...) *we can actually present a scheme of equal basic liberties and fair opportunities, which, when guaranteed by the basic structure, ensures for all citizens the adequate development and full exercise of their two moral powers and a fair share of the all-purpose means essential for advancing their determinate (permissible) conceptions of the good*” (RAWLS, 1993, p. 220).

cípio de escolha racional conhecido como *maximin*¹⁹². É justamente por isso que as pessoas tratariam a liberdade como um valor de suma importância e só admitiriam restrições a esse princípio para permitir a convivência harmoniosa das liberdades, ou seja, uma liberdade fundamental somente poderia ser limitada ou negada se isto fosse feito para beneficiar outra ou outras liberdades¹⁹³ (RAWLS, 1993, p. 295). A liberdade teria, assim, um caráter prioritário no sentido de que não poderia ser sacrificada por outro bem primário, nem mesmo por uma melhoria no bem-estar geral. Assim, por exemplo, a liberdade política não poderia ser negada a certos grupos sob o argumento de que o seu exercício poderia prejudicar a eficiência ou o crescimento econômicos. (RAWLS, 1993, p. 294/295). Nenhum tipo de consideração utilitária poderia justificar o sacrifício da igual liberdade¹⁹⁴.

A proteção da liberdade seria uma condição indispensável para alcançar o *overlapping consensus*. Afinal, se se admite que diferentes concepções de mundo podem ser elaboradas de forma razoável a partir de diferentes pontos de vista, e se se aceita que todas merecem ser protegidas, então a liberdade surgiria como um bem primário fundamental que todos valorizariam. Assim, por exemplo, católicos e muçulmanos, mesmo divergindo profundamente em suas crenças religiosas, reconheceriam a impor-

192 O *maximin* é um princípio de escolha cauteloso e pessimista. Afirma que, em condições de incerteza, o decisor deve escolher o curso de ação que tenha menos chance de gerar resultados indesejados. Por sua vez, o *maximax* é um princípio de escolha otimista e agressivo. Afirma que, em condições de incerteza, o tomador da decisão deve optar pela escolha que proporcione o melhor ganho possível, ainda que as chances sejam pequenas e os ricos sejam altos. Rawls sugere que as partes na posição original seriam cautelosas, adotando uma atitude mais conservadora, pois não valeria a pena arriscar-se a ganhar uma vantagem a mais se houver um risco muito alto de perder aquilo que mais se preza (RAWLS, 1971, p. 152 e ss.).

193 Não se pode deixar de lembrar o influente argumento desenvolvido por Stuart Mill para justificar o chamado *princípio do dano* (“*harm principle*”), segundo o qual “*the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others*” (MILL, 2001, p. 13). De acordo com esse princípio, as escolhas pessoais de cada um, desde que tomadas de forma verdadeiramente livre e que não fossem prejudiciais aos interesses dos outros, não deveriam sofrer interferências indevidas nem do Estado nem da sociedade como um todo. Aliás, um princípio semelhante já estava previsto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “*Art. IV – La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l’exercice des droits naturels de chaque homme n’a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi*”.

194 Há, nesse aspecto, uma convergência entre o *status* especial das liberdades fundamentais, tal como defendido por John Rawls, e a supremacia dos argumentos de princípios em relação aos argumentos de política, tal como defendido por Ronald Dworkin.

tância da liberdade de religião para garantir a convivência harmoniosa numa sociedade plural¹⁹⁵.

Rawls também defendeu que seria prudente escolher o princípio da diferença e o princípio das oportunidades justas caso fossem adotadas as restrições impostas pela posição original. Para Rawls, a existência de desigualdades econômicas e sociais, por si só, não seria malévola, pois poderia servir para promover a eficiência econômica e social. Porém, para que a desigualdade não beneficie apenas alguns (os mais talentosos), seria preciso criar mecanismos compensatórios para que as expectativas dos membros menos favorecidos fossem melhoradas. Por isso, na posição original, as pessoas escolheriam o princípio da diferença¹⁹⁶. E, nos estágios seguintes, tenderiam a criar mecanismos de equalização da igualdade, como forma de compensar a arbitrária divisão dos talentos naturais entre os indivíduos¹⁹⁷. Assim, qualquer forma de desigualdade somente poderia ser considerada justa se resultasse em benefícios compensatórios para cada um, em particular para os membros menos favorecidos da sociedade¹⁹⁸. Dentro dessa perspectiva, não haveria injustiça na desigualdade em si, desde que a situação das pessoas em desvantagem fosse com isso melhorada (RAWLS, 1971, p. 15). Em outras palavras: ninguém deveria ter me-

195 Em *Political Liberalism*, Rawls invoca o fato do pluralismo razoável juntamente com o fato da opressão para concluir que pessoas razoáveis perceberiam que os limites da capacidade do juízo colocam restrições ao que pode ser razoavelmente justificada aos outros e, por isso, endossariam a liberdade de consciência e a liberdade de pensamento. Afinal, não seria razoável que usemos o poder político para reprimir doutrinas abrangentes que não são irrazoáveis (RAWLS, 1993, p. 61).

196 Um dos pontos centrais para bem compreender o princípio da diferença como um princípio de justiça, dentro do modelo de Rawls, baseia-se na ideia de que os talentos naturais seriam bens comuns, distribuídos aleatoriamente por critérios moralmente irrelevantes. Assim, o princípio da diferença representaria um meio para tornar mais justa essa distribuição desigual de talentos. Os que foram beneficiados pela natureza poderiam tirar vantagem dessa situação desde que melhorassem a posição dos menos favorecidos pela sorte natural (RAWLS, 1971, p. 101/102).

197 A regulamentação do princípio da diferença, segundo Rawls, operar-se-ia no *estágio legislativo*, onde deveriam ser desenvolvidas políticas sociais e econômicas tendentes à maximização das expectativas a longo prazo dos menos favorecidos (RAWLS, 1971, p. 199).

198 O conceito de *grupo menos favorecido* ("least fortunate group") é estabelecido com base na distribuição de bens sociais primários. Assim, aqueles que, por contingências moralmente irrelevantes, foram menos beneficiados na distribuição de bens primários (direitos, liberdades, oportunidades, rendas e riqueza), podem ser considerados como *menos favorecidos* para fins de serem favorecidos pelo princípio da diferença. As contingências moralmente irrelevantes, na ótica de Rawls, são aquelas que decorrem do acaso natural ou social, como o fato de nascer numa família pobre, ou ter uma grave moléstia ou não ter tido a sorte de ser premiado com talentos naturais (RAWLS, 1971, p. 98).

nos benefícios do que receberia caso os bens primários fossem divididos igualmente. Assim, se, em viturde da cooperação social, uma divisão desigual de bens primários permitiria uma melhora social geral, os que estão em desvantagem deveriam ter o direito de receber uma vantagem maior do que aquela que receberiam se os bens primários fossem distribuídos uniformemente¹⁹⁹. (RAWLS, 1993, p. 284). Daí porque, segundo Rawls, ajudar os que estão em desvantagem socioeconômica e permitir o acesso igualitário aos diversos postos e posições seriam objetivos desejáveis por todos os que estão cobertos com o véu da ignorância²⁰⁰.

Dentro dessa perspectiva, os atos de poder que não respeitem a liberdade, que discriminem arbitrariamente ou então que não se preocupem em promover a igualdade, seriam substancialmente injustos e, por

199 Na visão de Rawls, os menos favorecidos pela divisão desigual dos bens primários teriam uma espécie de *poder de veto*, razão pela qual os que ganharam mais devem justificar o seu ganho em termos que possam ser aceitos pelos que ganharam menos (RAWLS, 1971, p. 151). Assim, se um determinado grupo de pessoas fosse favorecido na distribuição de direitos fundamentais, essa desigualdade somente seria justificada, à luz do princípio da diferença, se também trouxesse vantagens para o grupo prejudicado.

200 Os princípios de justiça mais relacionados com a busca da igualdade social e econômica entre os indivíduos tem por objetivo corrigir o defeito previsto na teoria do contrato social dos liberais clássicos, como John Locke. Como se viu, a concepção de Locke pressupunha um consentimento onde todos aqueles que se beneficiavam da proteção do governo das leis tinham a obrigação de se curvar ao que fosse deliberado pela maioria, pois o objetivo principal do estado seria a proteção da propriedade. Mas esse tipo de contrato deixava de fora muitas pessoas miseráveis que não tinham qualquer motivo para se sentirem vinculados a essa obrigação, já que não possuíam bens materiais que pudessem ser protegidos pelo estado. Em relação a essas pessoas, ainda permanecia em aberto qualquer dever de respeito às leis baseado no consentimento. É mais provável que essas pessoas tivessem mais motivos para se revoltar do que para respeitar as leis. Ao se estabelecer uma obrigação de ajudar as pessoas em desvantagem, tentando construir um modelo de vida política e social onde os diversos postos e posições possam em princípio ser ocupados por todos, até mesmo as pessoas mais carentes passam a ter a obrigação política de respeitar as leis, já que, agora, o poder estatal lhes beneficia. Portanto, a partir da teoria de Rawls, seria possível encontrar um fundamento mais sólido e substancial à obediência, aplicável a qualquer membro da sociedade, alicerçado em um contrato social hipotético, bastando para tanto que as instituições responsáveis pela elaboração e pela aplicação das leis tenham em mira os princípios de justiça antes mencionados. É preciso, porém, inserir nessa discussão a crítica de Amartya Sen, segundo a qual uma mera melhora relativa na situação das pessoas em desvantagens não significa, por si só, que a desigualdade deverá ser considerada justa. Afinal, um sistema assim pode aceitar desigualdades sociais intoleráveis, pois não leva em conta a relatividade da noção de bem-estar. Para uma pessoa privada das mínimas condições de dignidade, um pouco de melhora na sua situação pode ser bem-vinda, mas não é suficiente. Assim, pode ocorrer de uma pessoa melhorar a sua situação para atingir um nível de extremo luxo enquanto outras pessoas miseráveis melhoram sua situação minimamente, permanecendo, contudo, na situação de miserabilidade. Para Rawls, essa desigualdade não poderia ser considerada injusta, pois, afinal, o miserável melhorou sua situação. A crítica de Sen, que será detalhada mais à frente, parece ser bastante poderosa para refutar essa concepção.

isso, ilegítimos. A *contrario sensu*, os atos de poder que respeitem a liberdade, tratem os indivíduos com dignidade e promovam a equidade, teriam um alto nível de legitimidade, não sendo razoável desobedecê-los por um mero capricho pessoal. Em uma sociedade bem ordenada, respeitadora dos princípios de justiça, haveria um dever de cada pessoa de fazer a sua parte na cooperação social e de obedecer às regras estabelecidas pelas instituições, pois não seria justo receber vantagens decorrentes da cooperação social e não se submeter aos mesmos ônus impostos a todos os demais²⁰¹. (RAWLS, 1971, p. 112).

2.6.3 Principais críticas a Rawls

A teoria da justiça de John Rawls gerou, no meio acadêmico anglo-saxão, reações positivas e negativas²⁰². A crítica mais comum refere-se ao caráter demasiadamente abstrato das suas premissas, já que os conceitos de posição original e véu da ignorância afastam-se da realidade e estão muito longe de serem factíveis, mesmo como mero artifício de representação. Ao contrário do ser solitário que reflete sobre princípios de justiça numa posição original, todo ser humano estaria inserido numa comunidade e, portanto, o homem abstrato e racionalmente desvinculado de suas tradições e valores seria uma ficção. O ser humano não seria uma ilha isolada de outras pessoas, mas uma rede de relações sociais, políticas, econômicas e afetivas que compõe necessariamente a sua individualidade e não pode ser desvinculada nem mesmo hipoteticamente de sua per-

201 Rawls foi buscar em Hart a inspiração para fundamentar o dever de obediência na gratidão. O argumento baseia-se numa ideia que remonta a Sócrates/Platão e pode assim ser sintetizado: já que nos beneficiamos das vantagens do Estado, recebendo proteção, segurança e outros serviços públicos, então teríamos um dever de, em troca, obedecer às deliberações estatais, pois o estado só existe por conta da adesão popular às suas deliberações. Nesse sentido, Hart sugeriu que quando um grupo de pessoas se lança numa empresa conjunta e opta por se submeter a determinadas regras, aqueles que, renunciando a sua liberdade, se submeteram a essas restrições têm direito a exigir idêntica submissão por parte daqueles que se beneficiaram com esse comportamento (HART, 1983, p. 119): “*when a number of persons restrict their liberty by certain rules in order to obtain benefits which could not otherwise be obtained, those who have gained by the submission of others to the rules are under an obligation to submit in their turn*”).

202 Para uma visão geral, em língua portuguesa das principais críticas a Rawls: KUKATHAS; PETTIT, 2005.

sonalidade, sob pena de desconfigurar a própria natureza humana²⁰³. Por isso, seria um erro pensar em princípios de justiça de forma tão abstrata, tal como fez Rawls, como se fosse possível separar os valores que fazem parte do conceito de justiça das práticas adotadas pelas sociedades reais e elaborar princípios tal qual um castelo de cartas apriorísticas²⁰⁴. Isso sem falar que o agente contratante de Rawls é, afinal, um ser que raciocina sozinho e, por isso, dificilmente será capaz de ir além de seus próprios interesses, já que um ser que raciocina sozinho não consegue se afastar de seus preconceitos, por mais bem-intencionado, informado e reflexivo que seja (SHAPIRO, 2006, p. 143).

A equidade/imparcialidade preconizada pela proposta de Rawls, no mais das vezes, não passa de um sonho irrealizável, já que, na vida real, é praticamente impossível alcançar a necessária neutralidade (ou ignorância) que o método exige. Sabemos que não existe uma posição original, nem um véu de ignorância. Sabemos também exatamente qual é a posição que, hoje, ocupamos na sociedade. Se o objetivo dos debatedores é justificar princípios de justiça que qualquer pessoa seria capaz de aceitar, independentemente do papel que ocupa na sociedade, dificilmente será capaz de raciocinar de forma tão impessoal, pois não se conseguirá sair completamente do sistema particular de crenças. Antes mesmo de vestirmos o véu da ignorância, já sabemos, de antemão, quais são os princípios que escolheríamos. No fundo, o método de raciocínio proposto por Rawls é uma espécie de “engenharia reversa”, onde o produto final já é conhecido de antemão e todo o caminho de justificação é feito em função do resultado.

Mesmo que seja possível imaginar um ambiente mental de deliberação semelhante ao da posição original, é bastante difícil saber exatamente quais os princípios de justiça deverão ser escolhidos sem ter em vista um

203 Sobre isso: SANDEL, 2005. A saída de Rawls para essa crítica baseia-se na ideia de que o método da posição original e do véu da ignorância é um mero artifício de representação e não uma concepção ontológica ou metafísica a respeito do conceito de *eu* ou de *pessoa* (RAWLS, 1993, p. 28).

204 Estamos aqui a parafrasear Schopenhauer que, ao discorrer sobre a moral, defendeu o seguinte: “a moral tem a ver com a ação efetiva do ser humano e não com castelos de cartas apriorísticos, de cujos resultados nenhum homem faria caso em meio ao ímpeto da vida e cuja ação, por isso mesmo, seria tão eficaz contra a tempestade das paixões quanto a de uma injeção para um incêndio. (...) Puros conceitos abstratos, ‘a priori’, sem conteúdo real e sem qualquer tipo de fundamentação empírica, nunca poderiam pôr em movimento pelo menos os homens: de outros seres racionais não posso falar” (SCHOPENHAUER, 1995, p. 49).

contexto problemático que sirva de base à reflexão. Raciocinar sobre a justiça de modo tão descontextualizado e com tantas restrições intelectuais faz pouco sentido, já que os princípios são elaborados sempre a partir de problemas e, portanto, não podem ser pensados sem qualquer vinculação com uma controvérsia concreta. Para um agente prudente e cauteloso, como aquele que delibera com um véu da ignorância, escolher qualquer princípio de justiça seria temerário, sobretudo quando se parte do pressuposto de que a escolha será vinculante para o resto da vida e será aplicado em termos definitivos para todas as situações que surjam dali para frente²⁰⁵.

Rawls desconsidera o contexto problemático que deveria estar na origem de qualquer formulação normativa e não leva em conta o fato de que princípios de justiça não surgem do nada, mas a partir de conflitos sociais, de modo que não podem ser desvinculados da realidade. Quando se desconecta um princípio de seu contexto problemático, ele se torna uma abstração sem sentido. Pior ainda é querer dogmatizar tais princípios, estabelecendo discutíveis prioridades valorativas sem ter em mente nenhuma controvérsia real. Dizer que a liberdade é um valor preferencial para todos os problemas que possam surgir é uma visão demasiadamente simplificada, apressada e não compatível com a dinâmica da realidade.

Além disso, como a maior parte das teorias contratualistas, a proposta de Rawls também parece levar a um tipo de *legalismo* que nos obriga a obedecer fielmente às deliberações vindas das instituições oficiais. O modelo dos quatro estágios nos induz a pensar no processo de realização do direito como algo mecânico que começa na formulação de princípios abstratos até a produção de soluções concretas, seguindo a tradicional distinção entre criação e aplicação do direito. O direito é produzido por instituições, como uma linha de produção automatizada, cujas prescrições todos devem obedecer. É certo que, no seu modelo ideal, as instituições

205 Para Rawls, os princípios de justiça escolhidos na posição original deveriam obedecer algumas condições, como a generalidade, a universalidade, a publicidade, a completude e o caráter terminativo. Em suas palavras: "*a conception of right is a set of principles, general in form and universal in application, that is to be publicly recognized as a final court of appeal for ordering the conflicting claims of moral persons*" (RAWLS, 1971, p. 135). O caráter terminativo ou definitivo é, certamente, o que provocará mais receio no agente racional, pois o amarrará eternamente, sem que ele tenha um completo conhecimento do futuro, nem mesmo do presente, já que os agentes cobertos com o véu da ignorância não sabem sequer as circunstâncias particulares de sua própria sociedade (RAWLS, 1971, p. 137).

se pautariam pelos princípios de justiça, e isso justificaria a obediência. Assim, a Constituição seria justa e projetada para promover uma legislação igualmente justa e eficaz, que vinculariam absolutamente todos os membros da sociedade. Porém, Rawls vai além ao sugerir que o dever de obediência continuaria presente mesmo quando as instituições agissem de forma injusta, exceto quando o grau de injustiça atingisse um patamar intolerável²⁰⁶. Pequenas injustiças deveriam ser toleradas “pelos limites impostos pelas circunstâncias da vida” (RAWLS, 1971, p. 355). Ao fim e ao cabo, todo o sofisticado exercício mental para se chegar aos princípios de justiça é neutralizado pelo dever de conformação a uma realidade que nem sempre corresponde ao mundo da imaginação.

Ao apresentar seus princípios de justiça, apropriando-se de *insights* da teoria da escolha racional com elementos da filosofia moral kantiana e alguns valores de cunho socialista, Rawls desenvolveu uma teoria de justiça que impressiona, sobretudo pela sua capacidade de conciliar ideologias tão díspares sem se afastar do senso comum de grande parte das sociedades ocidentais contemporâneas. De fato, Rawls conseguiu a proeza de apoiar-se no discurso da natureza humana auto-interessada para desenvolver princípios de justiça bastante razoáveis, unindo a liberdade à igualdade com uma grande habilidade. Alguém que vive numa sociedade laica pós-escravocrata e que já incorporou na esfera pública a ideia de bem-estar social como objetivo político legítimo dificilmente discordaria completamente de Rawls. Uma das grandes virtudes da teoria de Rawls está certamente nessa busca de conciliação ideológica, onde toda proposta é analisada de forma compreensiva para que possamos extrair dela o seu melhor. Mas a resposta que ele oferece não é o resultado de seu método de raciocínio, mas o pressuposto que ele já tinha em mente antes mesmo de se colocar na posição original. O deslumbramento causado por sua teoria da justiça parece ser o mesmo sentimento de espanto causado por um mágico, já que ele nos faz encontrar algo, onde ele antes sabidamente o escondera²⁰⁷. Os princípios da liberdade, da diferença e da

206 Suas ideias sobre o dever de obediência encontram-se no capítulo VI de “*A Theory of Justice*”.

207 A analogia da mágica foi desenvolvida por Schopenhauer, tratando da filosofia kantiana que também padecia do mesmo problema, vale dizer: “o procedimento de Kant é ter dado como

igualdade de oportunidades já eram o ponto de chegada, de modo que o caminho foi construído especificamente para alcançar esses resultados²⁰⁸.

Tais princípios de justiça, por serem demasiadamente abstratos e desvinculados de um contexto problemático, parecem levar a um falso consenso, onde acordos são firmados num nível de alta abstração, mas profundos desacordos persistem num nível mais concreto. A preocupação de Rawls foi, de fato, selecionar apenas os princípios básicos (uma concepção mínima de justiça) que qualquer ser racional seria capaz de endossar numa situação de ignorância e incerteza. O rol de princípios daí resultante é um rol extremamente simplificado e com baixa densidade semântica. O problema é que essa deliberada restrição foi realizada à custa da exclusão de muitos temas importantes do rol de questões que mereceriam fazer parte de qualquer teoria da justiça²⁰⁹. Artificialmente, elas foram afastadas das questões de justiça para serem lançadas nas questões constitucionais ou nas questões legislativas, onde, ao fim e ao cabo, não há mais véu da ignorância e cada um já sabe perfeitamente o seu papel na sociedade, gerando um menor grau de imparcialidade e de preocupação com as necessidades dos outros²¹⁰. Ao final, o véu da ignorância pode se

resultado daquilo que teria de ter sido o princípio ou o pressuposto (a teologia) e de ter tomado como pressuposto aquilo que teria de ter sido derivado como resultado (o mandamento)" (SCHOPENHAUER, 1995, p. 27). Outra analogia curiosa desenvolvida por Schopenhauer foi esta, que também se aplica a Rawls: "se me fosse permitida, no final desta árida investigação, cansativa até para o leitor, uma frívola e briclhona analogia para alegrar, compararia Kant, naquela automistificação, com um homem que, num baile de máscaras, corteja toda a noite uma beldade mascarada, na ilusão de ter feito uma conquista. Até que, no final, ela tira a máscara e se dá a conhecer como sua mulher" (SCHOPENHAUER, 1995, p. 81).

208 Um marxista, fingindo-se na posição original (tal como Rawls fez), poderia chegar a conclusões bem diferentes daquelas obtidas por Rawls usando técnicas argumentativas muito semelhantes. Este marxista, por exemplo, talvez fosse capaz de refutar completamente a aceitação de qualquer desigualdade na distribuição dos bens comuns, por mais que todos tivessem supostamente as mesmas oportunidades de obtê-los. Do mesmo modo, um liberal radical discordaria com veemência do princípio da diferença, por achar que a ideia de intervenção estatal para obrigar qualquer pessoa a ajudar os desafortunados seria uma espécie de escravidão forçada ou uma caridade com chapéu alheio, tal como defendeu Nozick. No final, a imaginária posição original não passaria de uma ilha de fingimento cercada por dissimulação por todos os lados. O véu de ignorância seria como uma máscara furada, já que o debatedor seria capaz de enxergar, pelas frestas, o seu lugar já estabelecido no mundo real.

209 Rawls reconhece expressamente os limites da "justiça como equidade" enquanto concepção política em RAWLS, 1993, p. 20/21.

210 Vale ressaltar que o véu da ignorância é gradualmente removido na proposta dos *quatro estágios* (*posição original, estágio constitucional, estágio legislativo e estágio decisório*). Assim, mesmo quando se ra-

tornar até mesmo um conveniente “tapa-olho” para que não vejamos as opressões existentes na sociedade, que são sempre concretas e se situam em um nível de realidade muito distante da posição original.

Afora isso, falta na proposta de Rawls a ideia de abertura ética (ou de expansão do círculo ético), que é um elemento vital para qualquer teoria compreensiva que queira ter a pretensão de definitividade. A “justiça como equidade” gera uma falsa sensação de que atingimos um ponto de chegada em termos de teoria de justiça. Aliás, este parecer um dos principais problemas de todas as teorias universalistas: não levar a sério a eterna continuidade da procura pela justiça²¹¹. Ao estabelecer princípios definitivos, Rawls faz menos pela justiça do que sua teoria deixa transparecer. Isso porque – e esta é outra crítica fundamental – o método da posição original e do véu da ignorância pode ser também excludente. Um pensador do passado que acreditasse, sem má-fé, que a escravidão era inevitável, que existiriam seres naturalmente propensos a serem escravizados, construiria uma teoria da justiça perfeitamente aceitável para a sua sociedade, utilizando o mesmo método de raciocínio adotado por Rawls, bastando para tanto que os escravos não fizessem parte do processo. Rawls, de certo modo, também fez isso, ao excluir os estrangeiros, as pessoas com deficiência e os animais de suas considerações acerca da justiça, para ficar apenas com três exemplos notórios apontados por Martha Nussbaum, conforme se verá adiante²¹².

Rawls apresenta uma teoria de justiça datada e localizada (o tempo presente e o espaço pós-iluminista anglo-saxão), cuja historicidade é mascarada pelo tom abstrato de suas considerações. Seu mérito – que é a reflexão filosófica séria, imparcial, bem argumentada e profunda – pode se transformar, na verdade, em seu grande defeito: a linguagem filosófica,

ciocina sobre os termos do estágio constitucional, algumas restrições intelectuais ainda devem permanecer, embora menores do que aquelas da posição original e assim sucessivamente.

211 Nesse sentido, embora não tratando diretamente da teoria da justiça de Rawls, mas de outras propostas de índole universalista e estimulando-nos a *levar a sério a continuidade da procura*, o que não seria possível a partir de nenhum *universalismo*: LINHARES, 2010, p. 515/561; LINHARES, 2008a, p. 391/430. Essa “abertura ao futuro”, que é uma expressão de Luhman, será um dos pontos fundamentais da presente tese, traduzida pela fórmula “expansão do círculo ético”, a ser desenvolvida oportunamente.

212 No mesmo sentido de Martha Nussbaum: SINGER, 2004.

desenvolvida de acordo com as regras da lógica e da abstração intelectual, pode nos fazer esquecer que a ideia de justiça é uma ideia dinâmica, essencialmente conectada com a realidade e variável conforme o conhecimento e os valores de que dispomos²¹³.

2.6.4 A contribuição de Amartya Sen e de Martha Nussbaum

A “justiça como equidade” de John Rawls tornou-se, no século XX, uma fonte catalisadora de inúmeras ideias promissoras acerca da justiça em todo o mundo. Dentre as várias propostas concorrentes que surgiram, merecem ser destacadas as obras de Amartya Sen e Martha Nussbaum, que convergem entre si e complementam-se em muitos pontos²¹⁴.

2.6.4.1 A perspectiva nyaya de Amartya Sen

O economista indiano Amartya Sen publicou, em 2009, o livro “*The Idea of Justice*”, formulando uma proposta alternativa à teoria de John Rawls²¹⁵.

213 Uma crítica semelhante, porém, sem a pretensão de diminuir o valor epistemológico da *teoria da justiça* de Rawls, foi elaborada por José de Sousa e Brito. Para o filósofo português, a preocupação de Rawls em tentar demonstrar que a sua proposta não é uma concepção moral abrangente, pois não assume a pretensão de buscar uma verdade moral, mas apenas de “moderar os conflitos ideológicos, de orientar os pensamentos e reconciliar os cidadãos com os seus ideais”, seria, na verdade, uma boa maneira de fazer ética. Segundo Brito, ao assumir sua proposta como uma mera “concepção política da justiça”, Rawls estaria defendendo “uma concepção desnecessariamente pobre da filosofia política para obter sem sucesso a aceitação consensual de sua teoria”. Daí porque Brito propõe que a teoria da justiça de Rawls seja reinterpretada como parte da ética, sob pena de ser considerada como um mero exercício de retórica política (BRITO, 2006, 7-13).

214 Conforme se verá, o modelo de legitimação fundado no consentimento ético-jurídico aqui defendido inspira-se em muitas ideias de Sen e Nussbaum, o que justifica uma análise mais aprofundada do pensamento desses autores.

215 Vale ressaltar que Amartya Sen reconhece vários méritos da teoria de John Rawls, afirmando que é possível tirar várias lições positivas da sua obra. Em primeiro lugar, Sen concorda que a equidade e a imparcialidade são elementos centrais para a justiça. Em segundo lugar, Sen reconhece a contribuição de Rawls no reconhecimento da importância da objetividade da razão prática para o debate ético. Em terceiro lugar, relevante foi o contributo de Rawls para a afirmação dos “poderes morais” que todas as pessoas têm. Em quarto lugar, Sen elogia a valorização da liberdade na teoria da justiça de Rawls, pois essa questão é uma preocupação central para a independência de uma pessoa. Porém, Sen critica o exagero de se conferir à liberdade uma prioridade total. Afinal, questiona Sen, “*why should we regard hunger, starvation and medical neglect to be invariably less important than the violation of any kind of personal liberty?*”. Em quinto lugar, para o pensador indiano, o princípio da diferença desenvolvido por Rawls teria sido uma contribuição inestimável para o es-

Na referida obra, Sen tenta analisar que tipos de raciocínio deverão ser adotados para avaliar os conceitos éticos e políticos como os de justiça e injustiça. De que forma é possível alcançar a objetividade na realização de um diagnóstico da justiça ou na identificação de tudo o que poderia reduzi-la ou eliminá-la? Será que isso demandaria algum tipo particular de imparcialidade, como afastamento dos próprios interesses? Será que também exigirá uma reavaliação de algumas atitudes, mesmo que elas não estejam relacionadas com interesses escusos, mas reflitam preconceitos locais que não podem sobreviver ao confronto fundamentado com outras atitudes não provincianas? Qual seria o papel da racionalidade e da razoabilidade no entendimento das exigências da justiça? (SEN, 2009, p. VIII). Eis algumas questões que Sen se propõe a enfrentar.

Sua pretensão não é oferecer soluções para as questões da justiça perfeita, mas desenvolver uma teoria que possa clarificar o modo como podemos tratar as questões da amplificação ou reforço da justiça e da eliminação da injustiça. Difere-se assim da proposta de John Rawls, pois não está focado apenas na caracterização das sociedades perfeitamente justas, mas no desenvolvimento de uma racionalidade prática capaz de reduzir a injustiça e incrementar a justiça. Também difere de Rawls num ponto fundamental: segundo ele, ainda que seja possível resolver com sucesso muitas questões relacionadas à justiça a partir de um confronto de argumentos racionais, é possível existirem diferentes razões de justiça, cada uma delas conseguindo sobreviver ao teste de um escrutínio crítico e cada uma delas conduzindo, ainda assim, a conclusões divergentes. Dito de outro modo: argumentos razoáveis vindos de direções opostas podem emanar de pessoas com diversas experiências e tradições, embora esses argumentos também possam vir de dentro de uma dada sociedade e até mesmo da mesma pessoa. Também se distancia de Rawls por entender que a presença de injustiças remediáveis está mais relacionada com transgressões comportamentais do que com deficiências institucionais.

tudo das desigualdades numa perspectiva ética. Em sexto lugar, a teoria da justiça de Rawls teria prestado um importante serviço para a extirpação da pobreza, na medida em que tem exercido uma poderosa influência sobre a análise das políticas públicas em matéria de combate à miséria. Finalmente, a concepção de "bens primários" na teoria de Rawls seria relevante para destacar a importância dos meios necessários ao alcance dos objetivos pessoais dentro de uma proposta alicerçada na liberdade (SEN, 2009, p. 62/65).

Nesse ponto, Sen assume uma divergência de base com uma longa tradição do pensamento ocidental, por ele denominada de institucionalismo-transcendental que teria se iniciado com Hobbes e foi continuada por Locke, Rousseau, Kant, culminando em Rawls, que concentrava o esforço intelectual na identificação das combinações ou arranjos institucionais que se mostrassem justos para a sociedade. Nessa perspectiva, a tarefa central das teorias da justiça era fornecer elementos para a construção de instituições perfeitamente justas.

A perspectiva de Sen é diferente do institucionalismo-transcendental, pois, ao invés de focar sua análise no desenvolvimento de “instituições justas”, Sen valoriza os aspectos comportamentais, adotando uma perspectiva de comparação centrada em realizações onde o mais importante não é desenvolver modelos institucionais perfeitos, mas tentar remover as injustiças presentes no mundo²¹⁶. Para ele, as perspectivas de justiça que centram o foco nas instituições geralmente falham por uma questão de viabilidade e de redundância. Tais perspectivas são inviáveis porque, por mais que os debatedores assumam uma condição de imparcialidade e abram o espírito para propostas divergentes, na prática, quase nunca é possível obter um acordo unânime sobre os princípios básicos de justiça, nem mesmo sobre os arranjos institucionais que viabilizarão a realização da justiça. As exigências de justiça nunca são estabelecidas por apenas um argumento imparcial livre de interesses, mas de uma pluralidade de razões que não podem ser reduzidas a fórmulas simples do tipo *maximin*, tal como proposto por Rawls. Além disso, as perspectivas centradas nas instituições seriam redundantes, pois obteriam princípios de justiça a partir da identificação de uma situação perfeita que pressupõe, para a sua existência, esses mesmos princípios de justiça. Por isso, Sen prefere se concentrar em realizações e resultados efetivos, e não apenas na definição do que pode ser identificado como as instituições e regras corretas.

Para ilustrar a sua proposta, Sen desenvolve um exemplo envolvendo três crianças – *Anne*, *Bob* e *Carla* – disputando uma flauta. Anne reivindica a

216 Sen cita vários autores ocidentais que seguem essa perspectiva comparativa centrada em realizações: Adam Smith, Marquês de Condorcet, Jeremy Bentham, Mary Wollstonecraft, John Stuart Mill, entre outros.

flauta com o fundamento de que é a única que sabe tocá-la. Bob, por sua vez, alega que é o mais pobre dos três e, portanto, mereceria ficar com a flauta, pois, ao contrário das outras crianças, não tem qualquer outro brinquedo. Carla, finalmente, argumentou que teve que trabalhar intensamente por vários meses para conseguir construir a flauta, que foi obtida com o esforço de seu próprio engenho, não sendo justo expropriá-la após tanto trabalho.

Segundo Sen, esse exemplo ilustraria a possível sustentabilidade de razões de justiça plurais e concorrentes para uma mesma situação. Em cada uma das pretensões das partes envolvidas, encontra-se uma proposta de justiça sobre como devemos agir em relação ao outro. Anne sugere uma visão voltada para a utilidade efetiva. Bob enfoca uma perspectiva baseada na equidade econômica e distributiva. Carla, por sua vez, invoca o legítimo título de propriedade pelo seu trabalho. Embora todas possam encontrar um bom suporte de justificação, suas propostas são divergentes e se rivalizam, não sendo fácil escolher qual dos argumentos possíveis é melhor e, a partir daí transformá-lo uma máxima universal que há de prevalecer em todos os casos. Daí a conclusão de que, em razão dessa pluralidade de fatores concorrentes, nem sempre é possível obter um arranjo social perfeitamente justo e identificável, em torno do qual seja possível emergir um acordo imparcial e unânime. Sendo assim, as teorias da justiça, tal como desenvolvidas pelo institucionalismo-transcendental, reduzem muitas das questões da justiça a uma retórica vazia, ainda que reconhecidamente “bem-intencionada”. Na sua perspectiva de justiça, Sen defende que existem algumas insuficiências cruciais nestas teorias que concentram exagerada nas instituições, ao invés de se concentrar na vida real que as pessoas são capazes de levar. Na sua ótica,

the need for an accomplishment-based understanding of justice is linked with the argument that justice cannot be indifferent to the lives that people can actually live. The importance of human lives, experiences and realizations cannot be supplanted by information about institutions that exist and the rules that operate. Institutions and rules are, of course, very important in influencing what happens, and they are part and parcel of the actual world as well, but the realized actuality goes well beyond the organizational picture, and includes the lives that people manage – or do not manage – to live. (SEN, 2009, p. 18).

Sen também invoca uma distinção clássica da jurisprudência indiana para ilustrar as diferenças entre a perspectiva que ele adota e a perspectiva do institucionalismo-transcendental. Trata-se dos vocábulos *niti* e *nyaya*, que significam justiça no sânscrito clássico. O termo *niti* geralmente é usado para se referir à justiça num sentido mais abstrato (de correção dos comportamentos e das organizações); enquanto o termo *nyaya* refere-se à justiça realizada, estando ligada ao mundo que realmente emerge e se produz perante nós. Sen segue a perspectiva *nyaya*; o institucionalismo-transcendental, a *niti*.

Mesmo sem negar a importância das instituições e das normas de comportamento para a realização concreta da justiça, Sen foca sua análise “naquilo que realmente acontece às pessoas”. Por conta disso, ele confere grande importância aos processos e às responsabilidades individuais, levando em conta o comportamento efetivo dos indivíduos. Na sua visão, mais importante do que desenvolver teorias descritivas ou mesmo prescritivas ao redor de uma justiça perfeita, porém inalcançável e de pouca utilidade prática, seria desenvolver mecanismos concretos para eliminar algumas combinações injustas e ultrajantes que afetam as pessoas de carne e osso no mundo real. Em suas palavras, “*a theory of justice must have something to say about the choices that are actually on offer, and not just keep us engrossed in an imagined and implausible world of unbeatable magnificence*”. (SEN, 2009, p. 106).

Nesse modelo, Sen tenta reforçar a importância da discussão pública e da argumentação racional para o esclarecimento da ideia de justiça, incentivando um debate plural e compreensivo. Esse modelo pressupõe o uso inteligente da razão, mas a razão estimulada por Sen não é a mesma razão da “teoria da escolha racional”, segundo a qual a escolha racional consistiria apenas na máxima satisfação do interesse próprio e nada mais para além disso²¹⁷. Essa perspectiva refletiria um entendimento extrema-

217 Vale ressaltar que Sen não afasta por completo a importância da teoria da escolha social, que é um viés da teoria da escolha racional, como moldura para argumentação em questões de justiça. Em sua ótica, a teoria da escolha social pode oferecer várias contribuições para melhorar o nível de racionalidade e objetividade dos debates em torno da justiça, na medida em que: 1. Centra a discussão na dimensão comparativa, e não somente naquela transcendental; 2. Reconhece a inevitável pluralidade de princípios concorrentes; 3. Permite e desenvolve mecanismos necessários para o reexame das soluções alcançadas; 4. Admite resoluções parciais, não-definitivas; 5. Estimula a diversidade de interpretações e *inputs*; 6. Enfatiza a importância de uma argumentação rigorosa; 7. Reconhece a importância da argumentação pública na escolha social (SEN, 2009, p. 106/111).

mente limitado da razão e da racionalidade. Ser inteligente, na concepção de Sen, é ter a consciência de que as vidas de outras pessoas podem ser fortemente afetadas pelas nossas ações e que, por isso, não podemos deixar de levar em conta “aquilo que devemos uns aos outros”²¹⁸. O uso inteligente da razão em questões de justiça consiste, pois, um esforço intelectual para a construção de uma esfera de convivência entre pessoas igualmente inteligentes que compartilham o mesmo mundo. Sendo assim, não haveria nada de irracional em preocupar-se com o bem-estar alheio, nem mesmo em fazer escolhas e tomar decisões que ultrapassem os estreitos confins de uma busca exclusiva do interesse pessoal. Afinal, *“being considerate of the desires and pursuits of others need not be seen as a violation of rationality”* (SEN, 2009, p. 193). A racionalidade consistiria em basear, explícita ou implicitamente, nossas escolhas, assim como nossas ações e objetivos, valores e prioridades, em um raciocínio que possamos reflexivamente sustentar, sob um exame crítico e sério (SEN, 2009, p. 194). Sen tenta, com isso, quebrar a antiga tradição econômica de apenas enxergar a racionalidade no auto-interesse. Para ele, não há provas que corroborem a afirmação de que a maximização do interesse próprio seja o objetivo que melhor reflita o comportamento humano real, nem de que ela conduz necessariamente a condições econômicas ótimas. Uma pessoa pode dar valor à promoção de determinados valores mesmo que isso não traga uma melhora no seu próprio bem-estar²¹⁹.

Nessa perspectiva, a voz de qualquer pessoa deveria ser levada em conta em qualquer discussão envolvendo a justiça não somente porque seus interesses estão em jogo, mas também porque a sua argumentação e o seu juízo podem trazer luz para a discussão. Há uma valorização da democracia, mas não pela importância intrínseca de uma votação, mas pela relevância do exercício da razão pública. A deliberação, consistente na troca de pontos de vista, na ampla participação política, no diálogo e

218 Sen toma emprestado a expressão de Thomas Scanlon: SCANLON, 1998.

219 No livro *“On Ethics & Economics”*, de 1987, Sen já havia desenvolvido essa ideia. Para ele, seria inaceitável o deliberado afastamento ético presente na obra dos principais economistas, pois isso empobreceria sobremaneira a empreitada da economia na medida em que caracterizaria as instituições sociais de forma simplificada e a natureza humana em termos muito restritos. Uma aproximação da ética e da economia, segundo Amartya Sen, traria benefícios tanto para a ética quanto para a economia. Ver: SEN, 2002.

assim por diante, seria fundamental tanto para a democracia quanto para a justiça. Por meio da discussão pública, a democracia conseguiria levar as pessoas a interessarem-se pelos interesses dos demais e a compreenderem melhor o que se passa com o outro, especialmente com os mais vulneráveis, ajudando a suscitar um mais amplo reconhecimento das identidades plurais que são próprias do ser humano. Assim,

the crucial role of public reasoning in the practice of democracy makes the entire subject of democracy relate closely with the topic that is central to this work, namely justice. If the demands of justice can be assessed only with the help of public reasoning, and if public reasoning is constitutively related to the idea of democracy, then there is an intimate connection between justice and democracy, with shared discursive features. (SEN, 2009, p. 326).

Sen também reconhece a importância da imparcialidade como exigência da justiça. Mas ele propõe um modelo de imparcialidade diferente daquele proposto por Rawls. A imparcialidade proposta por Rawls seria uma imparcialidade fechada, pois apenas levaria em conta apenas as variações dos interesses e das prioridades pessoais dos participantes do contrato social, sendo restrita aos membros de uma dada sociedade ou nação (o “povo” na linguagem de Rawls)²²⁰.

Inspirado no espectador imparcial de Adam Smith²²¹, Sen propõe um modelo de discussão alargado, onde a imparcialidade seria aberta, indo muito além da simples consideração pelos interesses particulares dos envolvidos. Segundo ele, na busca de uma resolução guiada pelo raciocínio público, haveria um forte argumento para não deixar de fora as perspecti-

220 Rawls reconhece expressamente que o modelo por ele proposto pressupõe uma sociedade “fechada” (“*closed society*”), como se fosse autossuficiente e não tivesse relações com outras sociedades. Seus membros só entrariam nela ao nascer e dela só sairiam ao morrer. O próprio Rawls esclarece que se trata de uma abstração considerável, que só se justifique para possibilitar que o foco seja voltado para algumas questões centrais, evitando “*distracting details*” (RAWLS, 1993, p. 12).

221 A perspectiva do “espectador imparcial” (“*impartial spectator*”), como a melhor perspectiva para a solução das questões éticas, foi desenvolvida por Adam Smith em seu livro *Theory of Moral Sentiments*, de 1759. De acordo com essa perspectiva, deveríamos nos perguntar o que pensaria um espectador imparcial que analisasse a questão com uma certa distância, a fim de alargar o nosso entendimento e ampliar o alcance de nossas indagações. Seria esse espectador individual quem seria capaz de esperar as melhores respostas para os conflitos éticos. Afinal, quando levamos em conta apenas os nossos próprios interesses, nunca somos capazes de elaborar qualquer juízo imparcial. Para isso, seria preciso se afastar de nós mesmos e analisar a situação com um olhar distanciado. (SMITH, 1999).

vas e os argumentos apresentados por qualquer pessoa, cujas avaliações sejam relevantes, seja porque os seus interesses estão envolvidos, seja porque as suas opiniões sobre a questão podem jogar luz sobre os juízos de valor específicos – uma luz que pode ser perdida caso não se dê oportunidade de serem apresentadas. (SEN, 2009, p. 44).

O relevante seria evitar o apego acrítico a valores de tipo local (“*local parochialism*”), pois este poderia levar a ignorar certos argumentos pertinentes que fossem pouco familiares no âmbito de uma cultura particular. O modelo do tipo rawlsiano limitaria inevitavelmente o envolvimento de mais participantes na busca da justiça, empobrecendo o debate, pois não se importaria com os juízos e opiniões de pessoas ou grupos “de fora” do restrito círculo comunitário. A proposta de Rawls teria, inegavelmente, o mérito de estimular uma reflexão sobre a justiça que vá além dos interesses e objetivos particulares, mas isso ainda seria muito pouco para garantir um escrutínio mais aberto e livre de preconceitos. A imparcialidade aberta proposta por Sen recomenda que se leve em conta uma ampla variedade de pontos de vista, baseados em experiências diferentes, ao invés de nos contentarmos em levar em conta apenas o ponto de vista daqueles que vivem no mesmo meio sociocultural e que têm o mesmo tipo de experiências, preconceitos e convicções acerca do correto.

Ao invocar esse mecanismo de deliberação baseado em um “espectador imparcial”, Sen pretende fugir tanto da concepção contratualista quanto da concepção utilitarista, em que o que importa é a maximização da soma total das utilidades. Na perspectiva do espectador imparcial, o relevante é:

- (1) Lidar com a avaliação comparativa e não apenas com a identificação de uma solução do tipo transcendental;
- (2) Levar em conta as realizações sociais e não apenas as demandas de instituições e regras;
- (3) Aceitar a incompletude na avaliação social, tentando fornecer orientação para os importantes problemas de justiça social, inclusive a urgência de se corrigir os casos manifestos de injustiça;
- (4) Levar em conta outras vozes além daquelas que participam do grupo contratual, seja para considerar os seus interesses, seja para fugir do provincianismo local. (SEN, 2009, p. 70, tradução nossa).

Um dos aspectos mais relevantes da mudança de perspectiva proposta por Sen é a valorização das pessoas, que se tornam mais responsáveis pelas suas decisões e ações. Nas perspectivas institucionais-transcendentais, a responsabilidade ética é transferida para as instituições, desonerando os indivíduos de refletirem sobre a justiça. Afinal, o comportamento correto/justo seria aquele que estivesse em conformidade com o contrato social. A culpa pelas injustiças presentes não seria dos indivíduos, mas das instituições. O bom cidadão cumpriria seu papel respeitando as convenções, ainda que essas convenções não fossem capazes de reduzir as mazelas do mundo. Aliás, o bom cidadão sequer precisaria se preocupar com isso, pois estaria inserido em um sistema maior do qual ele seria apenas uma peça acessória. Sua missão se restringiria a escolher o melhor arranjo institucional possível e, a partir daí, as soluções para os problemas de justiça seriam transferidos para a escolha institucional, tirando do indivíduo o peso moral decorrente do resultado das deliberações, sejam quais forem as reais consequências que daí possam advir. As instituições e não as pessoas seriam o elemento central na formulação dos princípios de justiça e do sistema normativo dele decorrente. Ao invés de encarar as instituições como simples instrumentos para a promoção da justiça, as propostas institucionalistas-transcendentais tratam as instituições como se fossem a própria encarnação da justiça. Há uma fé quase inabalável na capacidade de as instituições substituírem o juízo individual.

Amartya Sen critica essa postura de deferência incondicional e de confiança irrestrita nas instituições. Na sua perspectiva, a responsabilidade individual pela promoção da justiça e pela eliminação das injustiças do mundo é contínua e constante, não devendo desaparecer pelo simples fato de existirem instituições criadas para formular regras sociais, supostamente em nome da justiça. Essa responsabilidade pessoal é ainda mais forte em relação àqueles que têm algum poder sobre outras pessoas. Se alguém tem o poder de transformar o mundo e se esse poder de transformação pode ser usado para reduzir a injustiça, então há um forte argumento social para assim agir²²² (SEN, 2009, p. 205). Uma pessoa cujas

222 E mais: "The justification here takes the form of arguing that if some action that can be freely undertaken is open to a person (thereby making it feasible), and if the person assesses that the undertaking of that action will create a

decisões acarretem consequências graves terá de assumir a responsabilidade pessoal e direta por tudo que resultar das suas próprias escolhas. (SEN, 2009, p. 213).

Com relação ao conteúdo normativo da ideia de justiça, Sen valoriza a noção de liberdade, mas não como algo formal e num sentido meramente negativo de não ser forçado a fazer algo contra a sua vontade. A liberdade proposta por Sen é uma liberdade substancial, ligada à noção de capacidade, onde se confere um papel central à real aptidão que uma pessoa tenha para fazer diferentes coisas cujas realização considere valiosa.

O “enfoque das capacidades” (“*capability approach*”) avalia o mérito das transformações sociais a partir do enriquecimento da vida humana. A vida humana, dentro desse enfoque, é concebida como um conjunto de “atividades” e de “modo de ser” (“*doings and beings*”) – denominadas por Sen de “funcionalidades” (“*functionings*”) – e relaciona o julgamento sobre a qualidade da vida à avaliação da capacidade de funcionar ou de desempenhar funções²²³. (SEN, 1989, p. 41/58).

As *functionings* constituem a peça básica desse enfoque, pois são elas que irão fornecer os elementos constitutivos da vida humana. Uma *functioning* é uma conquista de uma pessoa: é o que ela consegue fazer ou ser. Contrasta, assim, com a noção utilitarista de valor que, geralmente, é vinculada a algum tipo de estado mental do indivíduo (prazer, felicidade, desejos). Embora bastante influente, a abordagem utilitarista, segundo Sen, pode ser enganosa, pois talvez não seja capaz de refletir a real privação de uma pessoa, já que uma pessoa miserável pode não ser capaz de ter noção de suas reais necessidades. (SEN, 1989, p. 41/58; FUKUDAPARR; KUMAR, 2004, p. 5).

O enfoque das capacidades também contrasta com a noção de bens primários de John Rawls. Enquanto os bens primários seriam meios para as liberdades (por exemplo, a aquisição de renda para que a pessoa possa perseguir seus fins livremente), as capacidades de realização são expres-

more just situation in the world (thereby making it justice-enhancing), then that is argument enough for the person to consider seriously what he or she should do in view of these recognitions” (SEN, 2009, p. 206).

223 Para desenvolver esse enfoque, Sen inspira-se tanto em Adam Smith quanto em Karl Marx que, por sua vez, são influenciados por Aristóteles que já se referia ao “bem dos seres humanos” como algo relacionado às funções e atividades que podemos desempenhar.

sões das próprias liberdades. Tal enfoque seria pluralista na medida em que concebe o desenvolvimento humano como uma combinação de distintos processos, ao invés de concebê-lo como a expansão de uma magnitude aparentemente homogênea, tal como a renda real ou a utilidade. Daí porque o enfoque das capacidades pode abranger tanto necessidades elementares, como livrar-se da fome da desnutrição quanto capacidades mais complexas, como a obtenção do auto-respeito e a participação social.

Como se vê, há uma mudança de foco dos meios pelos quais se vive para as oportunidades substantivas de que uma pessoa dispõe. Isso significa que também faz parte das exigências substanciais da liberdade tentar remover aqueles obstáculos e privações que impedem as pessoas de exercer plenamente toda a sua potencialidade enquanto ser humano, como a pobreza, a fome, o analfabetismo, a doença e assim por diante. A remoção de tais incapacidades não poderia deixar de fazer parte de qualquer empreendimento voltado à promoção da justiça, especialmente quando uma grande parcela da população mundial não é capaz de exercer seus direitos mais básicos precisamente por conta dessas privações. Nessa perspectiva, também seria um erro escalonar as exigências de justiça como se tivessem uma prioridade bem delimitada que pudesse ser implementada em graus e sequencialmente e não em conjunto. O importante seria tratar os direitos de liberdade e de igualdade como direitos indivisíveis e interdependentes, para usar a expressão consagrada no direito internacional, sem perder de vista as multivariadas exigências que cada um desses valores reclama para ser efetivamente concretizado²²⁴. Os direitos são vistos assim como uma exigência de tipo ético, devendo ser incluídos no rol dos mais poderosos determinantes da ação humana, capaz de pautar não apenas a ação dos governantes, legisladores e juízes, mas de todos os membros da sociedade, independentemente de uma ratificação oficial (SEN, 2009, p. 365/366). Sen procura, com isso, transformar os direitos em uma razão para agir para além do estrito campo do dever jurídico-legal de base institucional.

Mobilizando essas ideias para os fins deste trabalho, poder-se-ia dizer que o respeito aos direitos humanos (em última análise: o respeito ao ou-

224 Ver também: SEN, 1999.

tro), nessa perspectiva axiológica das capacidades e não necessariamente vinculada a um qualquer procedimento de ratificação institucional, seria o padrão normativo para aferir o chamado consentimento ético-jurídico.

2.6.4.2 Martha Nussbaum e a ampliação das fronteiras da justiça

Martha Nussbaum alia-se a Amartya Sen na crítica a John Rawls e também procura desenvolver uma concepção de justiça que seja focada nas capacidades dos indivíduos. Em *The Frontiers of Justice* (NUSSBAUM, 2006), Nussbaum se propõe a enfrentar três problemas básicos que, na sua ótica, são mal solucionados pela Teoria da Justiça de John Rawls: o problema das pessoas com deficiência, o problema da justiça global e o problema do *status* ético dos animais. A seu ver, uma teoria da justiça enfocada nas capacidades apresentaria respostas moralmente melhores do que aquelas tradicionalmente fornecidas pelas teorias fundadas no contrato social, inclusive a proposta de Rawls. Para ela, ainda que se possa reconhecer os méritos das propostas contratualistas, não pareceria ser correto pensar a justiça em termos de um contrato orientado pelo benefício mútuo, entre pessoas “livres, iguais e independentes”, que se unem em sociedade para sair do estado da natureza, dentro daquilo que David Hume denominou de circunstâncias da justiça²²⁵.

As críticas de Martha Nussbaum às tradicionais teorias políticas fundadas no contrato social envolvem, basicamente, os seguintes argumentos fundamentais:

225 Embora David Hume não seja propriamente um contratualista, as suas ideias acerca das circunstâncias da justiça foram assimiladas por diversos pensadores contratualistas, inclusive por John Rawls. As *circunstâncias da justiça*, dentro do modelo desenvolvido por Hume e assimilado por alguns contratualistas, podem ser divididas em objetivas e subjetivas. As circunstâncias objetivas referem-se à possibilidade de cooperação entre as partes, que devem ter capacidades físicas e mentais aproximadas, e uma escassez moderada de recursos, ou seja, os recursos não podem ser tão abundantes ao ponto de tornar desnecessária à cooperação social e nem tão escassos ao ponto de gerar uma luta desesperada que torna inviável qualquer cooperação. Por sua vez, as circunstâncias subjetivas referem-se à semelhança de necessidades e interesses das partes envolvidas a fim de motivar o compromisso de cooperação, ou seja, o contrato social teria que ser vantajoso para todos. Assim, a justiça floresceria de uma necessidade de cooperação, motivada pela busca de realização de interesses pessoais dos membros da sociedade.

(a) ao partir do pressuposto de que os participantes do contrato social seriam homens mais ou menos iguais em capacidade e aptos a desenvolverem uma atividade econômica produtiva, os contratualistas excluíram da posição negociadora as mulheres (que eram consideradas “improdutivas”), as crianças e as pessoas com deficiência. Com isso, as teorias da justiça daí resultantes não levaram em conta, adequadamente, os interesses daquelas pessoas que não possuíam certas capacidades equivalentes às dos membros “normais” da sociedade e, por isso, não estavam aptas a contribuir para o bem-estar geral imposto pelo requisito contratual do benefício mútuo. Os incapazes, que, por definição, não se encontram em uma posição de igualdade aproximada de força e capacidade, simplesmente não faziam parte da sociedade política, nem eram sujeitos da justiça. Segundo Nussbaum, a impossibilidade de dar uma resposta adequada às necessidades das pessoas “não plenamente capazes” seria um grave defeito das teorias do contrato social que se fundam no benefício mútuo, pois uma teoria satisfatória da justiça humana deveria reconhecer a igualdade de todas as pessoas, a fim de que todos possam desenvolver seu potencial;

(b) o contratualismo também não tem sido adequado para a solução de problemas relacionados à justiça global, que vão além das fronteiras do território nacional. Problemas como o da pobreza em países distantes ou da violação de direitos dos estrangeiros que vivem em outros continentes deixam de ser importantes à luz do pressuposto do mútuo benefício, que embasa as principais teorias contratualistas. Para Nussbaum, qualquer teoria da justiça deveria levar em conta a desigualdade entre as sociedades, sobretudo em um mundo cada vez mais interconectado em que poder do mercado global e das empresas multinacionais expandiu-se ao ponto de ultrapassar o poder de muitos estados;

(c) as teorias contratualistas também pecam no que se refere à proteção dos animais não humanos. A imagem central utilizada por essas teorias para explicar a origem dos princípios de justiça é a de um contrato estabelecido entre seres humanos racionais e adultos, não deixando espaço, pelo menos em sua descrição da justiça social básica, aos interesses das criaturas não humanas (nem sequer daquelas que são, em certos aspectos, racionais). Ocorre que nossas decisões afetariam diariamente a vida de espécies não humanas, podendo lhes causar grande sofrimento.

Por isso, excluí-los das questões de justiça demonstraria uma deficiência injustificável das teorias alicerçadas no contrato social.

Para Martha Nussbaum, a mobilização do modelo de deliberação de Rawls, a partir da Posição Original e do Véu da Ignorância, não seria capaz de corrigir os defeitos das propostas contratualistas tradicionais. Ao fim e ao cabo, as partes na Posição Original de Rawls perseguiriam também seus próprios benefícios e viveriam em uma sociedade fechada indiferente aos interesses alheios. É certo que as restrições informacionais impostas pelo “Véu da ignorância” proporcionariam uma certa imparcialidade, na medida em que as partes perseguiriam benefícios equitativos para todos. Porém, as condições da justiça (reciprocidade, igualdade equivalente, escassez moderada, benefício mútuo) continuariam excluindo do processo de deliberação aqueles que não têm uma capacidade produtiva. (NUSSBAUM, 2006, p. 62). Assim, partindo da ideia de que cada pessoa possui “uma inviolabilidade fundada na justiça que não pode ser substituída nem mesmo pelo bem-estar da sociedade como um todo”, seríamos obrigados a buscar princípios de justiça que promovam plenamente a dignidade para as pessoas com deficiência, para os cidadãos de todas as nações e para os animais não humanos (NUSSBAUM, 2006, p. 63).

Em função das críticas acima mencionadas e seguindo de perto a ideia de justiça formulada por Amartya Sen, Nussbaum tenta desenvolver uma concepção de justiça alternativa ao modelo de John Rawls, baseando-se, em síntese, nas seguintes premissas:

(a) substituição do conceito de bens primários, contido na teoria rawlsiana, por um conjunto de índices mais heterogêneos e plurais, como o conceito de capacidades, tal como previsto na proposta de Sen, centrando-se numa comparação evolutiva da qualidade de vida, que servirá de fonte para a elaboração de princípios políticos de uma sociedade justa;

(b) modificação do conceito de *pessoa*, substituindo a formulação restrita de Kant, que vincula a personalidade à racionalidade ou à capacidade de formulação de juízos morais, por um conceito mais expansivo, que possa abranger outros seres dotados de dignidade, ainda que possuidores de distintos graus de inteligência. Na prática, isso significa que o enfoque das capacidades considera que existem muitos tipos distintos de dignidade no mundo, inclusive envolvendo animais não humanos, todas

merecedoras de respeito e consideração, razão pela qual a preocupação com a dignidade dos animais não humanos também deveria fazer parte de qualquer teoria da justiça (NUSSBAUM, 2006, p. 325/326);

(c) eliminação da ideia de que as partes no contrato social são sempre “livres, iguais e independentes”, a fim de se possa reconhecer assimetrias de poder e capacidades que devem ser levadas em conta na elaboração dos fundamentos da justiça. Para Nussbaum, assumir uma igualdade aproximada entre os seres humanos seria assumir algo notoriamente falso, transformando a teoria da justiça em um inútil instrumento para a solução dos problemas mais urgentes do mundo presente. Isso significa, em última análise, cortar os laços com o velho contratualismo e reconhecer que nem toda regra de justiça deveria ser necessariamente vantajosa para os contratantes (às vezes, o respeito e a inclusão de pessoas incapacitadas serão bastante custosas, sob o enfoque econômico, para a sociedade e nem por isso deixarão de ser justos e valiosos sob o enfoque ético);

(d) eliminação da ideia de que o benefício mútuo é o objetivo principal e exclusivo buscado pela cooperação social, afastando, com isso, algumas versões do contrato social que partem unicamente de uma racionalidade egoísta para reconhecer também a importância de sentimentos morais como parte integrante e relevante da personalidade humana. Assim, seguindo Aristóteles, Nussbaum entende que o ser humano é um animal social e político, cujos bens são irredutivelmente sociais que compartilham fins complexos com outras pessoas em muitos níveis, sendo incapaz de imaginar uma boa vida que não implique experiências e objetivos comunitários. Nessa perspectiva, entende-se que os seres humanos cooperam movidos por um amplo rol de motivos, dentre os quais o amor à justiça, o respeito à humanidade e, em especial, a compaixão moral por aqueles que possuem menos do que o necessário para levar uma vida decente e digna;

(e) ampliação das fronteiras das questões de justiça, a fim de substituir a concepção tradicional, fundada no Estado-nação como unidade básica da teoria política, por um modelo global de justiça, que leve em conta as injustiças praticadas em todos os lugares, independentemente das fronteiras e da nacionalidade dos envolvidos. Nessa perspectiva, a pessoa é o sujeito básico da teoria da justiça, mas deve haver um esforço global e solidário para garantir o respeito à dignidade de todos, a fim de

que possamos viver juntos em um mundo moralmente decente em que todo ser humano tenha o que necessita para viver de acordo com a dignidade humana;

(f) substituição do enfoque procedimental de justiça (típico das teorias contratualistas) por um enfoque substantivo, orientado pelos resultados, consistente em um respeito intrínseco à dignidade, medida sob a perspectiva das capacidades, de modo que um mundo em que as pessoas possuem todas as capacidades básicas seria um mundo que cumpre as condições mínimas de justiça e decência.

Como se observa, a proposta de Martha Nussbaum, mobilizando o conceito de capacidades relacionado à qualidade de vida (em substituição aos enfoques econômico-utilitaristas), introduz a ideia de um patamar mínimo para cada capacidade como fator de aferição do respeito à dignidade. Ao se violar esse patamar mínimo, considera-se que os indivíduos não podem atuar de modo autenticamente digno. Assim, elementos como a expectativa de vida, mortalidade infantil, oportunidades educativas, oportunidades de trabalho, liberdades políticas, qualidade das relações raciais e de gênero, passam a ser tão importantes quanto a riqueza econômica para medir o grau de desenvolvimento de um determinado país. Em face disso, Nussbaum elaborou uma lista de capacidades humanas básicas – lista essa “aberta e sujeita a uma revisão e a um repensar constante” – que poderá servir como base para o desenvolvimento das soluções institucionais aos problemas de justiça mais relevantes. Essa lista seria plural e heterogênea, correspondendo, em linhas gerais, ao conjunto de direitos humanos básicos já reconhecidos pela maioria dos sistemas jurídicos. Segundo Martha Nussbaum, a ideia básica é que uma vida desprovida dessas capacidades básicas não seria uma vida digna. Essa lista incluiria capacidades tais como a:

- 1 – *Vida (poder viver sem ser privado da vida prematuramente ou antes que a própria vida se torne tão degradante que não mereça ser vivida);*
- 2 – *Saúde física (incluindo a saúde reprodutiva, uma alimentação adequada e uma moradia decente);*
- 3 – *Integridade física (inclusive a liberdade de locomoção, a segurança pessoal e a liberdade sexual),*

- 4 – Sentidos, imaginação e pensamento (incluindo uma educação adequada, a liberdade artística e cultural, a liberdade de expressão etc.);
5. Emoções (poder manter relações afetivas com os outros, poder amar e se desenvolver emocionalmente, sem medos e ansiedades);
6. Razão prática (poder construir uma concepção de bem e refletir criticamente sobre os próprios projetos de vida, incluindo a liberdade de consciência e de religião);
7. Afiliação (poder viver com e para os outros, participar de diversas formas de interação social; não ser tratado de forma humilhante, desrespeitosa e discriminatória);
8. Outras espécies (poder viver uma relação próxima e respeitosa com os animais, as plantas e o mundo natural);
9. Lazer (poder rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas);
10. Controle sobre o próprio ambiente (inclusive o ambiente político, através da participação política, e material, como a proteção da propriedade e do trabalho; não sofrer abusos dos agentes estatais). (NUSSBAUM, 2006, p. 76/78).

Há, nessa proposta, uma interconexão entre as necessidades e as capacidades. A dignidade do ser humano seria uma dignidade de um ser necessitado de carne e osso, que gera sempre uma exigência moral de promover o seu desenvolvimento e integrá-lo em uma vida plena. Essa dignidade não seria medida de forma simples, baseada apenas um fator específico (como a riqueza ou a inteligência, por exemplo), mas com base em uma série de elementos da lista que possam contribuir para o bem-estar. Uma vida plena exigiria, assim, muitas coisas do mundo: nutrição, educação, proteção da integridade corporal, liberdade de expressão e de religião etc.²²⁶. Uma vida que não contivesse essas capacidades em uma medida suficiente seria uma vida tão degradante que se tornaria incompatível com a dignidade. Assim, por exemplo, uma pessoa poderia ser rica, mas ser incapaz de desenvolver plenamente as suas potencialidades se lhe faltar alguma capacidade básica. O objetivo de uma sociedade decente seria oferecer a todos os cidadãos as condições sociais para a realização das capacidades, em um nível mínimo adequado.

226 Dentro da sua proposta de incluir os animais não-humanos no rol de preocupação de sua concepção de justiça, Nussbaum cita alguns elementos que poderiam integrar a noção de uma existência digna para os animais: “adequate opportunities for nutrition and physical activity; freedom from pain, squalor, and cruelty; freedom to act in ways that are characteristic of the species (rather than to be confined and, as here, made to perform silly and degrading stunts); freedom from fear and opportunities for rewarding interactions with other creatures of the same species, and of different species; a chance to enjoy the light and air in tranquility” (NUSSBAUM, 2006, p. 326).

Embora essa lista seja a mesma para todos os indivíduos, o patamar mínimo de exigência poderia variar sutilmente ao longo do tempo, pois o nível mínimo apropriado de uma capacidade pode receber formulações distintas em diferentes sociedades, em função de sua história e circunstâncias.

Outro aspecto relevante dessa lista de capacidades básicas é a grande relevância que se atribui à assistência aos necessitados. Segundo Nussbaum, a necessidade de assistência em momentos de dependência aguda ou assimétrica integra as necessidades primárias dos indivíduos, cuja satisfação, dentro de um nível adequado, servirá como parâmetro para a definição de uma sociedade justa.

Martha Nussbaum explica que a sua proposta não rompe completamente com o contratualismo, pois deixa espaço para uma avaliação de justiça baseada em um acordo razoável fundado na ideia de *overlapping consensus*. Não se trata, portanto, de uma doutrina moral compreensiva e abrangente que pretenda se impor como orientação para uma vida boa, mas de uma doutrina política sobre os direitos básicos que sirva de fundamento para muitas formas de vida distintas. Aliás, não pretende nem mesmo ser uma doutrina política completa, pois se limita a especificar algumas condições necessárias para que uma sociedade seja minimamente justa, através do reconhecimento de um conjunto de direitos fundamentais, sem os quais restará violada a dignidade humana. Por isso, Nussbaum não abre mão do conceito de “*overlapping consensus*”, a fim de permitir que pessoas com diferentes concepções morais possam aceitar a lista de capacidades por ela desenvolvida. (NUSSBAUM, 2006, p. 163)

De um modo substancial, percebe-se que pensar em termos de capacidades, nos moldes sugeridos por Martha Nussbaum e Amartya Sen, leva ao reconhecimento de diversos direitos fundamentais de liberdade, de igualdade e de solidariedade, tanto sob o aspecto negativo (de abstenção) quanto positivo (de proteção, promoção e prestação). Isso porque há uma preocupação em relação àquilo que as pessoas são realmente capazes de ser e fazer. A liberdade é definida como a capacidade para fazer algo, de modo que a privação dessas capacidades também é considerada como um obstáculo para a liberdade. A proposta, portanto, enriquece o liberalismo clássico, estabelecendo exigências substanciais afirmativas para o pleno desenvolvimento da dignidade humana.

Em síntese, Nussbaum também orienta sua proposta em uma espécie de consentimento ético-jurídico, atribuindo um valor preponderante às capacidades das pessoas para viver dignamente como fundamento da justificação ética. Dentro dessa ótica, todas as pessoas passam a ter direitos fundados na justiça (portanto, pré-políticos, vale dizer, tais direitos não seriam meras criações legais ou institucionais), consistentes em ter respeitado um patamar mínimo de suas capacidades básicas, a fim de que possam desenvolver todo espectro de suas possibilidades e desfrutar de tanta independência e liberdade quanto seja possível²²⁷. Assim, se as pessoas possuem essa classe de direitos, então existe, em contrapartida, uma obrigação coletiva de prover todas as pessoas do mundo com aquilo que necessitam, cabendo a cada um individualmente ou em grupo encontrar formas de viver e cooperar coletivamente para que todos possam levar vidas decentes. Se há o reconhecimento de direitos fundados na justiça, então as pessoas passariam a ser legitimadas a exigí-los, como um título jurídico que independe da conveniência política. A justiciabilidade torna-se assim um instrumento imprescindível para a proteção da capacidade das pessoas, pelo menos dentro de um patamar razoável de reivindicação, conforme as circunstâncias de cada sociedade.

227 O argumento para a inclusão dos animais não-humanos como sujeitos da justiça baseia-se em uma distinção entre a pergunta “quem elabora as leis e os princípios?” e a pergunta “para quem são elaboradas as leis e os princípios?”. No pensamento contratualista, ambas as perguntas têm a mesma resposta: os seres racionais, que seriam os únicos dotados de dignidade e, efetivamente, seriam os autênticos sujeitos da justiça, capazes de usar suas inteligências para desenvolver princípios de justiça mutuamente vantajosos. No enfoque das capacidades, que reconhece um leque muito mais amplo de elementos justificadores do tratamento digno, há uma separação entre as duas perguntas. Aqueles que elaboram as leis – os seres humanos adultos e racionais – não são necessariamente os únicos destinatários dos princípios de justiça. Todo ser merecedor de uma vida digna pode ser incluído como sujeito da justiça, pois o que importa não é o benefício mútuo que a cooperação social possa proporcionar, mas a construção de um mundo decente. Dentro dessa perspectiva, todas as criaturas possuem o direito a desfrutar de oportunidades adequadas para levar uma vida florescente, de acordo com a sua particular forma de existência. Não se trata, portanto, de atribuir “direitos humanos” aos animais não-humanos, mas de reconhecer que todo o ser vivo necessita de algumas capacidades para viver dignamente e que há um dever, decorrente da justiça, de respeito, proteção e promoção dessas capacidades.

2.7 Conclusões provisórias sobre o consentimento ético-jurídico

As ideias até aqui desenvolvidas são capazes de explicar aquilo que se tem designado por consentimento ético-jurídico, que nada mais é do que um modelo de legitimação do poder no qual os parâmetros de aferição da validade jurídica de uma determinada norma, ato ou decisão devem ser fundados em uma concepção imparcial de respeito ao outro (alteridade), não por razões instrumental-estratégicas, mas por uma questão de princípio²²⁸.

Levando essa proposta para o campo da realização do direito, obtém-se um modelo de jurisdição em que os critérios normativos estabelecidos em um procedimento de validação político-eleitoral, com base em razões instrumental-estratégicas, podem ser submetidos a um filtro ético-jurídico antes de serem simplesmente aplicados ou subsumidos na solução de casos concretos, conforme se explicará no próximo capítulo. De certo modo, pode-se dizer que a jurisdição voltada à proteção dos direitos fundamentais, através do qual se atribui a um órgão imparcial e independente a tarefa de exercer o controle de constitucionalidade das leis, a fim de conformá-las com o parâmetro axiológico que emana da declaração de direitos, é o mais próximo que se chegou desse modelo de consentimento ético-jurídico²²⁹.

228 No Capítulo 5, a construção de um modelo de pensamento ético-jurídico fundado no dever de alteridade por princípio será desenvolvido com mais detalhes.

229 Obviamente, um modelo de legitimação do exercício do poder alicerçado em um consentimento ético-jurídico não significa necessariamente a aceitação de um modelo de jurisdição constitucional em que juízes não eleitos, atuando de forma independente, tomam decisões a respeito dos conflitos morais mais relevantes da sociedade. Seria possível imaginar um modelo de deliberação parlamentar em que os votantes tivessem que tomar decisões guiados pela imparcialidade e pela justiça, movidos por razões éticas e não por interesses de grupo. Porém, na versão da democracia representativa contemporânea, o tipo de deliberação adotado pelo Poder Legislativo aproxima-se mais do consentimento político e, em contrapartida, o tipo de deliberação adotado pela jurisdição constitucional aproxima-se mais do consentimento ético, pelo menos em tese. Tal vinculação – que relaciona a jurisdição constitucional ao consentimento ético e o Poder Legislativo ao consentimento político – não é uma verdade necessária, mas, diante da realidade atual, parece válida, sobretudo porque os legisladores estão sujeitos a pressões a que não estão sujeitos os juízes, o que aumenta, pelo menos potencialmente, o grau de imparcialidade destes. A esse respeito, vale mobilizar o argument de Ronald Dworkin para quem “*legislators are vulnerable to political pressure of manifold kind, both financial and political, so that a legislature is not the safest vehicle for protecting the rights of politically unpopular groups*” (DWORKIN, 1996, p. 34). Pode-se invocar também a perspectiva de John Rawls, que defendia que a Suprema Corte norte-americana, mesmo tendo

Alguém poderia questionar que a palavra “consentimento”, embutida na expressão “consentimento ético-jurídico”, não significa verdadeiramente um consentimento. Afinal, quem está consentindo o quê? Como falar em consentimento, se não há uma forma de validação popular da deliberação judicial? De fato, enquanto no consentimento político-eleitoral o voto tem elevado valor simbólico de fácil identificação, o modelo fundado em um consentimento ético-jurídico carece de um mecanismo para garantir o “de acordo” popular, restando somente, como fonte meramente indicativa de uma correta decisão, o uso de uma racionalidade e de uma argumentação comprometidas com os princípios ético-jurídicos fundamentais, o que certamente é um indicador demasiadamente débil. Tal racionalidade/argumentação eticamente guiada – que tem sido o principal instrumento de legitimação dos modelos institucionais alicerçados no consentimento ético-jurídico – parece não ser suficiente para garantir uma efetiva coincidência entre a prática e o discurso, até porque o juízo pode estar mal-informado ou mesmo mal-intencionado.

Além disso, na prática, se alguém se negasse a cumprir uma ordem judicial ou uma prescrição legislativa alegando que não concedeu o seu consentimento ético, certamente seria preso do mesmo jeito ou então ridicularizado, passando-se por louco, por defender tamanho absurdo²³⁰. Sabemos que nenhum estado contemporâneo fundamenta-se apenas num desejável, porém ilusório, consentimento de todos incondicionalmente. No mundo real, o estado ainda exerce, em grande medida, uma função de controle e repressão, embora nunca deixe de tentar de buscar justificativas convincentes, ainda que meramente retóricas. Mesmo a jurisdição constitucional, que sempre costuma invocar uma comovente argumentação alicerçada em princípios e nos direitos fundamentais, não

ao longo de sua história proferido decisões contrárias aos princípios de justiça, seria uma instituição exemplar da razão pública, pois seria o único ramo dos poderes estatais que se apresenta, de forma visível, como uma criatura dessa razão e exclusivamente dela. Os demais poderes até poderiam ser um fórum de princípio para debater, junto com a Corte, questões constitucionais, mas, a rigor, o modelo de deliberação jurisdicional seria mais propício a alcançar um estado de imparcialidade requerido pela razão pública (RAWLS, 1993, p. 231 e ss.). Ressalto, porém, que o objetivo central da presente tese não é defender nem justificar a jurisdição constitucional, mas um modelo de jurisdição capaz de valorizar o sujeito ético e de expandir o círculo ético, conforme se explicará melhor ao longo dos próximos capítulos.

230 Essa é uma crítica às propostas contratualistas desenvolvida por David Hume (2002, p. 402/403).

deixa, em várias situações, de tomar decisões opressivas e que refletem apenas os valores, nem sempre elogiáveis, dos julgadores.

Tudo isso tem um fundo de verdade, ou seja, do ponto de vista prático, não existe um ato específico que represente a aprovação do exercício do poder, a não ser a adesão livre, consciente e espontânea por parte daqueles que são afetados pelo poder. Como se viu, a aprovação ética não está sujeita a eleições majoritárias, nem está subordinada a um ato formal de concordância por parte dos afetados pelo exercício heterônomo do poder e nisto reside a grande dificuldade de se colocar em prática a ideia de consentimento ético-jurídico: não existe uma fórmula segura para distinguir o justo do injusto quando não há consensos bem formados entre os membros da sociedade, especialmente nas sociedades plurais como as democracias contemporâneas.

Uma das propostas teóricas que tenta resolver esse problema foi desenvolvida por John Rawls, que reformulou a teoria do contrato social para criar um modelo de deliberação apropriado às sociedades plurais²³¹. Certamente, a proposta de Rawls não soluciona o problema da legitimidade das instituições, mas oferece alguns caminhos para desviá-lo. Para ele, o problema do exercício do poder seria contornável se o produto da atividade estatal pudesse receber um consentimento, ainda que meramente hipotético, concedido por agentes livres e racionais. A teoria do contrato social se transformaria em um método de raciocínio para permitir que os seres racionais verifiquem se seriam capazes de concordar com a estrutura política da sociedade, inclusive com as leis aprovadas pelas instâncias competentes e com as decisões proferidas pelos juízes. A sua teoria tenta substituir o consentimento político, que era a base das teorias contratualistas tradicionais, por um consentimento mais preocupado com o produto ético das deliberações políticas, já que os agentes racionais terão que pensar nos princípios de justiça quando estiverem deliberando. Com isso, nem o Poder Legislativo, nem o poder judicial seriam, necessariamente, legítimos, pois estariam sujeitos a uma avaliação por parte

231 É possível aproximar, sem medo, a noção de consentimento ético-jurídico com a noção de *overlapping consensus*, embora, conforme se verá, seja necessário reformular algumas premissas de John Rawls para se adequar com mais precisão à proposta de *transformação da ética em direito*.

dos seres racionais que somente dariam seu aval legitimador se fossem obedecidas algumas condições de justiça imaginadas a partir de uma situação hipotética de plena imparcialidade e equidade. Essas condições de justiça desenvolvidas por Rawls, a partir de seu próprio método de raciocínio, seriam, em síntese, alguns direitos fundamentais básicos, como a máxima proteção da liberdade, a defesa da igualdade de oportunidades e a redução das desigualdades socioeconômicas, tal como preconizado pelo princípio da diferença.

Mas já vimos que a proposta de Rawls possui pelo menos seis defeitos graves: (a) seu procedimento ainda não fornece um mecanismo seguro – tão fácil de mensurar quanto o voto – capaz de permitir o reconhecimento de que o povo, coletivamente, concedeu, de fato, o seu consentimento ético-jurídico a uma determinada norma ou decisão. Tudo fica no campo das hipóteses e das especulações filosóficas, cercado de ficções e alegorias, como a ideia de “posição original” e “véu da ignorância”, que apenas uns poucos iluminados conseguem, honestamente, alcançar²³²; (b) a sua teoria da justiça ainda confere elevada importância às instituições, reduzindo a responsabilidade pessoal dos indivíduos na missão de reduzir as injustiças e ampliar a justiça presente; (c) como qualquer teoria contratualista, a teoria de Rawls leva a um certo legalismo, especialmente porque a realização do direito parte de um princípio geral, passando pela elaboração de uma Constituição, pela aprovação das leis, até chegar na decisão concreta; (d) a proposta de Rawls transmite uma falsa sensação de consenso, gerando acordos mínimos num nível demasiadamente abstrato que encobrem profundos desacordos num nível mais concreto; (e) o seu modelo de imparcialidade é um modelo reduzido (fechado), já que só leva em conta os interesses dos supostos participantes do contrato social, sendo insuficiente para solucionar alguns problemas sérios de justiça do mundo contemporâneo; (f) as propostas contratualistas, fundadas numa reciprocidade entre pessoas livres e iguais, centram-se nas vantagens que os indivíduos podem obter

232 É preciso deixar claro que o próprio Rawls reconheceu que a “justiça como equidade” não deve ser considerada como um método para solucionar os problemas jurídicos, mas apenas um quadro de referência que poderá servir de guia à reflexão, complementando o conhecimento dos juristas e apoiando os seus juízos. Assim, sua proposta dirige-se não tanto aos juristas, mas sobretudo aos cidadãos de um regime constitucional democrático (RAWLS, 1993, p. 368).

para si, o que pode levar a um tipo de raciocínio egoísta e instrumental, em que o respeito ao outro não é valioso por si mesmo.

A proposta alternativa de Amartya Sen parece ser superior do que a de John Rawls em alguns aspectos relevantes. Ao invés de se pensar em um modelo transcendental idealizado, em que o papel das teorias da justiça seria fornecer um arranjo institucional perfeitamente justo para solucionar os problemas da sociedade, Sen se preocupa com a identificação das injustiças presentes na realidade e procura corrigi-las ou minorá-las pontualmente, caso a caso, dentro de uma perspectiva *nyaya* e não *niti*. Pode-se dizer que Sen parte do caso para buscar a solução, ao invés de tentar construir um corpo perfeito de soluções num nível abstrato que poderia ser mobilizado posteriormente para a solução de problemas concretos. Significa dizer que a sua proposta, apesar de mais humilde, é mais factível e, apesar de ser menos ambiciosa, é mais abrangente, na medida em que adota um modelo de imparcialidade aberta, também não livre de problemas, mas certamente mais rica e acolhedora do que a imparcialidade fechada da posição original.

Além disso, o enfoque nas capacidades, desenvolvido por Amartya Sen e complementado por Martha Nussbaum, parece ser bastante superior do que o enfoque nos bens primários de John Rawls, mesmo depois da reformulação do conceito de bens primários²³³, pelos seguintes motivos: (a) a noção de capacidades nos induz a pensar em privação, que é mais fácil de ser compreendida do que a noção de promoção de bens primários; (b) falar em capacidades significa que o importante não é fornecer aos cidadãos diretamente os bens primários, mas criar as condições necessárias para que todos possam se desenvolver plenamente e tomar decisões com autonomia e autenticidade; (c) uma lista mais aberta e compreensiva de capacidades nos obriga a ampliar nosso rol de considerações acerca da justiça, tentando remover todos os obstáculos que impedem o florescimento do potencial humano e mesmo não humano.

Além disso, há outras vantagens na proposta de Amartya Sen e de Martha Nussbaum quando comparadas com a proposta de John Rawls: (a)

233 Conforme se viu, Rawls reformulou seu conceito de *bens primários* a fim de considerá-los como *necessidades* dos indivíduos e não preferências ou desejos, como estava na sua proposta original.

dentro da perspectiva *niaya*, os princípios, direitos e liberdades necessários ao desenvolvimento das capacidades são constituídos problematizadamente, sempre vinculados a um contexto real muito mais rico do que a abstração pretendida pela ideia de posição original; (b) a proposta de Sen estimula um debate mais amplo e plural, ao passo que o sujeito da posição original é um ser solitário que raciocina consigo próprio e, por isso, dificilmente será capaz de enxergar além dos próprios interesses; (c) o mesmo esforço intelectual necessário para alcançar soluções justas recomendado por Rawls com a sua ideia de posição original, véu da ignorância, equilíbrio reflexivo e *overlapping consensus* pode ser alcançado sem precisar fechar o sentido de imparcialidade tal como a “justiça como equidade” sugere ao excluir da deliberação todos aqueles que não podem ser considerados seres racionais cooperativos de uma determinada sociedade; (d) os princípios da justiça desenvolvidos por Rawls surgem fora de um contexto problemático real, tornando-se normas gerais e vinculantes sem a necessária preocupação de se adequarem à singularidade dos problemas reais que podem surgir no futuro, o que não parece ser compatível com um modelo normativo que pretenda uma sincronização com a realidade.

A centralização do debate em uma comparação de alternativas reais para a solução de problemas concretos, visando à redução de injustiças e à ampliação da justiça, reforça a responsabilidade daqueles que possuem poder de ação e decisão, não criando subterfúgios abstratos, nem pretextos retóricos, que possam servir para justificar a institucionalização da injustiça. Um dos mais graves defeitos das propostas contratualistas, inclusive a de John Rawls, é criar justificativas de desoneração da responsabilidade individual, sobretudo em relação àqueles que têm o poder de decidir e de agir. O peso moral das decisões é transferido para as instituições, gerando um grande risco de desumanizar o processo decisório. A proposta de Amartya Sen tem o mérito de deixar claro que as escolhas morais cabem às pessoas e não às instituições. Se as instituições falham, o sujeito ético tem o dever de lutar para corrigi-las, sobretudo quando tem alguma capacidade de influenciar as mudanças.

Outra vantagem da proposta de Amartya Sen é escapar de uma crítica geralmente feita às propostas contratualistas, que é a sua impossi-

bilidade de acolher as chamadas obrigações imperfeitas²³⁴. A crítica não é suficiente para derrubar a ideia de consentimento ético-jurídico como fundamento da legitimidade do poder, pois a ideia de um consentimento ético-jurídico, fundado na autonomia do sujeito ético, pode aceitar a existência de deveres/obrigações imperfeitos ou naturais. Portanto, o fato de existirem obrigações que independem de reciprocidade ou de uma manifestação expressa de vontade não afasta a ideia de um consentimento ético no sentido de que, mesmo tais obrigações, para serem tratadas como deveres, exigem do sujeito ético uma atitude de conformação consciente, aceitação refletida e aprovação sincera e bem informada sobre o mérito dessas obrigações. É o sujeito ético quem irá, em última análise, assumir a responsabilidade de reconhecer e de se sujeitar às obrigações imperfeitas. Aliás, é justamente isso que distingue o consentimento político do consentimento ético-jurídico. No consentimento político, o sujeito dá aprovação a tudo aquilo que lhe pode beneficiar de algum modo, e a sua adesão ao contrato social decorre das vantagens que, eventualmente, obterá para si. Conforme visto, o mútuo benefício, alicerçado na reciprocidade e na simetria direito/deveres, é o principal fundamento do consentimento político. Já no consentimento ético-jurídico, a aprovação não está vinculada a existência de benefícios mútuos, pois o que justifica o consentimento é a correção ou justeza do ato, numa perspectiva de imparcialidade (preferencialmente, aberta) que favoreça não ao agente em si mesmo, mas aos que poderão ser afetados pela decisão.

234 Nesse sentido, Michael Sandel criticou as propostas éticas que se alicerçam no consentimento citando vários exemplos em que as obrigações morais existem independentemente de um ato formal de acordo, de um contrato, de um pacto, nos moldes tradicionais de um consentimento baseado na autonomia e na reciprocidade. Os exemplos que ele fornece são os deveres de lealdade para com a pátria e as obrigações familiares, que independem de um acordo bilateral: SANDEL, 2009, especialmente capítulo 9 (*What do we owe one another/Dilemmas of Loyalty*, p. 208/243). Sandel critica a ideia de consentimento para tentar refutar a proposta de John Rawls e, ao mesmo tempo, desenvolver uma ética mais voltada para a promoção da honra e das virtudes. Essa opção não parece também ser tão promissora. A ideia de honra e de virtude, ainda que possa resgatar uma concepção ética saudável e elogiável, pode também nos levar a um sistema moral elitizado, em que o mérito é medido pela honra e pela virtude estabelecidas em uma tradição social consolidada. Por isso, é preciso ser cauteloso antes de aderir a um sistema moral baseado na virtude, pois um tal sistema pode encobrir valores conservadores e aristocráticos, incompatíveis com a noção de igualdade que hoje prevalece. Assim, embora as virtudes possam ocupar um papel ético de destaque, não se pode atribuir a ela o único fundamento, ou mesmo o principal fundamento, das nossas escolhas morais.

A palavra consentimento, se vinculada à ideia de contrato, de fato não retrata bem o processo de aceitação de uma obrigação imperfeita. Mas não é preciso vincular a ideia de consentimento a um contrato. Alguém pode consentir em obedecer regras mesmo fora de uma relação contratual (sinalagmática). A ideia de um consentimento ético-jurídico como fundamento do poder não é uma proposta contratualista. O contratualismo pressupõe um acordo cooperativo de vontades motivado pela reciprocidade, onde o que conta são os benefícios mútuos que as partes envolvidas receberão. Todas as propostas contratualistas, de algum modo, sustentam-se na ideia de proveito próprio, ainda que num sentido imparcial, tal como engenhosamente formulado por Rawls. O consentimento ético-jurídico dispensa um contrato entre pessoas estimuladas pelo interesse próprio para estimular um raciocínio menos egoísta. O consentimento – a aprovação ética – independe das vantagens que teremos no curto prazo. Qualquer sujeito ético estará disposto a aceitar obrigações unilaterais, independentemente dos benefícios imediatos, se essas obrigações tiverem por fundamento um valor que aprovamos numa dimensão de justiça. Nesse ponto, os argumentos de Martha Nussbaum são bastante convincentes.

Mesmo que se invoque a ideia de um contrato (o que não parece ser pertinente), o importante é buscar o fundamento axiológico para aceitação das cláusulas contratuais²³⁵. São os fundamentos normativos do contrato que conferem validade ao consentimento ético-jurídico e não o mero ato de vontade. Em outras palavras: o contrato não pode fundamentar o direito, pois já pressupõe uma base normativa que, obviamente, é anterior ao contrato²³⁶. O que se torna vinculante, numa perspectiva de consentimento ético-jurídico, não é o acordo pelo acordo, mas o seu fundamento material, a sua justeza ou correção. Até mesmo a força ético-normativa de

235 Ao criticar as teorias contratualistas, Castanheira Neves assinalou com precisão que o contrato “não é suscetível de constituir uma qualquer validade pela simples razão de que a vontade expressa é um mero *factum* que também só como tal não vincula, apenas vincula se pressupuser um fundamento normativo que a esse seu *facto* confira normatividade. É esta uma conclusão que outros igualmente invocam e nos permite compreender que nos grandes teóricos do contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant) não faltasse afinal uma criptonormatividade justificante” (CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 17). Aliás, o jusfilósofo português, na mesma passagem, também acentua que esse fracasso de fundamentação que levou à crença de que o direito seria mero fato político (vontade), destituído de um fundamento de validade, tal como proclamado pelo positivismo jurídico.

236 Também nesse sentido: CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 21.

um documento jurídico de extrema importância, como a Constituição ou um tratado internacional, deve ser buscada não no mero consenso político obtido numa assembleia constituinte ou num pacto entre estados soberanos, mas nos valores de justiça que tais documentos pretendem declarar. Vale dizer: mesmo a Constituição e os tratados internacionais precisam passar por um filtro de eticidade para ter alguma pretensão de validade e de legitimidade, conforme será demonstrado no próximo capítulo.

Um dos principais erros das propostas fundadas no consentimento político foi precisamente excluir esse fundamento axiológico do processo de realização do direito. A validade racional contida na lei tinha um caráter meramente procedimental, obtida dentro de um processo de medição de forças políticas, e vinculava independentemente de seu conteúdo. Esse tipo de validade é bastante diferente da validade sugerida pelo consentimento ético-jurídico. O aspecto fundamental para a medição da validade-legitimidade do consentimento ético é o conteúdo da solução oferecida, que deve se pautar por uma noção de imparcialidade que não necessariamente nos beneficia no curto prazo²³⁷. O grande mérito do consentimento ético-jurídico está precisamente nesta atitude que nos permite defender posicionamentos que vão muito além do nosso benefício imediato.

A ideia de consentimento está ligada à necessidade de justificação das decisões tomadas. Busca-se o consentimento através de um processo de convencimento em que se tentará obter a aquiescência espontânea daqueles que são atingidos pelo exercício do poder. Tanto o consentimento político quanto o consentimento ético visam, em última análise, alcançar esse desiderato. O que varia são os motivos que levam as pessoas a consentirem. No consentimento político, o motivo da aprovação tem uma natureza menos altruísta, pois se funda no interesse próprio ou, na

237 Talvez um exemplo simples possa esclarecer esse ponto: mesmo que um homem não seja direta e imediatamente beneficiado pelo reconhecimento dos direitos das mulheres e talvez até mesmo possa ser prejudicado, pois haverá uma diminuição dos postos de trabalho disponíveis para os homens, é possível que ele defenda, numa perspectiva de alteridade, que as mulheres merecem ser tratadas em pé de igualdade com os homens. Aliás, nada impede que esse homem vá além e defenda até mesmo a criação de mecanismos para compensar as injustiças praticadas contra as mulheres no passado e possibilitar uma efetiva igualdade de oportunidades no tempo presente. A mera igualdade formal, ainda que necessária, não é suficiente para atingir a plena igualdade de oportunidades, sobretudo quando há um histórico de discriminação que tem privado as mulheres de suas capacidades mais básicas.

melhor das hipóteses, em um tipo de raciocínio instrumental-estratégico que propõe a maximização de utilidades. Já no consentimento ético-jurídico, há uma preocupação com a imparcialidade e alteridade das decisões tomadas por uma questão de princípio ou de justiça.

Por certo, invocar questões de princípio ou de justiça como motivo balizador do consentimento ético-jurídico pode levantar alguns questionamentos acerca da racionalidade da escolha do agente. Costuma-se dizer que as perspectivas morais das pessoas são multivariadas, razão pela qual as divergências sobre o sentido da justiça ou da felicidade numa sociedade plural são inevitáveis. Dificilmente, as pessoas chegarão a consensos unânimes a respeito das questões fundamentais ligadas à justiça, à boa vida, à felicidade etc. Isso parece inquestionável. Diante disso, a ideia de consentimento ético-jurídico como fundamento da legitimidade parece estar alicerçada em uma crença ingênua e irrealizável, como as velhas concepções jusnaturalistas. Para usar uma expressão de Jeremy Bentham que ficou famosa, o consentimento ético-jurídico não passaria de um disparate em pernas de pau (“nonsense upon stilts”)²³⁸. De fato,

238 No seu texto “*Anarchical Fallacies*”, Bentham examinou a linguagem retórica utilizada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791, e rotulou todo aquele palavrorio de “*nonsense em pernas de pau*” (“*nonsense upon stilts*”). Na sua ótica, falar em direitos naturais universais, imprescritíveis e inalienáveis seria um completo disparate, uma bobagem retórica, uma *gritaria* no papel, utilizada para manipular a platéia e provocar confusão terminológica. Tais direitos inalienáveis seriam impossíveis de se conciliarem com um governo organizado, uma vez que o exercício dos poderes sempre envolve alguma limitação à liberdade ou à propriedade. “Se o direito de buscar a felicidade é um direito alienável, questionou Bentham, por que os ladrões são impedidos de persegui-la por meio de roubos, os assassinos por meio de assassinatos e os rebeldes por meio de rebelião?” Para Bentham, seria impróprio falar de *direitos* sem pressupor uma rede de proteção institucional conferida pelo estado. O governo existiria não porque os seres humanos tenham direito preexistentes ao governo, que este seria obrigado a defender, mas porque, sem o estado, os homens não poderiam ter direitos. Dito de outro modo: sem um poder público, não haveria direitos, mas apenas aspirações e desejos. Assim, num hipotético estado da natureza, pré-estatal, não poderiam existir “direitos naturais”, mas apenas interesses, que dependeriam de um aparato estatal de proteção para serem chamados de direitos. De acordo com Bentham, os jusnaturalistas cometem uma falácia ao confundirem o desejo de possuir um direito, com o próprio direito. Seria como confundir a fome (desejo de comer) com a comida. Bentham, no mencionado texto, acusou os jusnaturalistas de cometerem uma falácia que, hoje, é conhecida como “*wishful thinking*” (falácia da esperança ou do desejo). Essa falácia consiste na formação de crenças de acordo com o que é agradável, ao invés de se apelar para as evidências da realidade. Pode ser ilustrada da seguinte forma: “Eu desejo que X seja verdadeiro; portanto, X é verdadeiro”. No caso dos jusnaturalistas, haveria um desejo de que determinados valores (chamados de direitos naturais) fossem direito; logo, esses valores automaticamente se transformariam em direito pela teoria do direito natural. Essa atitude seria um caso típico de “*wishful thinking*”. Segundo José de Sousa e Brito, a melhor interpretação dessa passagem de Bentham seria esta: “as declarações de direitos do homem são

o que seria, em termos concretos, o consentimento ético-jurídico? Não seria mais uma figura retórica utilizada para tentar transformar artificialmente nossos desejos e preferências particulares em algo universalmente válido? Não seria apenas mais um subterfúgio psicológico para dar algum sentido às nossas opções valorativas, fornecendo um manto ilusório de racionalidade àquilo que não somos capazes de explicar em palavras? Acreditar em consentimento ético não seria o mesmo que acreditar em duendes ou em fadas? Defender a legitimação do poder mediante a invocação de um suposto fundamento axiológico não seria um exercício ingênuo de um “*wishful think*” descolado da realidade? Ou, como sugeriu Posner, não seria apenas “*a desire to feel good about ourselves — to feel that we are more than just monkeys with big brains, that we are special enough for God to want to be our friend*”? (POSNER, 2002, p. 30)

Estou certo de que, de algum modo, a ideia de consentimento ético-jurídico tem sim esse propósito de fornecer um suposto conforto psicológico para que as convenções humanas demasiadamente humanas tenham algum sentido. Nesse aspecto funcional, o propósito do consentimento ético-jurídico não seria tão diferente da ideia de contrato social de Locke ou da vontade geral Rousseau, da lei universal de Kant, do espectador imparcial de Adam Smith, da posição original de Rawls, da assembleia universal de Perelman, da comunicação ideal de Habermas, entre tantas outras teorias criadas com o mesmo fim. Então onde estaria a utilidade da ideia de consentimento ético-jurídico?

Em primeiro lugar, acredito que tais criações intelectuais são necessárias, pois, sem essa crença no justo, na vida boa, na boa vontade, pouco restaria a nós, enquanto seres humanos dotados de racionalidade, para possibilitar a convivência comunitária. Não há nada de irracional em planejar o futuro, muito menos em estabelecer objetivos valiosos a serem

cricáveis, porque dizem reconhecer direitos que não existem, por não existirem os deveres correspondentes, posto que só estes os poderiam constituir. Servem assim, não como meio de atribuir direitos, mas como instrumento retórico, seja da autoridade, que finge dar o que não dá, seja dos revolucionários, que agem como se tivessem o direito que nunca lhes foi atribuído. São, portanto, mais prejudiciais do que úteis à própria causa dos direitos”. Porém, “nem sempre Bentham terá estado muito seguro deste juízo, pois escreve algures: ‘com instrumentos desta espécie, não nego que se tenha feito algum trabalho político, e trabalho útil, que nas circunstâncias teria dificilmente podido fazer-se com outros instrumentos’” (BRITO, 2008).

perseguidos, ainda que irrealizáveis. O ser humano é alguém que sonha e, desde que saiba distinguir o sonho da realidade, não precisa temer a construção imaginária de mundos melhores. Em matéria de felicidade, o mesmo raciocínio se aplica. O fato de não chegarmos a consensos em aspectos fundamentais da nossa existência não significa dizer que não devemos prosseguir na busca de soluções, ainda que nunca a alcancemos em sua forma perfeita e irrefutável. Podemos nunca chegar a um acordo definitivo sobre o “*summum bonum*”, nem sobre um padrão ético absoluto que possa servir como “instância suprema de julgamento” e que seja capaz de resolver todos os problemas da humanidade em todas as situações. Mas somos capazes de avaliar situações concretas, comparar as alternativas e verificar que rumo tomar para ampliar a justiça ou reduzir as injustiças. Graças a isso, a humanidade foi capaz de superar a escravidão, de reconhecer os direitos das mulheres, de garantir alguma proteção aos trabalhadores, de conferir mais dignidade aos estrangeiros, de ser mais tolerante quanto às diferenças culturais e religiosas, de se preocupar com as pessoas em situação de miserabilidade, de ampliar a proteção jurídica aos animais e assim por diante. O fato de ainda existirem muitas injustiças presentes no mundo reforça ainda mais a necessidade de continuar esse projeto, pois a busca pela justiça é uma tarefa inacabável e permanente, que não se consuma apenas com a elocução de belas palavras que nos fazem chorar, mas não reduzem em nada o sofrimento do mundo. Nesse sentido, o discurso do consentimento ético-jurídico é um apelo tanto àqueles que têm algum poder sobre outros indivíduos – um apelo para que respeitem a dignidade de todos – quanto um apelo aos indivíduos que estão sujeitos ao poder de outros – um apelo para que se revoltam contra aqueles que não respeitam a dignidade.

De qualquer modo, resta outra indagação: para quê criar mais uma palavra de legitimação ambígua que pode também ser manipulada como tantas outras palavras de legitimação já existentes? Já não bastam as criações intelectuais dos grandes filósofos da humanidade? Onde estaria a vantagem de invocar um pretenso consentimento ético-jurídico que nem sempre espelha a realidade e está longe de ser facilmente definido?

A principal vantagem da ideia de consentimento ético-jurídico, na minha ótica, é enfatizar a necessária dimensão de alteridade do processo

de legitimação do exercício do poder heterônomo. Aquele que está tomando uma decisão em nome de outros deve levar em conta os efeitos que sua decisão terá na vida dos outros. E mais: suas decisões devem ser justificadas com base no que é melhor para os outros e não para si ou para aqueles que pertencem ao seu próprio círculo de poder e de amizade. Além disso, a expressão “consentimento ético” – dada a vinculação forte entre ética e autonomia – valoriza a importância da autonomia pessoal na reflexão das questões envolvendo conflitos morais. Há determinadas questões fundamentais, de forte componente axiológico, cuja decisão não pode ser transferida para coletividade, pois deve ser assumida pela pessoa no autêntico exercício de sua autonomia. Trata-se aqui de uma autonomia que abrange não apenas a chamada liberdade negativa, mas também a liberdade positiva, sobretudo quando invocamos a noção de liberdade de Amartya Sen e Martha Nussbaum. Do mesmo modo, abrange não apenas a noção de igualdade formal, hostil aos privilégios e às discriminações negativas baseadas em preconceitos, mas também e, sobretudo, a noção de igualdade material, que possibilita o exercício da verdadeira ideia de autonomia pessoal, na medida em que estimula o resgate jurídico daquelas pessoas em situação de desvantagem social, econômica e cultural. Igualdade material esta que tem sido louvada como uma das grandes aquisições do direito pós-iluminista e se alicerça, em última análise, em princípios éticos de solidariedade, compaixão e cuidado, e que nos induzem a pensar em uma progressiva expansão do nosso círculo de preocupações éticas.

Introduzir a alteridade no raciocínio jurídico significa reconhecer que o fundamento para as nossas decisões não deve ser um fundamento político (nos moldes das teorias contratualistas dos estados liberais que conferiam uma prevalência absoluta da suposta vontade geral ditada por um legislador movido por razões instrumental-estratégicas), mas um fundamento ético-jurídico, onde o respeito à pessoa (à sua autonomia, à sua dignidade, à sua dor, à sua angústia, à sua necessidade, ao seu esforço, ao seu mérito, ao seu desempenho, à sua diferença, à sua igualdade, às suas capacidades, às suas limitações etc.) é o cerne dos juízos decisórios. Daí a importância da inclusão da palavra ética, ao lado da ideia de *consentimento* na proposta de legitimação do poder heterônomo. A palavra *consentimento*

ênfatisa a nossa condição racional, de seres inteligentes capazes de tomar decisões por conta própria e de aderir às normas que atendem as nossas concepções de justiça. No verbo *consentir*, está embutida a ideia de reflexão e de aprovação, como um endosso refletido, consciente e autonomamente aceito (dentro daquilo que se pode designar por autenticidade). Pressupõe uma adesão voluntária, um respeito ao querer daquele sujeito que pensa e que pode agir conforme as suas convicções e que também reconhece que as outras pessoas também compartilham a mesma capacidade de decidir eticamente.

A palavra consentimento também proporciona uma melhor compreensão daquilo que se pode chamar de validade ético-jurídica. Se, no âmbito da moral, o indivíduo assume-se como um ser plenamente autônomo, exercendo o papel de auto-legislador de si próprio, no âmbito jurídico, certamente existem muitas normas que devemos obediência, mas que não foram propriamente elaboradas no autêntico exercício da nossa autonomia. O fato de não termos participado da aprovação da imensa maioria das normas jurídicas vigentes não se torna problemático se tivermos em mente que o mais importante é que as referidas normas possam receber a nossa aprovação (ou consentimento) por razões que ultrapassem o mero medo da sanção que, em geral, acompanha as normas estatais. As razões que nos levam a reconhecer a validade de uma norma imposta por outra pessoa podem ser as mais variadas. Em geral, aprovamos tudo aquilo que nos beneficia direta ou indiretamente. Porém, se o que se deseja é um tipo de consentimento ético-jurídico, as razões para a aprovação hão de ir além do interesse próprio, pois devem ser fundamentadas em um princípio de alteridade imparcial que leve em conta a dignidade do outro. É certo que existem muitas normas vigentes e mesmo decisões judiciais, aceitas por muitos (talvez pela maioria da população) como juridicamente válidas, que não deveriam merecer o nosso consentimento ético-jurídico. Geralmente, são normas/decisões que afetam desmesuradamente a liberdade, violando a independência ética das pessoas, ou que excluem arbitrariamente grupos do círculo de proteção ético-jurídica, ou que instrumentalizam o que deveria ser tratado com dignidade, servindo aos interesses mais espúrios daqueles que se apropriaram do poder e usam essa condição em proveito próprio. Também é certo que, muitas vezes, o indivíduo, sozinho, não tem

meios para se revoltar contra essas normas e, por falta de opção, obedece aos seus mandamentos mesmo contra a sua vontade. A tese do consentimento ético-jurídico, enquanto proposta de legitimação do poder, não é refutada pelo fato de que o estado nem sempre age de acordo com os fundamentos que a inspiram, nem pelo fato de que muitas leis e decisões são obedecidas mesmo quando violam a dignidade. Se existem leis injustas e decisões arbitrárias, isso nada mais significa do que reconhecer que o exercício do poder nem sempre é legítimo, o que justifica ainda mais o esforço para desenvolver soluções que alterem esse quadro.

Daí porque também é importante incluir, na busca de uma ideia que possa servir de legitimação para o exercício do poder, a palavra ética, a fim de enfatizar a nossa condição de seres sociais, que convivem com outros seres igualmente racionais, capazes de se preocupar com o outro e de respeitar os interesses dos outros antes de agir. Pensar eticamente é dar um peso igual às vontades de todos aqueles que serão afetados pelo agir racional²³⁹. O qualificativo jurídico, por sua vez, nos induz a pensar em um julgamento imparcial, através da qual o juiz, numa perspectiva de tercialidade, vai comparar as posições juridicamente relevantes dos sujeitos da controvérsia, tentando atribuir a cada um aquilo que é juridicamente seu, baseando sua decisão em critérios e fundamentos objetivos extraídos de um sistema legítimo que reconheça as pessoas como igualmente merecedoras de respeito e consideração (LINHARES). O qualificativo jurídico também nos leva a pensar na realização concreta e efetiva do direito, sem o qual qualquer esforço intelectual não passará de devaneio. Não basta, pois, ficar no campo das abstrações ou dos sonhos. Faz-se necessário, sobretudo, transformar os princípios éticos de respeito à pessoa em direito realizado, vivo e pulsante na convivência comunitária. É o que se verá no próximo capítulo.

239 Sobre isso: HARE, 2003, p. 49/40.

3 O direito eticamente fundado

Não encontramos o Direito perfeito, qual criatura após a Criação, ou revelado já algures, directa ou indirectamente – conseguimos-lo apenas como algo que se vai logrando, como algo que o pensamento jurídico vai obtendo, através de um autónomo esforço de fundamentação *sub specie juris* na resolução dos problemas normativos em que verdadeiramente o constitui. Numa palavra: é tarefa que se faz, não substância que se descobre – (Castanheira Neves, “*Questão de Facto-Questão e Direito*”)

3.1 Explicação preliminar

No capítulo precedente, foi desenvolvida uma hipótese de justificação do poder baseada na noção de consentimento ético-jurídico, fundada em uma peculiar concepção plural e expansiva de respeito à pessoa. Dentro dessa proposta, optou-se por seguir uma ideia de justiça mais próxima daquilo que Amartya Sen denomina *nyaya* ao invés da perspectiva *niti* que orienta a teoria da justiça de John Rawls, por exemplo. A perspectiva *niti*, adotada por Rawls, é baseada na elaboração de um sistema normativo abstrato e próximo da perfeição, composto por princípios de justiça que seres racionais numa situação de imparcialidade (a “posição original” coberta por um “véu da ignorância”) seriam capazes de aceitar. Uma vez obtidos os princípios de justiça que servirão de parâmetro para

o julgamento das instituições reais, as demais normas seriam deduzidas num processo hipotético de densificação que passaria pela elaboração da Constituição, pela aprovação das leis, até chegar às decisões concretas. Por sua vez, a perspectiva *nyaya*, adotada por Sen, propõe a construção de soluções de ampliação da justiça e remoção das injustiças a partir de problemas específicos, mirando não a elaboração de um arranjo institucional perfeito e princípios abstratos de justiça, mas situações particulares e concretas que, de fato, possam ser resolvidas à luz daquilo que Sen denomina de “imparcialidade aberta”. Dentro dessa perspectiva, a tarefa de realizar a justiça não é transferida para as instituições, mas assumida intencionalmente por aqueles que têm o poder de decisão, através de um raciocínio focado na comparação de soluções possíveis que possam melhorar a vida das pessoas, sob o enfoque das capacidades, ou seja, da remoção das privações que impedem o pleno desenvolvimento da dignidade.

O momento agora é de refletir como isso afeta o mundo prático do direito. Afinal, quais são as consequências, para o pensamento jurídico, da adoção de um modelo de legitimação do poder alicerçado no consentimento ético-jurídico? Em que isso afeta, em seu *modus operandi*, a atividade do jurista? Como transformar essa ideia de consentimento ético-jurídico em fundamentos e critérios prático-normativos que possam, de fato, orientar a realização do direito? Que tipos de compromissos e intenções o jurista deve assumir para dar validade àquela proposta de consentimento ético-jurídico? Qual deve ser a atitude do julgador diante de critérios normativos incompatíveis com o consentimento ético-jurídico?

Conforme se verá, a ideia de consentimento ético-jurídico apresentada no capítulo anterior, se bem compreendida, é capaz de oferecer algumas vantagens importantes para o atual estágio de desenvolvimento do pensamento jurídico, pois permite mais abertamente a incorporação de princípios éticos no processo de realização concreta do direito. O debate jurídico não é empobrecido pelo tecnicismo do método jurídico tradicional (assumidamente lógico-subsuntivo), nem pela frieza da linguagem forense própria daqueles modelos hermenêuticos em que a preocupação central da atividade jurídica é captar o sentido de textos. A legitimidade da jurisdição, nessa perspectiva, deixa de ser medida unicamente pela *validade* lógico-formal de fundamento meramente legal, típica de um mo-

delo de legitimação baseada no consentimento político, para ser medida por uma validade ético-jurídica de fundamento axiológico-normativo que transcende a mera legalidade e, portanto, não pode ser esvaziada, nem ocultada, pela legalidade. Com isso, alarga-se substancialmente o pensamento jurídico, ampliando-se o campo de visão do jurista, cujo foco abre-se para outras paisagens para além da compreensão de textos autoritários visando, prioritariamente, à realização do direito justo.

A análise será dividida em duas partes: num primeiro momento, serão apresentadas as principais características da perspectiva normativista, bem como os motivos que justificam a sua superação. Posteriormente, serão apresentados os aspectos principais do jurisprudencialismo de Castanheira Neves, que servirão de base para a construção do modelo aqui proposto. É preciso ressaltar, contudo, que, em aspectos nucleares, será necessário se afastar deliberadamente do posicionamento de Castanheira Neves, até porque há divergências profundas entre a proposta aqui apresentada e o pensamento do jusfilósofo de Coimbra²⁴⁰. Mesmo assim, a aproximação, ainda que parcelar, da ideia de transformação da ética em direito com o jurisprudencialismo parece-me possível e desejável, conforme se verá ao longo deste capítulo.

3.2 Do normativismo ao jurisprudencialismo

O pensamento jurídico tem evoluído ao longo do tempo e com ele também evoluem as propostas metodológicas de solução dos conflitos jurídicos. Essa evolução opera-se em vários aspectos: nas fontes de informação disponíveis, nas técnicas de interpretar essas fontes, nas formas de justificar a decisão, no estilo de debate, no processo de deliberação, nos sujeitos autorizados a participar desse processo, nos fundamentos e critérios utilizados pelas partes para convencer o julgador, nos argumentos

240 Algumas dessas divergências decorrem de uma substancial diferença nos paradigmas intelectuais que circundam as tradições culturais que estão por detrás de cada proposta. Enquanto Castanheira Neves funda sua perspectiva numa concepção prático-prudencial que remonta a Aristóteles, a matriz intelectual que moldou a proposta aqui desenvolvida tem origem no pensamento liberal. Daí porque não será possível adotar uma assimilação total do jurisprudencialismo proposto por Castanheira Neves a fim de desenvolver a ideia de *transformação da ética em direito* orientada pela *expansão do círculo ético*, o que será feito no Capítulo 5.

utilizados pelo julgador para convencer as partes, entre vários outros. Por esse motivo, qualquer teoria do método jurídico tem que ser historicamente situada²⁴¹ (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 13).

Para compreender a dinâmica evolutiva das propostas jusmetodológicas, basta fazer um breve apanhado histórico de alguns momentos importantes do direito a fim de perceber como os juristas solucionavam os problemas jurídicos nas suas respectivas épocas.

Os romanos, por exemplo, adotavam o conhecimento produzido pelos jurisconsultos como fonte máxima do direito. Os jurisconsultos, que faziam parte de uma classe profissional a serviço do direito, partiam de problemas hipotéticos, inspirados em casos reais, e tentavam desenvolver argumentos tópicos, visando construir um corpo de conhecimento sistemático que pudesse servir para solucionar os problemas práticos submetidos aos magistrados, sempre numa perspectiva *casuística* e *prudencial*. A função do juiz romano era, essencialmente, através do debate judicial e da observação de exemplos, descobrir a decisão mais justa, ou seja, a que melhor se ajustava à sua finalidade, a partir daquilo que se pode chamar de *casuismo tipificado*. (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 12) (EHRlich, 2005, p. 86) (BILLIER; MARYOLI, 2005, p. 98/110) (VILLEY, 2007, p. 52/68). Não havia, para os romanos, uma rígida distinção entre direito (*ius*) e justiça (*iustitia*), reforçando a ideia de que a prática jurídica era essencialmente prudencial, buscando-se solucionar cada caso com equidade²⁴².

Na Idade Média, o conhecimento produzido pelos jurisconsultos passou por um processo de sistematização e codificação mais elaborado, transformando o saber jurídico em um *dado* prescrito pelas autoridades constituídas. Pode-se citar, como ilustração desse modelo, a publicação,

241 “Os pensamentos jurídicos revelam-se deste modo entidades culturalmente históricas”.

242 Aliás, a respeito disso, Ulpiano foi claro ao afirmar que “convém a quem pretende dedicar-se ao direito saber, de início, de onde vem o termo *ius* (direito): *ius* vem de *iustitia*. Celso, com muita propriedade, define o direito como a arte do bom e do justo. Por essa razão, há quem nos chame sacerdotes, pois cultuamos a justiça, professamos o conhecimento do bom e do justo, discernimos o lícito do ilícito, para levar os homens a serem bons não só por medo do castigo, mas também pela motivação dos prêmios e a se empenharem na busca, se não me engano, da verdadeira e não da falsa filosofia” (CUNHA, 2010, p. 23). Ulpiano foi ainda o responsável pelo desenvolvimento dos famosos preceitos que sintetizariam o sentido do direito e que tiveram grande influência no desenvolvimento do direito de inspiração romana: dar a cada um o que é seu (“*suum cuique tribuere*”), viver honestamente (“*honeste vivere*”) e não causar danos (“*alterum non laedere*”).

no século VI, do *Corpus Juris*, por ordem do imperador bizantino Justiniano I, que reuniu o pensamento dos principais jurisconsultos romanos, consolidando-o em um grande código escrito que continha um minucioso catálogo de soluções para os problemas jurídicos mais comuns e previsíveis. Esse processo de codificação do direito também foi influenciado pelo direito canônico, que era o conjunto de normas (ou cânones) adotadas pela Igreja para regular a vida eclesiástica. Foi justamente nesse período que começou a se desenvolver o apego dos juristas aos textos e às regras gerais, inclusive por influência dos clérigos, que contribuíam ativamente para a compreensão escolástica do direito²⁴³. Partia-se do princípio de que a solução de um problema poderia ser encontrada em um texto previamente escrito, cabendo ao jurista usar técnicas interpretativas e artifícios lógicos para descobri-la. O texto era sacralizado, como se fora uma revelação divina representativa de uma ordem natural, a expressar a vontade das autoridades legítimas (de Deus, da Igreja, do Imperador, dos Senhores etc.). Como o material de trabalho do jurista medieval era o texto (o dado literário), a sua forma de atuação era essencialmente analítico-comentária, mediante processos logicistas da metódica escolástico-retórica (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 12). Nesse aspecto, também merece ser destacada a importância dos glosadores e da Escola de Bolonha para a fixação do texto como núcleo central da atividade do jurista e como fonte de uma verdade absoluta e inquestionável. Os glosadores moldaram na mente de incontáveis gerações de juristas a ideia de que o texto romano tinha uma autoridade mística e que os conflitos jurídicos poderiam ser solucionados com base em regras construídas a partir daquela fonte original de conhecimento (WIEACKER, 2004, p. 53/67).

Na modernidade, as leis aprovadas pelo parlamento transformaram-se na fonte por excelência do direito, substituindo, pelo menos em parte, a autoridade dos jurisconsultos pela autoridade dos políticos. O direito romano deixou de ser a instância única de arbitragem para os conflitos jurídicos, cedendo espaço para os textos produzidos no âmbito de um

243 Sobre isso, Franz Wieacker esclarece que “aquilo a que nós hoje chamamos ensino do direito era, portanto, também a formação geral dos clérigos, destinada às tarefas pastorais, eclesiásticas e mundanas, ainda que o aluno da escola conventual acabasse por não ingressar no estado eclesiástico” (WIEACKER, 2004, p. 30).

processo legislativo de natureza política. A ideia de Estado de Direito, juntamente com a técnica da separação de poderes, e da crença na soberania popular, deram fundamento político a essa concepção, conforme já visto. O parlamento seria o órgão responsável pela aprovação das regras jurídicas que regulamentariam a vida em sociedade, restando à função judicial o papel de aplicar a norma geral aos casos concretos que surgissem. A partir daí, consolidou-se a mentalidade predominantemente hermenêutica da atividade jurídica, onde a preocupação central do jurista seria focada na interpretação dos textos incorporados aos códigos legais. A codificação dos critérios jurídicos teve e ainda tem uma função eminentemente prática: numa sociedade massificada, em que os conflitos se repetem com certa frequência, seria inviável tentar encontrar uma “solução específica para cada caso”, pois isso demandaria muito tempo, dificultaria a busca pela previsibilidade do direito e poderia gerar um tratamento desigual para situações semelhantes. Daí a criação de códigos minuciosos e abrangentes, estabelecendo um catálogo de soluções padronizadas para problemas previsíveis e repetitivos. As soluções jurídicas não precisariam mais ser encontradas “caso a caso” a partir das fórmulas argumentativas desenvolvidas topicamente pelos grandes juristas em textos dispersos. Para descobrir a resposta para um dado problema, bastaria encontrar a regra legal correspondente, que já estaria estabelecida previamente em um documento escrito com força vinculante acessível a todos. Eis a origem do legalismo²⁴⁴.

Mais recentemente, a Constituição adquiriu um *status* normativo especial e tem sido, em muitos países, a principal fonte dos critérios e fundamentos adotados nas decisões judiciais, funcionando, inclusive, como

244 A esse respeito, Castanheira Neves sustentou que, desde então, o jurídico deixou de ser o mundo de soluções normativas para problemas práticos concretos, individualizados na sua problematicidade concreto-material e nas suas circunstâncias históricas, “para ser antes um sistema normativo prescrito, que já em si mesmo e previamente define a sua unidade, e que se propõe impor à realidade humano-social essa sua racionalidade normativa, antecipada e logicamente construída”. Com isso, a solução jurídica deixa de ser o resultado a ser constituído através de uma ponderação e elaboração normativa problematicamente também concreta para se tornar “uma conclusão a obter dedutivo-logicamente do sistema em que aqueles problemas se não-de-reconduzir (subsumir) mediante uma redução de *species* a *genus*, mediante uma redução sistemático-conceitual que vê nesses problemas tão-só casos particulares de aplicação de um abstracto geral” (CASTANHEIRA NEVES, 2002a, p. 25).

limite material e processual ao Poder Legislativo, dentro da técnica de controle de constitucionalidade/jurisdição constitucional. Os direitos fundamentais também passaram a ocupar uma posição jurídica privilegiada, conforme já visto, assumindo uma dupla dimensão normativa, onde ora funcionarão diretamente como fonte de direitos subjetivos, reivindicáveis ou exigíveis na via judicial (dimensão subjetiva), ora como um sistema de valores a orientar todo o processo de interpretação e realização do direito (dimensão objetiva). Houve ainda a valorização dos princípios e, com isso, a ponderação de valores passou a fazer parte integrante da atividade dos juristas, embora, nesse aspecto, as divergências metodológicas sejam bastante acentuadas. Visível igualmente é a presença cada vez menos dissimulada de elementos extralegais na construção das soluções jurídicas, de tal forma que fatores axiológicos, econômicos, políticos, culturais etc. têm ingressado no debate jurídico sem qualquer constrangimento. Paralelamente a isso, percebe-se um grande aumento de importância dos precedentes (*case law*), especialmente aqueles produzidos pelas cortes constitucionais e tribunais internacionais e, conseqüentemente, o aumento de importância do chamado direito judicial, inclusive em sistemas com tradição romano-germânica. Do mesmo modo, aos poucos, os tratados internacionais têm surgido como alternativa ao modelo constitucional, e já se defende até mesmo a jurisprudência estrangeira como fonte do direito²⁴⁵. É possível notar o desenvolvimento de um sistema jurídico em rede, com vários centros de poder e diversas fontes normativas, cujo arranjo institucional ainda está longe de ser bem compreendido²⁴⁶.

Como se percebe, o método jurídico tem passado por um contínuo processo de evolução e auto-superação para adaptar-se ao contexto global em que está inserido. Por esse motivo, não se deve estranhar que os pensamentos jurídicos romano, medieval, moderno-iluminista e atual sejam tão diferentes nos seus propósitos, nos seus métodos, nas suas for-

245 Nesse sentido, a Constituição da África do Sul estabelece, no seu artigo 39, que os juízes sul-africanos, ao interpretarem a declaração de direitos "(a) must promote the values that underlie an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom; (b) must consider international law; and (c) may consider foreign law", estabelecendo, portanto, que a jurisprudência dos tribunais internacionais é obrigatória e a jurisprudência estrangeira pode ser observada sempre que possível.

246 Esse tema será retomado no Capítulo 5, tendo como base o *transconstitucionalismo* de Marcelo Neves.

mas de raciocínio e tipos de juízo (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 13). Tais diferenças acentuam a crença de que o direito não é um mero dado da história, mas um projeto histórico-cultural que se transforma e pode transformar a realidade, razão pela qual os juristas devem estar preparados para captar essas mudanças não apenas como agentes passivos que presenciavam os acontecimentos históricos, mas também como sujeitos pensantes capazes de fazer a história e, como tais, responsáveis pelas suas decisões e atitudes.

A proposta jurisprudencialista, desenvolvida por Castanheira Neves a partir da segunda metade do século XX, também faz parte de uma conjuntura histórica particular. Ela surge dentro de um contexto de reconstituição crítica do sentido do direito, buscando recuperar a sua dimensão ética, e de superação do formalismo contido nas propostas normativistas que floresceram na Europa a partir do século XIX e alcançaram seu ápice no século XX.

Recuperar a dimensão ética do direito foi uma preocupação constante na teoria do direito do pós-Segunda Guerra, impulsionada, entre outros motivos, pela deturpação de diversos instrumentos jurídicos durante os regimes totalitários, sobretudo alguns princípios fundamentais da juridicidade. A superação do normativismo, por sua vez, surge em um contexto semelhante, porém mais complexo, em razão da grande influência exercida pelas diversas vertentes do positivismo nas mais importantes escolas de direito do mundo.

O jurisprudencialismo floresce, portanto, em um momento de profunda crise e busca superá-la por meio de uma autocompreensão e reconstituição do sentido do direito. Sua perspectiva é a perspectiva do jurista que não apenas observa o fenômeno jurídico, mas também participa ativamente do sistema institucional de solução de conflitos (com as vantagens e desvantagens que tal envolvimento possa ter). Também é uma perspectiva crítica, mas, sobretudo, reflexiva, necessariamente comprometida com o resultado concreto de sua atividade, pois compreende que o direito, nessa perspectiva, necessariamente possui uma intenção de validade²⁴⁷. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 11/12). Assim, o papel do

247 Por outro lado: “o que não significa que *um momento analítico-descritivo* não seja importante e mesmo indispensável: não decerto com o valor de cânone (‘a prática é que decide’), mas como possibili-

jurista, na perspectiva jurisprudencialista, não se limita descrever passivamente o mundo a sua volta, mas, como participante ativo do sistema jurídico, cabe a ele tentar influir para melhorar a vida dos seres humanos, funcionando como “mediador da convivência ética” (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 19). Por conta disso, o direito é tratado não como algo etéreo, abstrato, dissociado da realidade, mas como uma prática cultural que foi elaborada e está sendo elaborada por seres humanos para tornar a vida comunitária possível. O direito assim concebido nem é pura abstração, nem pura facticidade, mas um dever ser que se realiza.

A realização concreta do direito é o ponto de reflexão mais relevante para o jurisprudencialismo. O seu foco de análise é, portanto, menos a norma geral e abstrata (função legislativa) e mais a decisão concreta (função jurisdicional). Seu objetivo primordial é refletir sobre o método jurídico na perspectiva daqueles agentes que tenham uma direta responsabilidade institucional pela concreta realização do direito, especialmente o juiz. Ele – o juiz – deixa de ser um mero funcionário “servidor passivo de qualquer legislador, simples burocrata legitimante de coação” para assumir o compromisso ético que “constitui o direito como a expressão da humana coexistência”, procurando reafirmar a dimensão ética da juridicidade para que o direito possa realizar uma específica ordem de validade em que o homem se assuma como sujeito ético, dotado de autonomia e responsabilidade (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 13). Tal proposta, nas palavras de Castanheira Neves (2009b, p. 4), “será axiológico-normativa nos fundamentos, prático-normativa na intencionalidade e judicativa no *modus* metodológico”.

O jurisprudencialismo, enquanto perspectiva de compreensão interna, prática e reflexiva do fenômeno jurídico, preocupado com a busca de uma validade e de um sentido para o direito, tem como contraponto o normativismo, sobretudo em sua feição mais formalista, que ainda hoje

dade de denúncia e de desmistificação do academismo metódico de que não raro a metodologia tem sofrido ao enunciar esquemas que ignoram os verdadeiros problemas e as exigências decisivas com que se depara a prática jurídica, e por isso nessa prática nunca cumpridos – trata-se daqueles ‘métodos de escola’ que, como observa Esser, ‘para o juiz não significam nem auxílio, nem *contrôle*’ (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 14/15).

exerce grande influência no pensamento jurídico. Vejamos, pois, os principais alicerces que estruturam o pensamento normativista²⁴⁸.

3.3 Os pilares do normativismo

Tendo como núcleo central a valorização da norma como elemento essencial do fenômeno jurídico, o normativismo é capaz de abarcar movimentos intelectuais antagônicos que, apesar de suas diferenças, seguem determinadas coordenadas comuns, como a adoção da norma como ponto de partida metodológico, a conceituação do direito como um sistema de normas e a crença de que o pensamento jurídico é intencionalmente referido a normas, visando, em última análise, aplicar normas (paradigma da aplicação)²⁴⁹. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 287, anexo)

Assim, o núcleo comum daquilo que se está rotulando de normativismo é a valorização da norma em várias perspectivas (ideológica, metodológica e epistemológica), que merecem ser distinguidas, pois nem sempre andam juntas. Sob a perspectiva ideológica, o normativismo enaltece a autoridade estatal e propõe uma fiel observância ao sistema de leis positivas. Sob a perspectiva metodológica, o normativismo valoriza a busca de objetividade no processo de aplicação do direito e, para isso, tenta

248 Antes de prosseguir um breve esclarecimento. O normativismo, conforme se verá, tem muitos pontos de contato com o positivismo jurídico, razão pela qual seria possível questionar o motivo de não se adotar a já conhecida nomenclatura. A preferência pela expressão normativismo justifica-se com base em vários argumentos. Em primeiro lugar, a expressão “normativismo” abrange um número maior de propostas jurídicas, inclusive algumas facetas do jusnaturalismo. Em segundo lugar, a expressão “positivismo jurídico” tem sido usada para se referir a perspectivas muito diferentes entre si, de modo que é melhor evitar o seu uso não adjetivado para não causar mal-entendidos. Desse modo, em algumas passagens, a palavra “positivismo” será usada, mas sempre acompanhada de um esclarecimento sobre o seu uso. Por exemplo, para se referir à concepção mais legalista do pensamento jurídico, será adotada a nomenclatura “positivismo legalista” ou “positivismo formalista”. No mais, tentar-se-á ao longo deste capítulo analisar, com um olhar crítico, cada uma das teses que costumam ser vinculadas ao pensamento positivista para diferenciá-lo da proposta jurisprudencialista.

249 Castanheira Neves aponta inúmeras condições e múltiplos fatores que concorreram para a ascensão do normativismo, todas relacionadas à condição filosófico-cultural da modernidade. Haveria, assim, um fator antropológico, consistente na crença na autonomia individual (individualismo); um fator religioso, consistente no movimento de secularização do estado (secularismo); um fator cultural, consistente na valorização da racionalidade (racionalismo e, especificamente, o jusracionalismo); um fator econômico, consistente na emergência do capitalismo; e um fator político, relacionado ao surgimento do estado de direito, alicerçado na separação de poderes e no contratualismo a ele sempre vinculado (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 15).

desenvolver técnicas visando diminuir o arbítrio judicial. Por fim, em uma perspectiva epistemológica, há várias propostas normativistas que estudam as conexões entre o direito, a justiça e a moral, tentando estabelecer um conceito de direito a partir de uma análise das normas existentes em uma determinada sociedade.

Considerando que cada uma dessas perspectivas pode ser compreendida de forma independente, vale analisar cada uma de *per se*, devendo ser esclarecido, desde já, que é possível aceitar uma determinada perspectiva isoladamente sem necessariamente aderir a todas, o que será fundamental para esclarecer muitos equívocos a respeito do positivismo jurídico.

3.3.1 Perspectiva ideológica

A perspectiva ideológica do normativismo pretende afirmar o estado como o principal – senão único – responsável pela produção do direito. O estado passa a ser o titular, em regime de monopólio, da violência juridicamente autorizada, centralizando o poder político em um só corpo, ainda que funcionalmente separado em órgãos distintos. Com maior ou menor intensidade, há uma reverência à autoridade, mais especificamente à autoridade estatal, justificada pela expectativa de segurança proporcionada pela existência de um ordenamento estável preestabelecido e uma instituição oficial com poder suficiente para impor o respeito às prescrições contidas nesse ordenamento. O direito, nesse aspecto, estaria intimamente ligado ao poder e à força, reivindicando a obediência de todos os membros da sociedade.

Conforme visto no Capítulo 2, uma das mais influentes justificativas para tal perspectiva foi desenvolvida por Thomas Hobbes, que formulou uma sofisticada teoria para defender que o dever incondicional de respeito às ordens seria um imperativo da razão. O culto à autoridade, desde então, ganhou uma roupagem pretensamente racional e passou a circundar as principais escolas do pensamento jurídico. É certo que parte do autoritarismo decorrente da proposta hobbesiana foi mitigada com o desenvolvimento da teoria da soberania popular e da democracia representativa que lhe seguiu. Mas o legalismo continuou presente nas principais propostas iluministas, especialmente as de Rousseau e Kant.

O arranjo institucional desenvolvido a partir daí, alicerçado no princípio da separação de poderes, conferiu a função de elaborar regras jurídicas ao Poder Legislativo, que se tornou o centro de poder responsável pela formulação dos critérios normativos válidos e vinculantes para toda a sociedade. A supremacia do legislador fundava-se em uma crença de que parlamentares eleitos seriam fiéis representantes da vontade geral, de modo que apenas as leis democraticamente aprovadas por uma assembleia escolhida pelos cidadãos poderiam ter a pretensão de se apresentarem como válidas. Além disso, um sistema político baseado em eleições periódicas garantiria, pelo menos em teoria, o autogoverno da sociedade, conciliando o ideal de autonomia pressuposto pelo pensamento iluminista como fonte da dignidade com as prescrições heterônomas contidas na legislação.

Nesse modelo, a legitimação decorreria do consentimento político, onde o fator mais relevante para a validação da norma não é o seu conteúdo em si, mas o procedimento de aprovação da resposta estatal. Em termos práticos, a validade jurídica ficaria condicionada a um modelo de deliberação política, cuja principal característica seria a participação do povo na escolha dos legisladores. Assim, a arena política tornar-se-ia a fonte por excelência do direito válido, gerando uma confusão conceitual entre o direito e a lei, de modo que as normas legais seriam os únicos critérios aceitos para a solução dos problemas jurídicos²⁵⁰.

O sistema normativo, nesse modelo, tinha uma índole formal e totalizante, na medida em que pretendia abarcar todas as relações sociais, fornecendo uma resposta específica e predeterminada para cada problema concreto que eventualmente surgisse. Toda conduta humana deveria ser enquadrada como obediência ou desobediência às normas gerais previamente aprovadas por um sistema de leis capaz de regular a vida social em todos os seus aspectos. Tal pretensão de completude era justificada com base na ideia de previsibilidade e segurança: em um modelo de regras, seria fundamental que todos soubessem antecipadamente quais as consequências jurídicas de seus atos. Assim, o direito alcançaria o tão almejado ideal de estabilização e pacificação que estaria na base de seu fundamento.

250 No mesmo sentido: CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 15.

3.3.2 Perspectiva metodológica

A perspectiva ideológica do normativismo teve claros reflexos na metodologia jurídica. O culto à lei e ao legislador justificou, no plano metodológico, a defesa da estrita fidelidade aos textos legais. Vários métodos de interpretação sugeriam que o juiz deveria tentar encontrar a vontade subjetiva do legislador, interpretando os textos jurídicos conforme a intenção histórico-psicológica daqueles que os elaboraram no momento de sua aprovação. Assim, caberia ao jurista investigar empiricamente a intenção daquela autoridade que editou a norma, a fim de descobrir a sua vontade autêntica. Vários foram os juristas que, a seu modo, defenderam que o juiz deveria interpretar a lei de acordo com esse método. Savigny, por exemplo, dizia que o intérprete da lei deveria “se colocar na posição do legislador e deixar que se formem, por esse artifício, os respectivos ditames”. Windscheid, do mesmo modo, defendia que o jurista deveria buscar, na interpretação das leis, o sentido que “o legislador ligou às palavras por ele utilizadas” e executar o pensamento do legislador, levando em consideração tanto as circunstâncias jurídicas que estiveram presentes no seu espírito quando ditou a lei quanto os fins por ele perseguidos. Schönfeld, de igual modo, sustentava que a integração do direito deveria ocorrer “segundo o espírito e o sentido da lei na qual se encontra”, devendo o juiz atuar como uma espécie de representante do legislador²⁵¹.

Outros juristas, conscientes dos problemas práticos decorrentes dessa proposta, defenderam que a interpretação jurídica deveria perseguir não a vontade subjetiva dos legisladores, mas a vontade objetiva contida na lei, como se a lei tivesse uma vontade própria que poderia ser obtida independentemente dos motivos subjetivos daqueles que a elaboraram. A finalidade era forçar o jurista a investigar um suposto sentido objetivo do texto, a fim de captar o significado de suas palavras no momento atual e não da época de sua aprovação. Isso pressupunha a crença numa racionalidade inerente à lei, inconfundível com a racionalidade subjetiva do legislador, cuja principal vantagem prática, além de escapar dos labirintos da psicologia legislativa, era permitir uma atualização constante

251 Sobre essas propostas: LARENZ, 2009.

do sentido do texto, a fim de adequá-lo ao momento de sua aplicação, possibilitando a sua incidência até mesmo em situações não imaginadas pelo legislador. Por outro lado, muitos acusavam o método objetivo de transformar os intérpretes em senhores absolutos da ordem jurídica, apropriando-se do texto e usurpando a função legislativa²⁵².

Em todo o caso, tanto na proposta subjetiva quanto na objetiva, o texto jurídico era o núcleo central do método jurídico e a base de preocupação do jurista. Como assinalou Castanheira Neves, ao criticar as propostas normativistas do século XIX, “o direito, como vontade legislativa, não poderia deixar de oferecer-se num texto, e que sendo o texto o momento objectivo daquela vontade, esta e o direito são verdadeiramente, e só, o seu texto, ou com ele identificado”. (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 141/142).

Nas versões mais extremas dessa corrente ideológica que defendia uma forte vinculação entre a vontade legislativa, o texto legal e a validade jurídica, chegou-se ao cúmulo de postular a ilegitimidade de qualquer interpretação judicial, pois se entedia que interpretar a lei seria uma forma de corrompê-la. Alguns códigos positivaram essa orientação, mas sofreram tantas críticas que tiveram que ser revistos. Afinal, o próprio texto legal que proibia a interpretação judicial precisava ser interpretado para ser compreendido. Tratava-se, portanto, de uma regra que se autorrefutava, pois não é possível captar o sentido de texto sem interpretá-lo²⁵³. De qualquer modo, percebe-se claramente uma preocupação de se limitar o arbítrio judicial, no sentido de evitar que os juízes alterem, pela via interpretativa, o sentido do texto aprovado pelo legislador. Temia-se o arbítrio judicial, não apenas por se desconfiar dos magistrados, mas, sobretudo, porque se acreditava que a produção do legítimo direito seria uma função exclusiva do Poder Legislativo.

Do ponto de vista metodológico, defendia-se que a atividade jurídica deveria ser um processo subsuntivo com pouca ou nenhuma margem de discricionariedade para o aplicador da regra. O processo decisório deve-

252 Sobre isso: Fernando Bronze (2012, p. 298).

253 A mesma crítica é lançada contra o brocardo latino “*in claris cessat interpretatio*”. Essa frase é criticada porque mesmo quando a lei é semanticamente clara, ainda assim é necessário interpretá-la. O jurista somente saberá se a lei é clara após um esforço, ainda que mínimo, de interpretação. Sobre isso: CASTANHEIRA NEVES, 2003a, p. 16/27.

ria se guiar por um silogismo perfeito, em que a lei seria a premissa maior, a conduta fática concreta seria a premissa menor, e a sentença seria a conclusão. A partir daí, extraía-se a solução para o caso, exatamente como um geômetra faria se estivesse solucionando um problema matemático. A atividade do juiz seria, nesse sentido, uma pura operação lógica, onde o julgador aplicava a lei ao caso concreto, não devendo acrescentar qualquer vontade própria no resultado do silogismo, *declarando* a vontade do legislador tal como manifestada no texto legal e reproduzindo, sem tirar nem por, o critério previamente formulado pelo legislador (extraído das palavras por ele utilizadas)²⁵⁴.

Obviamente, o quadro acima descrito é uma versão simplificada de diversas propostas metodológicas que circundam o normativismo. Aliás, é preciso deixar claro que as versões mais formalistas e radicais do normativismo ideológico e metodológico podem ser consideradas como *corpos estranhos* mesmo no pensamento jurídico mais tradicional. A esse respeito, merece destaque o estudo de Brian Z. Tamanaha sobre o confronto entre o formalismo e o realismo jurídicos na tradição anglo-saxã²⁵⁵. (TAMANAHA, 2010). Na citada obra, Tamanaha apresentou dados convincentes, coletados de uma base bibliográfica abrangente e bem representativa, que demonstram que o formalismo jurídico, pelo menos em sua versão mais caricatural, nunca foi, efetivamente, defendido pelos juristas norte-americanos, mesmo durante o século XIX. Para Tamanaha, juristas anti-formalistas como Oliver Wendell Holmes Jr., Roscoe Pound, John Chipman Gray, Karl Llewelyn, Jerome Frank e vários outros, distorceram o pensamento de alguns juristas considerados formalistas (dentre os quais muitos juízes do século XIX e início do século XX), omitindo passagens importantes de suas obras que indicam que, em rigor, nenhum deles pensava seriamente que o direito seria um sistema coerente, completo e perfeito de regras a serem descobertas e aplicadas a partir de um processo mecânico de

254 Como explica Castanheira Neves, ao criticar tal metodologia: “o texto não será o único factor interpretativo, mas o *que* se interpreta é a expressão (verbal) da vontade do legislador – porventura *além* do texto, mas não *sem* texto ou *contra* o texto, pois o que se investiga é o que o legislador quis *através* daquele texto” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 142).

255 O objetivo central do referido livro, nas palavras do próprio autor, “*is to recover na understanging of judging now obscured by formalist-realist divide that has prevailed for well over a century*” (TAMANAHA, 2010, p. 6).

dedução ou subsunção²⁵⁶. Na verdade, a imensa maioria dos juristas do *common law*, já no século XIX, tinha consciência das falhas, limitações e indeterminações do sistema de normas, e reconhecia abertamente que os juízes criavam direito. Além disso, vários juristas afirmavam que os juízes, na sua atividade decisória, eram influenciados por fatores morais e políticos, inclusive preconceitos particulares. Também havia uma percepção de que alguns juízes corrompiam-se ou então manipulavam as leis e os precedentes para satisfazer interesses escusos. Assim, as críticas ao formalismo jurídico já eram bem conhecidas pelos juristas do século XIX, de modo que muitos juristas sabiam que os juízes criam direito e são influenciados por fatores extra-legais nessa tarefa; que as leis podem ser inconsistentes e que juízes diferentes podem chegar a interpretações opostas acerca das mesmas regras (TAMANAHA, 2010, p. 44 e 91). Por outro lado, segundo Tamanaha, mesmo os realistas jurídicos seriam capazes de reconhecer que os critérios jurídicos contidos nas leis e nos precedentes podem orientar e, de fato, em muitos casos, orientam as decisões judiciais. Por isso, ele defende que, podendo-se os excessos caricaturais (de um lado do extremo, o direito seria um sistema perfeito de regras; do outro lado do extremo, toda decisão judicial seria arbítrio), a maioria dos juristas concordaria com aquilo que se pode designar de “realismo moderado”²⁵⁷, que seria um ponto de equilíbrio através do qual se reconhece que as decisões judiciais são influenciadas tanto pelos critérios jurídicos quanto por critérios não jurídicos (políticos, filosóficos, morais, religiosos etc.).

Embora a hipótese sugerida por Tamanaha tenha como pano de fundo o debate jurídico norte-americano do século XX, algumas de suas ideias podem ser aproveitadas para desmistificar a imagem que se criou em torno do formalismo jurídico nos sistemas de *civil law*. Se é certo que, nos sistemas romano-germânicos, os juristas sempre foram mais reticentes quanto à aceitação da criação judicial do direito, poucos foram os juristas que defenderam, ao longo do século XX, um método tão formalista

256 Segundo Tamanaha, “*the story about the legal formalists is largely an invention*”; “*the formalists never speak for themselves*” (TAMANAHA, 2010, p. 3/4).

257 Tamanaha reconhece que seu ponto de vista também poderia ser chamado de “formalismo moderado”. Porém, como a palavra “formalismo” adquiriu uma conotação negativa no meio jurídico, ele prefere designar sua proposta de “realismo moderado”.

quanto aquele que orientou, por exemplo, a Escola da Exegese no século XIX²⁵⁸. Existem certamente juristas formalistas, que ainda seguem a premissa metodológica da aplicação judicial das regras jurídicas e a rígida vinculação dos juízes à lei, mas nenhum chega ao ponto de reconhecer a perfeição do sistema jurídico ou mesmo a plena objetividade do processo judicativo. Justamente por isso, é fundamental distinguir o positivismo jurídico enquanto perspectiva epistemológica ou conceitual do positivismo jurídico enquanto perspectiva ideológica ou metodológica.

3.3.3 Perspectiva epistemológica ou conceitual

As perspectivas ideológica e metodológica do normativismo devem ser cuidadosamente separadas das perspectivas epistemológicas ou conceituais. Juristas e filósofos importantes, como Jeremy Bentham, John Austin, Herbert Lionel Hart, Hans Kelsen, Noberto Bobbio, Joseph Raz, Jules Coleman, Matthew Kramer, Wilfrid Waluchow, Nobert Hoerster, entre inúmeros outros, assumiram abertamente, numa perspectiva epistemológica ou conceitual, a defesa do positivismo jurídico, mas não necessariamente são adeptos do normativismo em seu sentido ideológico e metodológico.

Nesse ponto, a inexistência de um pacto semântico a respeito dos rótulos utilizados para designar diversas teses jurídicas tem gerado vários mal-entendidos entre os juristas, dificultando bastante a compreensão dos problemas de fundo que deveriam ser o foco principal do debate. A confusão decorre, sobretudo, em razão de uma falta de acordo prévio sobre o significado e uso da expressão “positivismo jurídico”, que tem sido adotada para se referir a propostas muito diferentes entre si. Conforme aponta Hoerster, há pelo menos cinco teses que costumam estar associadas ao positivismo jurídico: (a) a tese da lei, que vincula o conceito de direito ao conceito de lei; (b) a tese da neutralidade, que procura desvincular o conceito do direito do seu conteúdo; (c) a tese da subsunção, que defende que a aplicação do direito pode ocorrer de forma subsuntiva livre de valorações; (d) a tese do subjetivismo, pela qual os valores relacionados ao direito justo possuem uma natureza subjetiva; (e) a tese do legalis-

258 Para uma visão aprofundada da Escola da Exegese: CASTANHEIRA NEVES, 1995c, p. 181/191.

mo, segundo a qual as normas jurídicas devem ser obedecidas em todas as circunstâncias (HOERSTER, 2000, p. 11). Essas teses, além de muito diferentes entre si, são também independentes umas das outras, de modo que é possível aceitar algumas delas e, ao mesmo tempo, rejeitar outras, sem incorrer em contradição. Como o rótulo “positivismo jurídico” costuma estar associado a todas essas teses, o ataque ao positivismo é fruto, muitas vezes, de um mal-entendido, onde são atribuídas aos positivistas algumas ideias que, a rigor, eles não defendem. Para Hoerster, a tese que mais se aproxima do modelo defendido pelos positivistas jurídicos contemporâneos seria a tese da neutralidade. Por isso, atacar o positivismo jurídico usando argumentos antiformalistas ou antilegalistas seria um equívoco, já que os positivistas jurídicos também costumam criticar o formalismo e o legalismo.

A fim de fugir dessa confusão e evitar que a identidade de nome se torne mais um obstáculo do que uma ajuda à compreensão das coisas²⁵⁹, o ideal é sempre usar a palavra “positivismo jurídico” de forma adjetivada, ou seja, incluindo o atributo que se deseja enfatizar. Assim, pode-se chamar de positivismo ideológico ou legalista a vertente do pensamento jurídico que defende um forte dever de obedecer às leis, vinculando o conceito de direito ao de lei. Por sua vez, a expressão positivismo metodológico ou formalista pode ser usada para se referir ao conjunto de teses relacionadas ao método lógico-subsuntivo e à valorização do texto da lei como fonte por excelência do direito. Finalmente, o rótulo positivismo epistemológico ou conceitual ou científico seria usado para se referir às diversas propostas de conceituação do direito, visando compreender o direito tal como existe (direito que é) e não a busca de um sentido de direito ideal ou aspiracional (o direito que deveria ser).

Como as principais teses defendidas pelos positivismos ideológicos e metodológicos já foram analisadas, o momento é de compreender o positivismo epistemológico. Os positivistas jurídicos epistemológicos ou conceituais esforçam-se por tentar resolver os principais problemas rela-

259 A crítica é de Sousa e Brito, quando aponta que os positivistas jurídicos contemporâneos se afastaram tanto dos autores mais representativos do positivismo que “a identidade de nome se tornou mais um obstáculo que uma ajuda à compreensão das coisas” (BRITO, 2010, p. 193-205).

cionados ao conceito de direito e de sistema jurídico, tais como o problema da existência (quais são os critérios que definem a existência de um sistema jurídico?), o problema da identidade (quais são os critérios determinam que uma lei particular pertence a um sistema jurídico?), o problema da estrutura (qual a estrutura dos sistemas jurídicos?), o problema do conteúdo (há algum conteúdo comum a todos os sistemas jurídicos?) (RAZ, 1980, introdução).

O problema da existência, por sua vez, está relacionado ao problema da demarcação, a exigir um esforço conceitual capaz de delimitar o direito de outros fenômenos sociais, como a moral, a religião ou os códigos de conduta dos criminosos. Assim, os positivistas jurídicos miram o direito institucionalizado e tentam construir esquemas ou testes de identificação visando definir o que conta e o que não conta como direito em uma dada ordem jurídica. Há um enfoque predominantemente descritivo e explicativo visando captar o sentido do direito tal como ele se manifesta, seja enquanto norma, seja enquanto prática social. O nível de sofisticação de cada proposta é muito variado, como variadas também são as conclusões a que chegam seus defensores, de modo que é muito difícil rotulá-los como membros de um mesmo movimento intelectual. De qualquer modo, um dos principais pontos de convergência refere-se à equiparação entre o direito e o direito positivo (leis, precedentes, costumes etc.), e uma desqualificação epistemológica daquilo que se poderia chamar de teses metafísicas do direito (em particular, as diversas formas de jusnaturalismo), reputadas por muitos como uma abstração sem sentido ou um *nonsense* em pernas de pau, para usar a famosa expressão de Bentham²⁶⁰.

O olhar do positivista epistemológico pretende-se empírico, tal qual o de um observador a analisar rigorosamente um objeto de estudo para compreender seus mecanismos de funcionamento. Daí porque, partindo da constatação inegável de que o direito positivo nem sempre reflete o

260 É preciso ressaltar, conforme sustenta José de Sousa e Brito, que a tese da inexistência do direito natural ou da inexistência de uma moral objetiva não deve ser considerada como uma tese forte do positivismo jurídico, pois existem muitos positivistas que reconhecem a existência de uma ética objetivamente válida. Assim, por exemplo, Bentham e Austin abraçaram o utilitarismo no campo ético; do mesmo modo, Hart, embora defendesse um conceito de direito positivista, desvinculado de elementos valorativos, praticava uma filosofia moral e política de conteúdo material (BRITO, 2010, p. 193-205).

sentimento de justiça presente na sociedade, uma das teses centrais que unifica as principais teorias positivistas é a crença na separação entre o direito e a moral. Porém, mesmo nesse aspecto, há profundas divergências teóricas, pois, para uns, essa separação é meramente contingencial, enquanto, para outros, é necessária e fundamental.

Desde o famoso *post-scriptum* de H. L. Hart, escrito no contexto de seu debate com Ronald Dworkin, surgiram três correntes de pensamento dentro do positivismo jurídico que procuram explicar as conexões entre o direito e outros sistemas normativos: o positivismo exclusivista (“*exclusive legal positivism*”), o positivismo inclusivista (“*inclusive legal positivism*”) e o incorporacionismo (“*incorporacionism*”). O *positivismo exclusivista* defende que os testes de reconhecimento da validade jurídica num determinado sistema jurídico não incorporam nem precisam incorporar critérios morais. Por sua vez, os *positivistas inclusivistas* admitem que os sistemas jurídicos podem, contingencialmente, incorporar critérios morais entre os testes de reconhecimento para identificar a validade jurídica de uma determinada norma. Assim, pode ser o caso, embora não necessariamente seja o caso, de que a validade moral de uma norma seja uma precondição para o reconhecimento do seu *status jurídico* em um determinado ordenamento. Essa precondição não seria, contudo, inerente ao conceito de direito, pois cada sistema possuiria seus próprios testes de identificação, podendo ou não incluir requisitos de validade moral na definição da validade jurídica. O *incorporacionismo*, por sua vez, propõe que pode ser o caso, embora não necessariamente seja o caso, de que a correção (moral) de uma norma seja uma condição suficiente para o reconhecimento do seu *status jurídico*. Assim, embora a correção moral da norma não seja uma condição inerente ao conceito de direito, já que a incorporação moral seria um elemento meramente contingente do fenômeno jurídico, pode ocorrer de um particular regime adotar esse parâmetro de validade²⁶¹. Seguindo uma linha semelhante, Kenneth Einnar

261 Para uma visão esquemática dessas três correntes do positivismo jurídico: KRAMER, 2004, especialmente a introdução, p. 2/3. Ressalte-se que o positivismo exclusivista se opõe tanto ao positivismo inclusivista quanto ao incorporacionismo. Para os adeptos do *Exclusive Legal Positivism*, a verdadeira natureza do direito seria inconsistente tanto com o reconhecimento da validade jurídica de princípios morais quanto com a exigência de critérios morais como parâmetro para a validade de normas jurídicas. Assim, quando juízes ou agentes públicos invocam princípios morais para a solução de problemas concretos, não estão propriamente a aplicar o direito, mas a mobilizar *standards* extrajurídicos ou então a usar princípios jurídicos que possuem *correlatos morais*.

Himma defendeu que existiriam três teses centrais que costumam fundamentar o “*legal positivism*” enquanto perspectiva teórica (ou, na linguagem aqui adotada, epistemológica): (a) a tese do fato social (“*social fact thesis*”); (b) a tese da convencionalidade (“*conventionality thesis*”); (c) e a tese da separabilidade (“*separability thesis*”). A tese do fato social sugere que a existência do direito torna-se possível em virtude de determinados fatos sociais relevantes, de modo que a identificação do que conta e o que não conta como direito dependeria de uma análise da presença dos referidos fatos sociais. A tese da convencionalidade significa que o parâmetro de validade do direito seria estabelecido por uma convergência de comportamentos e atitudes (“*behavior and attitude*”) expressas em bases sociais ou convencionais. Por sua vez, a tese da separabilidade, no seu nível mais geral, nega que possa existir uma necessária sobreposição entre o direito e a moralidade. A distinção básica entre o positivismo inclusivo e o exclusivo, de acordo com Himma, residiria na tese da separabilidade, pois os inclusivistas (também conhecidos como “*soft positivists*”) admitem que alguns sistemas jurídicos possam incluir parâmetros morais como elemento de validade das normas jurídicas, ao passo que os exclusivistas (também conhecidos como “*hard positivists*”) entendem que a validade do direito sempre pode ser determinada a partir da análise de fatos sociais, não havendo necessidade, nessa busca, de mobilizar princípios de moralidade. No mais, ambos estariam comprometidos com a tese do fato social e da convencionalidade, embora também possam existir muitas divergências acerca de quais fatos sociais seriam relevantes para explicar a validade jurídica e de quais as características necessárias para que uma convenção seja capaz de conferir autoridade ao critério de validade pactuado. (HIMMA, 2002).

A origem e o contexto de cada uma dessas propostas serão analisados com detalhes mais à frente. Por ora, é preciso perceber que a feição epistemológica do positivismo é muito diferente do legalismo e do formalismo. As críticas ao normativismo que serão analisadas no próximo tópico dirigem-se, sobretudo, à sua feição ideológica e metodológica. O que se combate, particularmente, é o normativismo formalista que eclodiu no século XIX, inclusive suas feições mais moderadas, que, mesmo reconhecendo as falhas e insuficiências do sistema normativo, desviam o foco do problema jurídico para a análise de textos legislativos estabelecidos em procedimentos políticos nem sempre comprometidos com os valores da dignidade que deve-

riam inspirar a prática jurídica. As novas faces do positivismo (inclusivista, exclusivista e incorporacionista) não são propriamente defesas do normativismo formalista, de cunho legalista e cartesiano, mas justamente o oposto disso. São, na verdade, tentativas de compreender as conexões do direito positivo com os princípios morais e éticos, a partir de uma constatação de que, de fato, o método jurídico da atualidade não é um método de aplicação mecânica de leis aprovadas pelo Legislativo. Por isso, as críticas que serão formuladas contra o normativismo atingem mais diretamente a sua pretensão ideológica e metodológica e não necessariamente a pretensão epistemológica dos diversos positivismos “não legalistas”²⁶².

3.4 A superação do normativismo ideológico e metodológico

As principais teses que alicerçam o normativismo em seu sentido ideológico e metodológico floresceram por volta do século XIX e se tornaram tão conhecidas que passaram a integrar o imaginário popular a respeito do sistema jurídico, como bem demonstram a metáfora do juiz escravo da lei ou os diversos aforismos desenvolvidos para justificar a rigorosa aplicação das regras legais.

É certo que não podemos superdimensionar a predominância do formalismo no pensamento jurídico, pois, conforme demonstrou Tamanaha, poucos juristas, mesmo no século XIX, defendiam as teses mais radicais acerca da perfeição e plenitude do sistema normativo ou da suficiência do texto legal para a solução dos problemas jurídicos. Mesmo assim, não há como negar que as teses da subsunção e da vinculação ao texto ainda hoje exercem grande fascínio entre os juristas e, por isso, merecem ser analisadas com um olhar crítico.

262 Isso não significa que o positivismo epistemológico ou conceitual mereça ser poupado de críticas. Conforme se verá, também essa feição do positivismo pode ser alvo de questionamentos, embora em um tom mais brando, já que a divergência é mais abstrata do que concreta. O que está em jogo, basicamente, é saber qual é a melhor perspectiva a ser adotada pelo jurista, não só para compreender o fenômeno jurídico como um todo, como também para solucionar problemas jurídicos reais. Mais à frente, serão analisadas as principais diferenças entre o positivismo jurídico epistemológico e o jurisprudencialismo.

No presente tópico, serão desenvolvidos alguns argumentos que serviram para minar a credibilidade do normativismo ideológico e metodológico, focando em quatro pontos centrais: (a) a crise da autoridade eticamente descomprometida; (b) a impossibilidade metódica do substantivismo; (c) a redefinição da importância do texto normativo; (d) o reconhecimento do caráter ideológico do normativismo, sobretudo em sua feição mais legalista.

3.4.1 A crise da autoridade e o pecado original do normativismo

Desde que o ser humano assumiu-se como um ser dotado de dignidade, a legitimidade do exercício do poder deixou de ser uma legitimidade imposta pela força para ser uma legitimidade a ser conquistada pelo convencimento e pela justificação dos atos perante seus destinatários. As autoridades constituídas durante o século XX não fizeram por merecer essa legitimidade. A quantidade de sofrimento causado por atos de autoridades legalmente constituídas foi incalculável. Guerras, campos de concentração, massacres, extermínio em massa: tudo isso gerou um profundo descrédito do poder oficial, inclusive das instituições legislativas e jurisdicionais. Por conta desse descrédito, as instituições precisaram reformular suas práticas e discursos para recuperarem a credibilidade perdida. O legalismo e o formalismo a ele inerente certamente perderam grande parte de seu encanto a partir daí, sobretudo porque retiraram do direito aquilo que ele tinha de mais importante, que é a sua validade ético-jurídica e a sua função de controle do poder. Ao identificar o direito com o estado, confundindo também o jurídico com o político, o normativismo formalista suprimiu do direito a possibilidade de servir como instância de fiscalização do poder, tornando-o, pelo contrário, um eficaz instrumento (um álibi legitimante) a serviço dos fins ideológicos mais perversos.

Foi fácil desse modo degradar-se a mero instrumento técnico, na inteira e exclusiva disponibilidade de um legislador, a simples processo de emissão de ordens autoritárias em massa – e quando não o meio de legitimar formalmente os mais ignóbeis fins políticos, como no-lo mostra a triste experiência do nosso tempo. (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 28; 1967, p. 592/593).

A substituição da validade jurídica por uma legitimidade política meramente formal pode ser considerada, como defendeu Castanheira Neves, o pecado original das propostas normativistas. Afinal, ao ser excluída do direito a sua autonomia normativamente material, imputando à política a tarefa de dar-lhe conteúdo normativo, “a dimensão jurídica acabava por ser reduzida a uma racionalidade normativamente formal definida por uma legalidade (o direito seria só forma legal, a forma normativo-legal dos objectivos e da acção práticos) e então a lei nessa forma legal, e pela correlativa elaboração dogmática, garantiria a sua autonomia jurídica, mas para assumir materialmente uma teleologia não jurídica”. (CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 242). Com isso, o direito se tornaria mero expediente a serviço de uma teleologia heterônoma (instrumental-estratégica), perdendo seu sentido próprio e a sua função crítica de controlar a validade do exercício do poder, como um dócil instrumento técnico ao serviço do plano político, inclusive os mais perversos²⁶³.

Mas não se deve atribuir à crise de legitimidade das autoridades constituídas um papel exagerado no declínio do normativismo, pois qualquer modelo jurídico, para ter efetividade, depende, em maior ou menor grau, de instituições com autoridade para impor obediência²⁶⁴. A diminuição do prestígio do estado nacional não gerou, obviamente, o fim da autoridade, mas apenas a fragmentação do poder estatal por outros centros de influência. Basta observar que o chamado “crepúsculo da legislação”, que se presenciou após a queda do mito da infalibilidade do julgador, decorrente da percepção das falhas e vícios do processo eleitoral e do uso opressivo

263 Sobre isso: CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 28/32. Ainda denunciando a instrumentalização ou funcionalização do direito pela política, gerando uma crise de autoridade e de legitimidade do direito, que acaba perdendo o seu sentido próprio: CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 26/29.

264 Conforme sugere Joseph Raz, toda ordem jurídica reivindica autoridade, de modo que uma ordem normativa incapaz de ser aceita e respeitada não pode pretender ser uma ordem jurídica (RAZ, 1979). Ressalte-se que Raz desenvolve essa noção de pretensão de autoridade para defender um sofisticado modelo de positivismo exclusivista, advogando uma rígida separação entre direito e moral. Mais à frente, o pensamento de Raz será explicado com mais profundidade. O que importa aqui assinalar é que esse aspecto da reivindicação de autoridade também é considerado como um elemento necessário ao direito até mesmo por um pensador autoproclamado “não positivista” como Robert Alexy: “*to be sure, the version of non-positivism that I defend contains strong positivistic elements. It by no means substitutes correctness of content for authoritative issuance and social efficacy. On the contrary, both are necessarily included. For this reason, the version of non-positivism I wish to defend can be characterized as ‘inclusive non-positivism’*” (ALEXY, 2010a, p. 22).

de uma vontade majoritária distorcida, não se fez acompanhar, necessariamente, de um *crepúsculo das normas jurídicas*. Pelo contrário. Ainda que tenha havido, em diversas áreas, um movimento de “deslegalização”, de “descriminalização”, de “desjurisdicionalização”, onde novas formas não judiciais de resolução de conflitos foram desenvolvidas e incentivadas, as normas jurídicas continuaram proliferando. O que houve foi uma pluralização e pulverização das fontes de produção de regras jurídicas por diversos centros de poder. Os juízes, as agências reguladoras, os órgãos do Executivo, os organismos internacionais, as associações civis organizadas, as empresas etc. também passaram a formular prescrições jurídicas, concorrendo com o Poder Legislativo quase em pé de igualdade, ao ponto de se poder falar até mesmo de uma inflação normativa decorrente do excesso de regras²⁶⁵, ou então, como sugere Teubner, de uma *sobrejuridicização da sociedade*, decorrente de um crescimento exponencial dos meios regulatórios assumidos pelo estado em nome do direito (hiperregulação, hiperlegislação)²⁶⁶.

Paralelamente a isso, também houve um aumento de importância dos direitos fundamentais (no nível constitucional) e dos direitos humanos (no nível internacional), que são, antes de tudo, normas jurídicas. É certo que são normas jurídicas que visam limitar o poder estatal e garantir a proteção da dignidade humana, colocando a pessoa na base de toda a ordem jurídica e, por isso mesmo, condicionando materialmente a ação dos agentes públicos. Porém, mesmo sendo normas que diminuem o poder estatal, reduzindo a possibilidade de interferência das autoridades constituídas na esfera privada e condicionando o exercício do poder, esses direitos também precisam de instituições para efetivá-los. Por isso, mesmo quando inclui em seu conteúdo a proteção da liberdade e o respeito a determinados valores fundamentais, o direito não deixa de ter um componente autoritário na medida em que, na sua intrínseca heteronomia, substitui a vontade dos indivíduos pela vontade do decisor. Dito de outro modo: a ordem judicial representa uma opção resolutiva (um ato de vontade, ainda que não totalmente puro e desvinculado) que se torna obrigatória independentemente de um consentimento no sentido

265 A respeito disso: ÁVILA, 2011, p. 40 e seguintes.

266 Sobre esse tema: SANCHÉZ, 2008.

estrito do termo, de modo que jamais perderá totalmente a sua natureza impositivo-autoritária.

Assim, o que houve não foi uma crise da autoridade *tout court*, mas apenas de um modelo de autoridade eticamente descomprometida. Crise esta que não é suficiente para acarretar, automaticamente, o fim do normativismo, pois há muitas vertentes do normativismo, como, por exemplo, o positivismo inclusivista ou o incorporacionista, que apresentam propostas em que a validade jurídica pode estar vinculada a parâmetros éticos (positivismo inclusivista) ou mesmo que os parâmetros éticos possam ser tratados como critérios para a validade jurídica (positivismo incorporacionista). Essas propostas, conquanto se afastem de algumas premissas centrais do normativismo, e até mesmo rejeitem o legalismo e o formalismo metódico, são assumidamente positivistas porque reconhecem que as eventuais conexões entre o direito e os princípios éticos são meramente contingentes e, portanto, não precisariam integrar o conceito de direito. Apesar disso, o mero fato de admitirem uma conexão, ainda que eventual, entre o direito e os princípios éticos já indica que a mencionada crise de autoridade eticamente descompromissada e a conseqüente busca de uma validade ético-jurídica que seja capaz de resgatar o sentido do direito não afetam, diretamente, todas as vertentes do positivismo. Aliás, para muitos positivistas, a constatação de que diversos regimes opressivos usaram as instituições legislativas e judiciais para dar um manto de juridicidade a suas práticas poderia ser considerada até mesmo uma comprovação empírica da tese central do positivismo epistemológico, segundo a qual o direito positivo nem sempre reflete os princípios éticos presentes na sociedade.

Além disso, o próprio jurisprudencialismo, enquanto proposta alternativa ao normativismo, não abre mão da autoridade do estado, muito menos das instituições oficiais para caracterizar a juridicidade. Ainda que inverta o foco da análise, mirando menos na autoridade legislativa e mais no momento da realização concreta do direito, o jurisprudencialismo valoriza o sistema normativo e não dispensa uma instância de controle – o terceiro imparcial – que apresentará uma solução para as controvérsias jurídicas com autonomia judicativa. É certo que, nessa concepção de juridicidade, o direito não se confundiria com o poder estatal, nem com a produção legislativa, pois os fundamentos e critérios das decisões jurídi-

cas seriam constituídos autonomamente pela comunidade, funcionando até mesmo como limites ao estado. Apesar disso, a necessidade prática de resolver os problemas jurídicos exigiria um ato de autoridade, o que significa dizer que toda decisão será, antes de mais nada, uma decisão de direito positivo²⁶⁷. Afinal, se o direito é uma prática que se realiza concretamente, torna-se óbvio que o direito só subsiste “no direito positivo e como direito positivo: só no direito positivo a ideia de direito realiza o *direito*, só pela ideia de direito o direito positivo se realiza *como direito*” (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 39). Assim, toda vez que um juiz decide um caso, ainda que invoque fundamentos e critérios extralegais, estará, no fundo, reforçando a autoridade do direito positivo, já que o poder de julgar é conferido aos juízes por força das normas jurídicas positivadas, e a sua decisão, ao se tornar definitiva, passa a integrar o sistema normativo positivo. Ao fim e ao cabo, serão instituições estatais que resolverão, com força cogente, qualquer questão envolvendo uma disputa em que duas pessoas discordem sobre o sentido do direito. Portanto, o jurisprudencialismo não nega a positividade jurídica como categoria da existência do direito, embora não equipare o direito a qualquer normatividade positiva, nem exclua, da atividade jurídica, outros fatores não previstos nas leis, conforme se verá²⁶⁸. Nessa ótica, nem todo direito positivo seria direito válido, mas todo direito válido seria considerado como portador de uma juridicidade vinculante, integrando o sistema normativo independentemente de qualquer contingência política.

Do mesmo modo, não se pode atribuir a crise do positivismo apenas à chamada *ascensão do constitucionalismo*. A Constituição, enquanto norma es-

267 A positividade do direito pode ter dois sentidos: (1) a *positividade jurídica em geral*, como categoria da existência do direito, que afirma o modo de ser do direito e (2) a *positividade da normatividade jurídica*, que refere um certo sentido e um determinado modo da constituição da normatividade jurídica. Segundo Castanheira Neves, “considerar a positividade do direito é reconhecer que ele só existe como direito positivo – ou que só o direito positivo é direito –, já que apenas é direito *qua tale* a normatividade jurídica vigente, enquanto que pela positividade não se considera que o direito só vê constituída a sua normatividade através de uma decisão impositiva – o direito será posto (im-posto) por uma decisão prescritiva e apenas nessa decisão terá a origem e o fundamento da sua existência” (CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 246). Ver também: CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 26.

268 Vale ressaltar, desde logo, que a referência a fundamentos normativos transpositivos ou até mesmo suprapositivos, contida no jurisprudencialismo, não significa um retorno à solução metafísica do direito natural. Sobre isso: CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 318.

crita, não deixa de ser *lei*, no seu sentido mais usual de documento jurídico prescrito por um órgão legislativo. Como qualquer lei, a Constituição é redigida num estilo de linguagem muito semelhante ao dos textos jurídicos de um modo geral e seu modo de produção não é tão diferente da produção legislativa como um todo. É certo que a sua abertura semântica, o seu forte componente axiológico, o seu momento pretensamente constituinte e a sua posição hierárquica privilegiada podem acarretar algumas peculiaridades interpretativas, como tem acentuado a própria doutrina constitucional. (BONAVIDES, 1998, especialmente os capítulos 13 e 14). Mas a mera ascensão do constitucionalismo, por si só, não acarreta a superação total do normativismo, pois as principais premissas normativistas podem continuar firmes apenas mudando o eixo da análise: a norma constitucional substitui a lei ordinária como parâmetro central da atividade jurídica. De certo modo, a constitucionalização do direito pode servir até mesmo para salvar o normativismo, fornecendo à atividade jurídica uma feição supostamente menos formalista, sem renunciar à importância da norma jurídica como parâmetro central da decisão judicial²⁶⁹.

Mas a constitucionalização do direito não salva completamente o normativismo, pois o pecado original daquela proposta não é eliminado. Ao enaltecer a Constituição como fundamento último de todo o sistema normativo, o constitucionalismo gera uma falsa sensação de que os direitos fundamentais só valem porque foram positivados e apenas são vinculantes pelo fato de fazerem parte do texto constitucional, invertendo completamente o fundamento da validade, pois o *status* jurídico da dignidade continua a depender de uma contingente força político-institucional. Tal como o legalismo identificava a juridicidade com a legalidade, essa concepção constitucionalista também confunde juridicidade com constitucionalidade e, por isso, padece dos mesmos vícios de fundamentação daquela visão legalista. Vale dizer: o constitucionalismo condiciona o fundamento da juridicidade a uma conveniência política contingente (a

269 Ressalte-se que muitos adeptos do positivismo inclusivista invocam o constitucionalismo como prova empírica de que o conceito de direito pode incluir parâmetros éticos e morais, que são precisamente aqueles que decorreriam da carta de direitos. Assim, é um equívoco considerar que a constitucionalização do direito significa necessariamente uma refutação do positivismo epistemológico. Ver, por todos: WALUCHOW, 1996.

vontade constituinte), retirando do direito a sua vocação de instância de validade autônoma que vale independentemente do jogo de poder. O respeito incondicional à Constituição é, no fundo, uma versão em tudo semelhante do dogma do respeito incondicional à lei. O legalismo de ontem é o constitucionalismo de hoje, trocando-se apenas o rótulo, sem alterar a substância²⁷⁰. (CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 26). Por isso, ainda que a constitucionalização dos direitos fundamentais gere um saudável reforço de validade para os princípios da juridicidade, sobretudo quando a Constituição é sentida como algo vivo e valioso pelos membros da comunidade²⁷¹, não se deve buscar somente em um documento jurídico-constitucional o sentido do direito, pois a Constituição também é um instrumento de poder e, como tal, não pode servir como última instância de validade do direito.

Além disso, ainda que a Constituição possa ser um mecanismo eficiente de limitação de poder, especialmente quando incorpora um catálogo abrangente de direitos fundamentais e cria instrumentos eficazes de proteção desses direitos, o oposto também pode ser verdade, ou seja, a Constituição pode estar a serviço dos mais odiosos regimes políticos e grupos de poder, funcionando como álibi para os mais variados fins²⁷². A mera existência de uma Constituição não proporciona, por si só, uma garantia absoluta contra a autoridade despótica, nem contra a discriminação institucionalizada, pois não é absurdo imaginar uma Constituição que proponha o sacrifício de uma raça ou a discriminação jurídico-social de uma classe. (CASTANHEIRA NEVES, 1995a, p. 234). Aliás, com certa frequência

270 De acordo com Castanheira Neves, o legalismo conheceu duas fases: num primeiro momento, foi a expressão da politização do direito, pretendendo oferecer uma solução jurídica ao problema político (limitando o poder). Já na segunda fase, o legalismo se converteu em simples instrumento político prescritivo que o poder político mobiliza sem peias para a realização de suas estratégias políticas. É nesse segundo momento que o legalismo foi absorvido, político-juridicamente, pelo constitucionalismo, “já que o que fora o legalismo para os Estados moderno e iluminista passou a ser a Constituição para o Estado contemporâneo” (CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 26/27). Para o jusfilósofo português, “se a constituição vai commumente tida como a ‘lei fundamental’ que sustenta e subordina toda a ordem jurídica, a conclusão parece ser necessariamente a de que a juridicidade se identifica com a constitucionalidade. Conclusão que temos problematizado, invocando justamente a autonomia do direito (...)” (CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 27).

271 Sobre isso: VERDÚ, 2006.

272 Ver Marcelo Neves (2007, p. 30).

histórica, as políticas segregacionistas mais odiosas têm encontrado suporte normativo na própria Constituição, pois, a rigor, nada impede que uma assembleia constituinte aprove normas injustas²⁷³.

Em face disso, conforme se verá, uma das consequências centrais de um projeto metodológico jurisprudencialista é fazer com que a própria Constituição seja avaliada à luz de princípios fundamentais. Como propõe Castanheira Neves, até mesmo a Constituição, “nos seus momentos especificamente jurídicos, deverá ser interpretada conforme o direito, desde que compreendido este na sua autonomia axiológico-normativa e na sua normatividade específica”²⁷⁴ (CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 333). E mais: “a constituição não é afinal necessariamente o direito, a juridicidade que criticamente ansiamos não no-la dá sem mais a constitucionalidade”. (CASTANHEIRA NEVES, 2002b, p. 26).

Além do declínio de um determinado modelo de autoridade eticamente descompromissada e da mudança de paradigma provocada pela ascensão dos direitos fundamentais e do constitucionalismo, que gerou uma transformação no modelo tradicional de separação de poderes e da supremacia do legislador a ele inerente, o normativismo possui falhas metodológicas insanáveis, que são inerentes a qualquer concepção que atribua a uma norma abstrata o papel decisivo na solução de problemas concretos. É o que se verá a seguir.

3.4.2 A impossibilidade metódica do esquema subsuntivo

Mesmo que se concorde com a tese desenvolvida por Tamanaha de que o formalismo jurídico nunca foi uma perspectiva dominante na prática jurídica, não há dúvida de que a busca de certeza, previsibilidade, racionalidade, objetividade sempre foi uma preocupação dos juristas. A presença de fatores emotivos ou extralegais no processo de aplicação da

273 Sobre isso: BACHOF, 1994. Ver também: MACHADO SEGUNDO, 2010, p. 76/79; CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 27.

274 No mesmo sentido, defendendo os limites do constitucionalismo, seja pela sua insuficiência, pela sua possibilidade de politização do direito e pela intenção ideológico-política que costuma circundar os textos constitucionais: CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 52/53.

lei tende a ser considerada como um evento pouco saudável. Não se ignorava nem se negava a presença de valores (morais, religiosos, sociais etc.) no sistema jurídico. Porém, recusava-se ao *aplicador da lei* a possibilidade de modificar ou acrescentar outros valores além daqueles que já haviam sido selecionados pelo legislador no momento da criação da norma. Cabia, pois, ao legislador transformar os valores dominantes em norma positiva, restando ao julgador a tarefa de aplicar esses valores institucionalizados na solução dos casos jurídicos. O processo legislativo, que era considerada a única instância de poder capaz de impor normas obrigatórias à sociedade, era o principal *locus* constituinte da juridicidade. Quando muito, admitia-se que o julgador invocasse a equidade em situações especificamente delimitadas pelo próprio legislador. Ou então, permitia-se que o julgador preenchesse o sentido das normas mais abertas (cláusulas gerais ou conceitos indeterminados), mas sempre observando os valores estabelecidos pelo legislador. O direito surgiria então como algo dado ou pressuposto, dispensando um ato de criação (ou mesmo de vontade) por parte do julgador, que se limitaria a descobrir a solução já fornecida por algum código legal disponível.

O método proposto para alcançar esse desiderato foi o lógico-substantivo, onde o momento de criação da norma foi nitidamente separado do seu momento de aplicação. A criação da norma geral seria tarefa exclusiva do legislador, que poderia guiar-se por fatores éticos, religiosos, morais, conforme as regras do jogo político. A aplicação da lei, por sua vez, seria uma atividade estritamente lógico-racional levada a cabo pelo juiz, mediante a reprodução do critério legal ao caso decidendo. A norma geral era o ponto de partida metodológico. A partir da norma abstrata, chegava-se à solução do problema.

Pode-se perceber, nesse ponto, que o fascínio provocado pelo pensamento lógico-científico cegou alguns juristas, desviando o foco do problema jurídico para o procedimento e não para o resultado material da solução. No afã de dar um manto de cientificidade ao direito e elevar o *status* da atividade jurídica etiquetando-a com o rótulo de “ciência”, buscou-se na matemática e na física um modelo ideal de objetividade e exatidão. Foram incorporados, no pensamento jurídico, métodos de obtenção da verdade típicos das “ciências nobres”. A noção de justiça foi substituída

pela noção de verdade jurídica, e a verdade jurídica deixou de ser uma validade dialética, obtida em contraditório através de um debate inter-subjetivo e prático-prudencial, para se converter em uma verdade hermenêutica, baseada na interpretação de textos, subjetivamente compreendidos num processo lógico-subsuntivo. Não se levou em conta os limites do raciocínio lógico, nem mesmo as especificidades do raciocínio jurídico, para se perceber que ciência e direito possuem propósitos diferentes, já que a atividade jurídica é uma função prático-judicativa destinada a atribuir direitos e imputar responsabilidades e não uma função teórico-descritiva visando explicar a realidade.

Ao transformar a atividade jurídica em uma atividade de aplicação de normas gerais (aplicação lógico-dedutiva segundo um esquema silogístico-subsuntivo), que parte de um critério objetivo abstratamente pré-estabelecido para se reproduzido em um caso concreto surgido *a posteriori*, o pensamento jurídico cometeu pelo menos três erros graves segundo Castanheira Neves: (a) em primeiro lugar, supervalorizou a norma abstrata, colocando-a num patamar de importância metodológica superior ao próprio caso concreto e ao seu específico contexto problemático; (b) em segundo lugar, renunciou a pretensão de atribuir à jurisdição um momento *constitutivo* da juridicidade, tão necessária à justa realização do direito; (c) por fim, cometeu um sério erro metodológico, na medida em que conferiu ao método subsuntivo um papel de autossuficiência que, notoriamente, não possui²⁷⁵.

O método subsuntivo falha, entre outros motivos, por levar a crer que basta conhecer e interpretar a lei (a questão de direito) e determinar e provar os fatos (a questão de fato) para que o problema jurídico seja solucionado. Trata-se de um grave erro, pois é necessário, antes de se chegar à decisão concreta, conexionar essas questões de fato às questões de direito, o que não pode ser feito sem a mediação do sujeito responsável por tal operação. Sem essa mediação, sequer é possível selecionar as pre-

275 Castanheira Neves critica fortemente o método subsuntivo, chegando ao ponto de afirmar, categoricamente, que o esquema subsuntivo, que orienta o normativismo, “não é mais, afinal, do que uma hipótese metódica radicalmente inválida” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 105). Nas palavras de Fernando Bronze, “no horizonte do pensamento jurídico português, a certidão de óbito do ‘esquema subsuntivo’ foi lavrada, há décadas já, com rigorosa subtilidade e insuperável conclidência, por Castanheira Neves” (BRONZE, 2012, p. 366).

missas do raciocínio, muito menos fazer a conexão entre o abstrato e o concreto de forma coerente e consistente.

Todo juízo jurídico implica uma decisão e toda decisão necessariamente possui um momento de criação, que vai muito além das considerações meramente lógico-formais. Esse momento de criação se manifesta no ato decisório mesmo quando se pretende apenas reproduzir ao caso concreto a prescrição abstrata prevista na lei, pois a passagem do abstrato para o concreto envolve uma “reconstitutiva concretização, integração e desenvolvimento prático-normativos desse direito abstracto segundo as exigências do específico problema jurídico do caso decidendo” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 29). Isso significa que a decisão judicial afinal também é uma atividade *criadora* de direito.

Como qualquer atividade criadora, a decisão necessariamente implica um juízo de valor que, obviamente, não faz parte da lógica. O raciocínio estritamente lógico jamais pode gerar uma decisão jurídica, sendo inoperante (por ser insuficiente) para a resolução de um problema jurídico concreto, já que esse modo de pensar não possui uma função criativa, muito menos volitiva, necessárias não apenas para, dentro do próprio modelo subsuntivo, seleccionar as melhores premissas relevantes para a construção do silogismo, mas também para conectar a premissa maior com a premissa menor.

Mas o mais grave problema do subsuntivo é outro. O raciocínio estritamente lógico é indiferente ao conteúdo das premissas ou mesmo das conclusões. A rigor, a lógica não tem compromisso com nenhuma teoria da verdade, nem mesmo da justiça. A validade dedutiva aceita qualquer resultado, caso não haja um juízo crítico das premissas adotadas. Um argumento dedutivo pode ser formalmente válido apesar de ter suas premissas e conclusões falsas, já que a validade (dedutiva) é uma propriedade da conexão entre as premissas e conclusões, e não uma propriedade das próprias premissas e conclusões²⁷⁶.

276 A esse respeito: MURCHO (2003, p. 17). E mais: “a lógica não está comprometida com a teoria da verdade como adequação ou correspondência. A noção de validade da lógica é independente de qualquer teoria filosófica acerca da verdade; todas as teorias filosóficas acerca da verdade são compatíveis com a noção de validade da lógica. Tudo o que a noção de validade determina é a impossibilidade de num argumento dedutivo válido as premissas serem verdadeiras e a conclu-

Por esse motivo, não se pode conferir à lógica uma pretensão normativa que ela não possui. Não é sua tarefa fornecer o conteúdo das premissas, nem estabelecer o valor de verdade ou de justiça das afirmações, muito menos guiar normativamente a decisão. A lógica não nos diz como decidir, nem como agir. A sua função é tão somente clarificar o pensamento, ajudar a evitar erros de raciocínio e melhorar a capacidade de desenvolver e discutir argumentos, mas nunca substituir o próprio processo de deliberação como um todo. A lógica chega atrasada em relação ao juízo de valor, ou seja, antes de se mobilizar as ferramentas da lógica, o juízo decisório já está formado. O esquema silogístico-subsuntivo geralmente aparece como um esquema de justificação *ex post* de juízos constituídos *ex ante* por intenções de índole diversa²⁷⁷ (CASTANHEIRA NEVES, 1995d, p. 118 e 167/168). Assim, na maioria dos casos, ante a falta de uma maior preocupação com o momento constituinte da juridicidade, que é o momento decisivo, o mero apelo à lógica dedutiva não passa de um discurso vazio para dar uma falsa sensação de racionalidade ao ato decisório, mascarando aquilo que o pensamento jurídico tem de mais relevante, que é seu momento judicativo-normativo. Vale dizer: sob o manto da pura dedutividade de aplicação de normas jurídicas a casos concretos, o intérprete encobre o fato de que o resultado encontrado já foi antecipado em sua mente por motivos outros que não foram obtidos dedutivamente. No fundo, a subsunção mascara a realidade e inverte a ordem do raciocínio, fingindo tirar do órgão decisor a responsabilidade pela decisão.

Mesmo que esse modelo subsuntivo nunca tenha tido o prestígio que seus críticos lhe atribuem, havendo uma aparente criação artificial de uma teoria já bastante combatida e moribunda para justificar um exagerado ceticismo acerca da objetividade do método jurídico, não se pode deixar de insistir na formulação de críticas contra essa tradicional versão do

são falsa – independentemente da teoria adotada para explicar o que é a verdade” (MURCHO, 2003, p. 21). Ressalte-se que o autor é um defensor do uso das ferramentas lógicas como instrumento de trabalho do filósofo.

277 Em sentido semelhante, Stephen Toulmin explica que “a lógica não diz respeito ao *modo* como inferimos, nem às questões de *técnica*; ela se move, em primeiro lugar, por um interesse retrospectivo, justificativo – com os argumentos que podemos apresentar depois, provamos que são aceitáveis as conclusões a que já chegamos, porque nos mostramos capazes de justificar as nossas conclusões” (TOULMIN, 2006, p. 8).

formalismo, mesmo em sua feição menos radical, pois esse modelo está na base do paradigma do consentimento político que o consentimento ético-jurídico pretende superar. Um modelo de legitimação fundado em uma validade ético-jurídica precisa substituir o subsuntivismo por outro método mais adequado, bem como redefinir o papel do texto normativo para a busca da solução dos problemas jurídicos.

3.4.3 A redefinição da importância do texto

Conforme se viu, as principais propostas metodológicas normativistas adotavam o *texto legal* como ponto de partida para a solução dos problemas jurídicos, considerando-o como o objeto específico da manifestação do direito. Havia, por parte de alguns normativistas, um respeito pelo texto que se aproximava da idolatria religiosa, como se as palavras das leis fossem dogmas sagrados a serem venerados com toda devoção possível²⁷⁸. Aliás, não é de se surpreender que uma das influências mais remotas dessa perspectiva jurídica tenha sido o direito medieval, desenvolvido pelos clérigos, e a sua crença na autoridade e infalibilidade dos textos sagrados. Obviamente, a autoridade com fundamento religioso do direito medieval foi substituída pela autoridade com fundamento político da modernidade, mas a metodologia jurídica proposta manteve-se praticamente a mesma.

Nessa perspectiva, a racionalidade jurídica teria uma índole essencialmente hermenêutica, voltada para a interpretação das fontes prescritas pelo sistema normativo vigente com o objetivo de obter dessas fontes os fundamentos e os critérios das decisões. Seria juridicamente correta uma decisão judicial se estivesse em estrita conformidade com o sentido do texto normativo. Por sua vez, não seria lícito obter das fontes normati-

278 Observe-se que, atualmente, essa veneração quase mística do texto legal tem sido substituída por uma adoração, igualmente sagrada, pelo texto constitucional, como bem assinalou Sanford Levinson referindo-se ao culto constitucional existente nos Estados Unidos: “Some men look at constitutions with sanctimonious reverence, and deem them like the arc [sic] of the covenant, too sacred to be touched” (LEVINSON, 2006, p. IX). Também vale conferir: HIRSCHL (2010), onde o autor defende que o constitucionalismo contemporâneo exerce uma função semelhante ao que era exercido pela religião nos estados teocráticos, podendo-se encontrar similitudes até mesmo entre a interpretação conforme à constituição do constitucionalismo ocidental com a utilização da *Sharia* como parâmetro de compreensão dos textos das teocracias orientais. No Capítulo I, também tivemos a oportunidade de comentar que existe, no Brasil, por parte de alguns juristas, o mesmo sentimento de contemplação em relação à Constituição de 1988.

vas um sentido jurídico que não pudesse corresponder a um dos sentidos semânticos possíveis do seu texto. A interpretação – enquanto atividade de determinação do sentido jurídico-normativo de uma fonte jurídica em ordem a obter dela um critério jurídico – seria o ato metodológico mais relevante para a realização do direito. “E nessa perspectiva o pensamento jurídico assumiu-se decerto como interpretação de *textos*: o direito oferecia-se enunciado em texto e através desses textos, no modo exegético-comentarístico e sob o *argumentum ex verbo*, obter-se-iam todos os critérios jurídicos para a prática jurídica” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 86).

Muitos tinham plena noção da insuficiência do texto, tendo em vista os limites da própria linguagem humana. Afinal, como afirmou Hart, seria impossível, na elaboração de regras gerais, antecipar e prever todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer. Para qualquer regra, ainda que formulada de forma precisa, sempre haverá algumas situações factuais em que a questão de saber se as situações são abrangidas ou não nos termos classificatórios gerais da regra não pode ser resolvida por apelo a regras linguísticas ou convenções ou cânones de interpretação legais, ou mesmo por referência aos propósitos (manifestos ou presumidos) do legislador²⁷⁹. Além disso, por mais cuidadoso que o legislador seja, será inevitável usar, na redação dos textos jurídicos, algumas expressões vagas e ambíguas que podem gerar dúvidas sobre o seu real significado, pois o texto sempre possuirá uma “zona de penumbra”, para usar outra ideia desenvolvida por Hart, onde não será possível chegar a consensos semânticos²⁸⁰.

279 Nas palavras de Hart: “*it is impossible in framing general rules to anticipate and provide for every possible combination of circumstances which the future may bring. For any rule, however precisely formulated, there will always be some factual situations in which the question whether the situations fall within the scope of the general classificatory terms of the rule cannot be settled by appeal to linguistic rules or conventions or to canons of statutory interpretation, or even by reference to the manifest or assumed, purposes of the legislature*” (HART, 1983, p. 103).

280 De acordo com Hart, todo conceito tem uma zona de certeza positiva (a que corresponde aos casos em que se sabe seguramente que a hipótese concreta está abrangida pelo conceito), uma zona de certeza negativa (em que se sabe seguramente que a hipótese concreta está fora conceito) e uma zona de penumbra, em que há dúvida se a hipótese é ou não abrangida pelo conceito. A propósito, as indeterminações semânticas decorrentes da textura aberta escancaram ainda mais a insuficiência da lógica pura para a solução de casos jurídicos. Segundo Castanheira Neves, a inserção na lei de cláusulas gerais, conceitos indeterminados, orientações de valor, normas “elásticas”, com ampla margem de abertura, “não tardou a revelar a total incompatibilidade da verdade metodológico-jurídica com a ingênua ideia de que o juiz seria ‘*la bouche qui prononce les paroles de la loi*’ e o seu poder ‘*en quelque façon nulle*’” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 389). Nesses

Para corrigir essas falhas intrínsecas decorrentes da insuficiência do texto, as principais propostas normativistas, em sua feição metodológica, continuaram insistindo na análise textual, apenas complementando com alguns recursos hermenêuticos desenvolvidos especialmente para tais ocasiões. É o caso da interpretação extensiva ou restritiva ou mesmo técnicas mais sofisticadas de busca do sentido, como os quatro elementos canônicos da teoria tradicional da interpretação (gramatical, histórico, sistemático e teleológico), sempre dependentes do texto²⁸¹. Nessa perspectiva, a letra da lei teria um papel fundamental na solução dos problemas jurídicos, tanto pelo seu valor negativo (o texto delimitaria a interpretação e só seriam admissíveis os sentidos da lei que fossem possíveis segundo o texto) quanto pelo seu valor positivo ou seletivo (entre várias interpretações possíveis, deveria prevalecer aquela que melhor correspondesse ao texto) (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 104). Com maior ou menor intensidade, reconhecia-se a importância do contexto histórico, bem como da compreensão global e coerente do sistema normativo como um todo, conjugando-se ao elemento gramatical outros cânones interpretativos que ajudavam a tornar o método jurídico um pouco mais maleável, ampliando-se as possibilidades de adequar o texto legal ao problema concreto. Mesmo assim, o texto continuava a ser o lugar por excelência para encontrar as respostas jurídicas, e o jurista, com um olhar retrospectivo, agia tal qual um detetive a procurar pistas semânticas deixadas pelas autoridades legislativas.

Um dos motivos mais influentes para esse apego fanático ao texto, além da justificativa histórico-cultural, seria a pretensa objetividade proporcionada pela hermenêutica tradicional. A interpretação jurídica

casos de ambiguidade ou indeterminação do texto normativo, a “premissa geral” não fornece, por si só, qualquer conclusão lógica para a solução de um problema jurídico concreto. Daí porque, Herbert Hart chega à mesma conclusão: “...*the rules may be found either vague or ambiguous. A similar indeterminacy may arise when two rules apply to a given factual situation and also where rules are expressly framed in such unspecific terms as ‘reasonable’ or ‘material’.* Such cases can be resolved only by methods whose rationality cannot lie in the logical relations of conclusions to premises. Similarly, because precedents can logically be subsumed under an indefinite number of general rules, the identification of the rule for which a precedent is an authority cannot be settled by an appeal to logic” (HART, 1983, p. 103).

281 Mais uma vez, vale citar Castanheira Neves: “assim, a interpretação teria por *objecto* o texto normativo-prescritivo das fontes jurídicas, o texto das normas jurídicas formalmente prescritas (v.g. o texto das normas legais). Ou seja, à questão de saber *o que se interpreta* (que não se confunde com a questão do *objectivo* da interpretação, o *fim* de determinação que com ela se visa atingir), a resposta seria: um *texto jurídico*” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 85).

concentrava-se na análise de um texto elaborado por uma autoridade diferente daquela que iria aplicá-lo, e qualquer pessoa teria acesso ao referido texto após a sua publicação pela imprensa oficial. Com isso, todos os juristas, na solução dos casos concretos, focavam suas análises no mesmo conjunto de dados, ou seja, na autêntica produção legislativa estampada nos repositórios oficiais de legislação. Gerava-se, assim, a expectativa de que as soluções seriam objetivas, independentes das vontades dos intérpretes e baseadas em fontes solenes legitimadas pelo parlamento. Mas era uma falsa sensação de objetividade. No fundo, as várias “estratégias” hermenêuticas permitiam que o intérprete chegasse a qualquer conclusão, bastando manipular adequadamente as ferramentas dogmáticas existentes. O jurista talentoso seria capaz de justificar a quadratura do círculo, sem fugir dos cânones interpretativos aceitos pela dogmática jurídica, bastando dar maior relevo àquele elemento que melhor se adequasse à tese de sua preferência. Eram perceptíveis as acrobacias hermenêuticas que alguns juristas faziam – e ainda fazem – para tentar demonstrar que a sua resposta estava baseada no texto da lei quando, na verdade, eles estavam apenas manipulando um monte de técnicas interpretativas que podiam levar a qualquer conclusão que se desejasse. O juiz fingia que estava aplicando a lei, e a comunidade de juristas fingia que acreditava nisso: tudo para manter a conveniente aparência de que a decisão seria conforme a lei. Como foi afastada a possibilidade de hierarquia *a priori* entre os diversos elementos de interpretação e não foram desenvolvidos metacritérios para determinar como solucionar um conflito real entre os diversos critérios disponíveis, a margem de manobra tornava-se demasiadamente ampla para que o intérprete fizesse praticamente o que quisesse, mesmo dentro dos “limites semânticos” do texto. Aliás, os próprios limites semânticos do texto também seriam estabelecidos por interpretação, estando sujeitos, portanto, à subjetividade inerente a qualquer interpretação²⁸². Em muitas situações, dada a estrutura lacônica do texto normativo,

282 Nas palavras de Castanheira Neves, “o teor verbal das leis, considerado na perspectiva problemática da interpretação jurídica, não tem significado diferente da que lhe determina essa interpretação. E sendo essa significação, ou a determinação, um resultado da interpretação, de novo se reconhecerá que não pode ser ela pré-determinativa ou delimitativa dessa mesma interpretação, que afinal a determina – sendo um resultado da interpretação, não pode obter-se *antes* ou *fora* do próprio processo concreto da interpretação” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 119).

a atividade interpretativa dos juízes mais se assemelharia à atividade de um “intérprete de nuvens”, que não vê limites à sua criatividade e, por isso, pode decidir como quiser. Desse modo, as técnicas interpretativas, ao invés de funcionarem como instrumentos para a compreensão do sentido do texto, exerciam, no fundo, uma função de dissimulação e de encobrimento dos verdadeiros motivos da decisão²⁸³.

Porém, a manipulação estratégica das ferramentas interpretativas não refuta, por si só, o argumento da objetividade que costuma ser invocado para justificar a importância jurídica do texto. Afinal, deixando de lado os abusos hermenêuticos, quem há de negar que a publicidade das leis cria, em muitas situações, expectativas razoáveis acerca das consequências jurídicas de uma determinada conduta?

A crítica ao textualismo envolve, na verdade, um aspecto mais profundo dessa crença na capacidade do texto de fornecer soluções jurídicas. Para que o modelo hermenêutico tradicional possa alcançar um nível ideal de objetividade, pelo menos três condições teriam que estar presentes, segundo Castanheira Neves: (1) as palavras teriam que ter sentidos unívocos tanto na intenção quanto na referência, de tal modo que o conteúdo intencional oferecesse a exata determinação da significação da sua aplicação; (2) o sistema normativo teria que se apresentar como uma imagem acabada e perfeita da realidade, sendo pleno (sem lacunas), consistente (sem equivocosidades e contradições) e fechado (autossuficiente); (3) a aplicação lógico-ideal das significações teria que ser metodologicamente possível. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 128).

Ocorre que nenhuma dessas condições está presente na realização prática do direito. Em primeiro lugar, as expressões não têm sentido único e fixo, pois, variando o “contexto de significação”, também varia o sentido do texto²⁸⁴. No “contexto da aplicação”, o texto, enquanto mera representa-

283 A esse respeito, Richard Posner sugeriu que, algumas vezes, as regras jurídicas mais mascaram do que eliminam a subjetividade do julgador: “*rules mask – they do not eliminate and may not even reduce – the role of the subjective and the political in the formation of legal rights and duties*” (POSNER, 1993, p. 48).

284 Sobre isso, vale invocar a lição de Stanley Fish contida em “*Is There a Text in This Class?*”. No referido texto, Fish demonstra que um mesmo enunciado pode ter vários significados conforme o contexto vivenciado pelos interlocutores de uma comunicação. Daí porque é impossível pensar em um enunciado independentemente do contexto ou então em um sentido único e definitivo para uma frase que não esteja vinculada às experiências de vida partilhadas pela respectiva “comunidade

ção do mundo, nunca possibilita uma compreensão perfeita da realidade, possuindo significações incompletas (quanto ao conteúdo referencial), insuficientes (quanto à densidade intencional) e imperfeitas (quanto à adequação concreta) (IDEM, p. 134). Além disso, o método lógico-dedutivo não é adequado para a solução dos problemas jurídicos, pois, além de inverter a equação, valorizando o abstrato em detrimento do concreto, não fornece qualquer tipo de ajuda para a compreensão do momento decisivo da realização do direito, conforme já visto. Assim, a interpretação jurídica, dada a ineliminável ambiguidade e imperfeição da linguagem humana, sempre exigirá mais do que simplesmente uma análise textual, pois nenhum problema jurídico se reduz apenas a um problema linguístico.

Por conta disso, ao longo do século XX, várias críticas, de diferentes movimentos jurídicos, foram desenvolvidas para demonstrar as falhas da hermenêutica tradicional. Na Europa, o movimento do direito livre, a jurisprudência dos interesses, a jurisprudência dos valores e a revalorização da tópica jurídica, da retórica e da teoria da argumentação tiveram um papel importante na superação desse modelo hermenêutico de supervalorização do texto²⁸⁵. Nos Estados Unidos, o realismo jurídico, seguido pelo *Critical Legal Studies Movement*, contribuiu para a desmistificação ideológica da juridicidade em geral, denunciando não só as falhas metodológicas do esquema interpretativo tradicional, mas também o uso político (“*Law is politics*”, “*the judge is na ideological performer willy-nilly*”) do discurso e da prática jurídicas²⁸⁶. O que esses movimentos críticos possuem em comum é a denúncia da inadequação do formalismo para solucionar os problemas jurídicos e da falsa objetividade do método hermenêutico tradicional. Todas reconhecem que as decisões judiciais não seguiriam uma lógica tão precisa e racional quanto aquela que era imaginada pelo formalismo legalista²⁸⁷.

interpretativa” a quem ela é dirigida. Quando tal contexto não é apresentado, o receptor tende a entender o enunciado dentro do contexto a que está acostumado, o que nem sempre pode corresponder ao significado pretendido pelo emissor da mensagem (FISH, 1980, p. 303/321).

285 A esse respeito: CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 121; 1995e, p. 49/50.

286 Sobre isso: GAUDÊNCIO.

287 A respeito disso, tornou-se famosa uma passagem escrita pelo jurista norte-americano Oliver Holmes, no longínquo ano de 1881, quando afirmou que a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas

As críticas antiformalistas elaboradas pelos mais variados movimentos jurídicos talvez tenham sido artificialmente exageradas, como tentou demonstrar Brian Tamanaha (TAMANAHA, 2010). Mesmo assim, elas atingiram em cheio o método hermenêutico tradicional e transformaram substancialmente a compreensão do direito. Por conta disso, o próprio pensamento jurídico tentou desenvolver outras técnicas de interpretação mais preocupadas com o conteúdo prático-normativo e teleologicamente relevante da solução jurídica. O efeito imediato daí decorrente foi a valorização do *elemento teleológico* no processo interpretativo, que acelerou ainda mais o declínio inevitável daquela concepção mais legalista, focada na literalidade do texto²⁸⁸. Desde então, o método jurídico (mais especificamente, a interpretação jurídica) passou “de um sentido puramente exegético-hermenêutico para um sentido normativo, de um objectivo dogmático para um objectivo teleológico, de uma interpretação como acto metódico autónomo para uma interpretação como momento da realização do direito”. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 105/106).

A superação da hermenêutica tradicional tornou-se ainda mais evidente quando se passou a aceitar a chamada *interpretação corretiva* do texto, inicialmente proposta pela “jurisprudência dos interesses”, mas posteriormente

predominantes, as intuições das políticas públicas, consciente ou inconscientemente, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, teriam uma importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados (HOLMES JR., 1991. p 1).

288 Originalmente, o elemento teleológico ingressou nos cânones hermenêuticos por meio do desenvolvimento da ideia de *ratio legis*, isto é, a procura pela *razão de ser* da lei. Assim, nesse primeiro momento, o que passou a ser relevante na interpretação das leis foi a descoberta do objetivo prático (o *motivo-fim*: justificação político-social e teleológico-estratégica) que determinou a edição da norma. A lei era tratada como um *programa de fins destinado a produzir efeitos no tecido social*, e a interpretação jurídica buscava captar a solução específica mais adequada a essa finalidade contida na prescrição legislativa. O compromisso axiológico assumido pelo direito não dispensava a legalidade, ainda que a interpretação deixasse de ser meramente semântica para se tornar teleologicamente orientada (CASTANHEIRA NEVES, 1995e, p. 49). Depois, a *ratio legis* foi substituída pela *ratio iuris*, onde a finalidade instrumental da lei perdeu espaço para a busca de uma intencionalidade fundamental do direito, inclusive com a convocação, nesse processo, de valores e princípios constitutivos do próprio direito, como a ideia de igualdade e de liberdade. Assim, aquele programa finalístico contido na norma legal deveria ser confrontado com os próprios fundamentos normativos do sistema jurídico, especialmente de seus princípios constitutivos, e haveria de ceder se não fosse compatível com esses fundamentos da juridicidade. A razão jurídica deveria ser guiada por uma intencionalidade prática e eticamente comprometida, buscando seu fundamento não apenas no estrito teor do texto, mas, sobretudo, na validade material contida nos princípios fundamentais da juridicidade, como aqueles contidos nas declarações de direitos.

assimilada por várias outras perspectivas, inclusive as de caráter analítico-linguístico, que desenvolveram a ideia de *defeasibility* para caracterizar a natureza excepcional das regras gerais diante de situações anômalas²⁸⁹. Através da interpretação corretiva, permite-se que o intérprete sacrifique ou corrija o sentido literal do texto da lei sempre que, em virtude da alteração das circunstâncias determinantes da promulgação da lei, o respeito pelo teor verbal implicar a frustração da intenção prático-normativa²⁹⁰. Ao se chegar a esse nível de compreensão dos limites da hermenêutica tradicional, relativizando a importância da letra da lei como fator decisivo da interpretação, tornou-se patente que esse modelo havia desmoronado. A partir daí, foi preciso substituir a interpretação no seu sentido hermenêutico tradicional por um modelo de interpretação prático-normativo, em que o critério decisivo deixa de ser o teor verbal das leis ou mesmo o sentido imediato das palavras ou frases utilizadas pelo legislador.

Em face de todas essas críticas, tornou-se truísmo reconhecer que os problemas jurídicos estão sempre inseridos em um contexto mais amplo do que aquele previsto na letra da lei, razão pela qual, dificilmente, o juiz conseguirá encontrar respostas para os casos a serem decididos apenas consultando passivamente os códigos legais. Até mesmo os juristas mais apegados ao texto reconhecem que a norma não se esgota na letra da lei, já que os signos linguísticos encontrados nas leis são apenas o ponto de partida da compreensão da norma. A norma seria mais do que o seu texto e a concretização da norma seria mais do que a interpretação do texto. A interpretação seria o resultado do seu resultado, a se materializar na decisão concreta com a definição de seu conteúdo normativo específico. Friedrich Muller, por exemplo, sugeriu que o texto normativo seria apenas o “programa da norma”, ou “a ponta do *iceberg*” do fenômeno jurídico. Não seria o teor literal da norma que regulamentaria o caso jurídico, mas os órgãos responsáveis pela concretização do direito, com ajuda de vários elementos contextuais que vão muito além do mero teor literal do texto, tais

289 A palavra *defeasibility* tem sido traduzida para o português como derrotabilidade, excepcionalidade ou superabilidade. Para uma visão geral da ideia de *defeasibility*: MACCORMICK, 2008, especialmente p. 309/328.

290 Sobre isso: CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 108.

como os dados fornecidos pelo programa da norma, pelo âmbito da norma e pelas peculiaridades do conjunto de fatos relevantes. “Numerosos fatores normativos adicionais – encobertos pela forma verbal da metódica jurídica tradicional e do seu estilo de apresentação – entram em jogo” (MÜLLER, 2000, p. 33). A decisão é elaborada “com ajuda de materiais legais, de manuais didáticos, de comentários e estudos monográficos, de precedentes e de material do direito comparado, quer dizer, com a ajuda de numerosos textos que não são idênticos ao e transcendem o teor literal da norma” (IDEM, p. 55). Nessa perspectiva, o texto deixa de ser compreendido no seu sentido meramente filológico, de estrita literalidade, e deixa de ser um único saber relevante a ser mobilizado pelo intérprete. Passa-se a admitir, no processo interpretativo, a mobilização de elementos extratextuais e extraleais que não apenas ampliam os horizontes do intérprete, mas também possibilitam a fuga da literalidade para obter a melhor interpretação do texto. Aliás, não se pode minimizar a importância da própria hermenêutica filosófica nesse processo de superação do método hermenêutico tradicional, pois foi esse movimento que melhor denunciou a insuficiência do texto, a importância do contexto na busca do sentido do texto, a presença das pré-compreensões no processo interpretativo, a natureza criativa, produtiva e constitutiva da interpretação e assim por diante²⁹¹.

Apesar disso, os principais juristas que buscam na hermenêutica filosófica uma nova forma de superar o legalismo, ainda não conseguiram se despir das vestes do normativismo metodológico que centraliza o juízo decisório no texto prescrito pelas autoridades políticas. O próprio Müller (2000, p. 75), na sua proposta metódica, continua insistindo que “o teor literal [do texto] demarca as fronteiras extremas das possíveis variantes de sentido, i. é., funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis”. Ou então, que “[o texto da norma] dirige e limita as possibilidades legítimas e legais da concretização materialmente determinada do direito no âmbito do seu quadro”. (MÜLLER, 2000, p. 56).

De igual modo, um jurista crítico como Lênio Streck, mesmo reconhecendo todas as mazelas do discurso jurídico formalista e apontando

291 Sobre isso, ver: STRECK, 2001.

as falhas metódicas do subsuntivismo e da hermenêutica tradicional, não deixa de considerar, equivocadamente “apoiado em Castanheira Neves” (STRECK, 2001, p. 61), que “o pensamento jurídico haverá de assumir como seu método específico a análise da linguagem – a análise da linguagem legal, isto é, a interpretação jurídica daqueles dados empíricos que consistem nas proposições normativas de que se compõe o discurso do legislador”²⁹² (IDEM, 2002, p. 311/312).

A mobilização da Metodologia Jurídica de Castanheira Neves para defender esse ponto de vista é um notório equívoco de compreensão da proposta jurisprudencialista. Na verdade, Castanheira Neves adota uma postura radicalmente crítica a essa redução linguística do fenômeno jurídico. Boa parte da obra do jusfilósofo português, sobretudo aquela destinada ao papel da interpretação, é uma crítica destrutiva ao pensamento jurídico que se apega ao texto da lei para obter a solução dos casos concretos e que considera que a função interpretativa do juiz é voltada para dados prescritivos. A passagem mencionada por Lênio Streck, em que Castanheira Neves discorre sobre o positivismo legalista está localizada no capítulo destinado a analisar a “Concepção Tradicional da Interpretação Jurídica” e é o prenúncio de uma devastadora crítica a essa excessiva preocupação com a linguagem e que culminará com o reconhecimento de que “a interpretação jurídica exigirá muito mais do que simplesmente uma análise da linguagem (análise da linguagem jurídico-legislativa)”, revelando-se assim “de todo inviável uma sua concepção tão só linguisticamente semântica”²⁹³. Aliás, crítica essa que será retomada na obra “O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I”, em que a proposta hermenêutica é criticada com muito mais profundidade (CASTANHEIRA NEVES, 2003a), já que tal proposta “continua ainda assim a ser apenas uma interpretação textual, posto que vindo no texto sobretudo um sentido compreensivo-cultural que o transcende, e como tal incapaz também de atingir a índole normativa e a dimensão judicativa

292 Em nota de rodapé, o autor também cita Castanheira Neves em apoio a sua tese, mais especificamente as páginas 90 e 92 de “Metodologia Jurídica”.

293 Sobre isso: CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 128.

que havemos de reconhecer na interpretação jurídica²⁹⁴ (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 405).

Logo adiante, a perspectiva jurisprudencialista de Castanheira Neves será analisada com profundidade. Por ora, basta dizer que o objeto problemático da interpretação jurídica, no jurisprudencialismo, não é o texto-norma, com a sua imprecisão semântica a exigir um esforço hermenêutico de compreensão, mas o caso a ser julgado. Em razão disso, a compreensão global do problema jurídico a ser resolvido e a busca de uma solução conforme o direito e não apenas conforme a lei tornam-se os fatores mais relevantes para o jurista. A atividade jurídica deixa de ter uma índole hermenêutica (de compreensão de textos), tornando-se prático-normativa e judicativo-decisória. Dito de outro modo: “o papel jurídico-normativo da interpretação não é aquela que, numa pura perspectiva hermenêutica-exegética, determina correctamente o sentido textual da norma; é antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério da justa decisão do problema concreto”²⁹⁵.

Essa mudança de paradigma enriquece substancialmente o método jurídico, fazendo com que a atividade hermenêutica propriamente dita se torne apenas um passo de acesso ao aspecto essencial da atividade jurídica. O outro passo, que é o mais relevante, é o *judicativo-decisório*: o compromisso prático-normativo de elaborar uma solução justa para o problema concreto, mediante um esforço intelectual onde deverão ser mobilizados não apenas os textos normativos, mas também outros fundamentos ou critérios que auxiliem nessa tarefa.

O pensamento jurídico, nessa perspectiva, torna-se substancialmente mais rico, pois não fica apenas centrado em pormenores semânticos. Afinal, quando a interpretação de textos normativos é considerada a tarefa mais importante para a solução dos problemas do direito, o método jurí-

294 E mais: “todo o problema em causa, o problema jurídico metodológico da realização do direito pela ‘justa’ decisão dos casos concretos convocando a mediação das normas jurídicas vigentes, é verdadeiramente um problema pensado e resolvido para além ou à margem de um quadro e de um pensamento estritamente hermenêuticos. A própria ‘pré-compreensão’ invocada não é uma pré-compreensão de significações particulares num contexto histórico-cultural significante, é uma pré-compreensão normativo-decisória, é exactamente uma pré-decisão, um pré-juízo decisório” (CASTANHEIRA NEVES, 2008a, p. 483).

295 Sobre isso: CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 84; 2008c, p. 400.

dico se assemelha a um mero jogo de palavras cruzadas em que a função do jurista é usar seu intelecto para preencher os campos lacunosos a partir das pistas semânticas fornecidas pelos símbolos linguísticos contido nos enunciados legais. Com isso, o raciocínio jurídico vira um simples exercício de compreensão linguística, onde a relevância do contexto e do conteúdo problemático é minimizada e, de certo modo, até mesmo eliminada do debate. Com a supressão do contexto e do conteúdo problemático, os aspectos essenciais do conflito são jogados para debaixo do tapete, mas permanecem lá, à espera de uma solução sempre dependente do sistema político, que frequentemente está comprometido com intencionalidades estratégicas contrárias ao próprio sentido da juridicidade. E assim o direito perde a capacidade de limitar materialmente o poder político e de se assumir como uma instância autônoma de validade.

3.4.4 O caráter ideológico do legalismo e o esvaziamento ético do direito

O formalismo que orientou as concepções normativistas do século XIX, alicerçadas no método subsuntivo e no estrito respeito à legislação, tinha como inspiração um modelo de racionalidade que exaltava a objetividade, a neutralidade e a busca de certeza e de previsibilidade típicas do cientificismo. O espírito era de aversão a tudo o que não fosse empírico e mensurável. A negação da metafísica, um dos pilares do projeto racionalista, tornou sem sentido a busca de fundamentos para o conhecimento jurídico fora da realidade sensível. A ideia de um direito suprapositivo perfeito, ideal, eterno e imutável, criado por Deus, proveniente da natureza ou descoberto pela razão, não mais poderia servir de inspiração.

A crise dos valores – fruto do ataque racionalista aos sistemas metafísicos – acarretou a preferência pelos modelos de legitimação baseados na racionalidade procedimental. Como não existiriam verdades éticas, só restaria ao pensamento jurídico sucumbir ao relativismo. Com isso, a validade material deixaria de ter importância, assumindo o seu lugar uma validade formal obtida pela observância de um procedimento cujo resultado aceitaria, em tese, qualquer conteúdo, pois seria incompatível com esse modelo a criação de limites materiais estabelecidos fora do procedi-

mento de legitimação²⁹⁶. Isso fez com que a lei escrita surgisse como produto de uma racionalidade iluminada, como se fosse a própria encarnação da juridicidade. Não era nenhum direito etéreo que fundamentava a lei, mas a própria lei que fundamentaria o direito.

A consequência disso para o pensamento jurídico, sobretudo no seu aspecto metodológico, foi a valorização do texto legal e a defesa da subsunção, com as características já apontadas anteriormente, e uma atitude de indiferença axiológica quanto ao conteúdo material do direito positivo. O jurista tornou-se um mero sistematizador descritivo e neutro do conhecimento contido no texto da lei, preocupando-se mais com o rigor semântico, com a objetividade e com a coerência dos enunciados legislativos, do que com o resultado concreto produzido por sua atividade.

Aparentemente, poucos estavam preocupados com a visível irracionalidade desse modelo em que uma vírgula mal colocada no texto normativo ou uma palavra de duplo sentido poderia acarretar a prisão de um ser humano ou mesmo a restrição de sua vida, admitindo-se aberta e conscientemente que a solução justa fosse sacrificada a pretexto de prestigiar a letra da lei.

Uma avaliação minimamente crítica desse modelo certamente levaria à conclusão de que não é razoável distinguir o justo do injusto, o lícito do ilícito com base apenas na interpretação de um punhado de palavras contidas num código escrito por pessoas que nem sequer conhecemos e que, provavelmente, tinham menos informações do que o juiz, já que não conheciam as peculiaridades do caso concreto a ser decidido, nem possuíam os argumentos relevantes apresentados pelas partes diretamente afetadas pela norma. Também se perceberia que sacrificar a busca de uma solução justa para o problema específico para se guiar por caminhos meramente semânticos de duvidosa validade axiológica seria um desperdício de inteligência. Do mesmo modo, seria fácil perceber quão estreita era essa visão que aceitava a eliminação de toda a riqueza argumentativa que um debate amplo pode proporcionar para fixar-se apenas em minúcias

296 Curiosamente, o próprio procedimento de legitimação era construído fora do procedimento de legitimação, gerando uma situação paradoxal em que o próprio procedimento era, em si, ilegítimo, por não ter respeitado as suas próprias condições de validade.

linguísticas, ainda que complementadas com uma salvadora valorização do contexto. Afinal, por mais que se amplie o “horizonte hermenêutico”, aceitando a influência de fatores extratextuais no processo interpretativo, ele nunca será suficientemente aberto se continuar a focar meros textos como *locus* central da atividade decisória. Finalmente, faltou sensibilidade para perceber que a razão dogmatizada e absolutizada é, *ipso facto*, irracional, pois se contraria a si mesma²⁹⁷.

O apego obsessivo à linguagem parece ser claramente incompatível com todo o espírito intelectual que o próprio projeto racionalista pretendeu implementar. Igualmente incompreensível é a obsessão pelos argumentos de autoridade, sobretudo quando se sabe que, em geral, há desacordos entre os juristas sobre o assunto debatido. A própria dogmática jurídica, pelo menos em sua vertente mais tradicional, muitas vezes adota uma postura acrítica de apego à tradição que se recusa a detectar e corrigir erros de avaliação eventualmente cometidos por autoridades, tudo em nome de uma suposta estabilidade e segurança jurídicas, nem sempre justas, que têm sido utilizadas como pretexto para a prática das maiores iniquidades em nome do direito. A crença infantil na infalibilidade do legislador e a conseqüente deferência incondicional aos atos legislativos certamente são atitudes contrárias ao ceticismo/desconfiança que está na base de qualquer projeto racionalista, até porque a razão nos ensina que nenhuma autoridade humana pode estabelecer a verdade ou a justiça por decreto. A semelhança dessa atitude de contemplação legislativa com a fé teológica não é mera coincidência: o fundamento é essencialmente o mesmo²⁹⁸.

Apesar disso, o modelo legalista foi defendido ferrenhamente pelos principais pensadores iluministas e até hoje exerce enorme influência no meio jurídico. Como ironiza Castanheira Neves: “há mortos que morrem devagar”. Qual seria a razão dessa morte lenta? Por que o legalismo forma-

297 Sobre isso, tratando do caráter irracional da razão moderno-iluminista: CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 10.

298 Conforme sugeriu Pierre Schlag, “*legal arguments bear an uncanny and disturbing similarity to various proofs of God. Specifically, they resemble the cosmological proof, the argument from design, and the ontological proof. Despite its secular pretensions, legal thought is in part a kind of theological activity. A more controversial and perhaps more surprising point is that, for those who believe in law, there is no alternative but to participate in this covertly theological discourse*” (SCHLAG, 1997, p. 427/440).

lista teve tanta influência e ainda faz parte da “consciência jurídica geral”, apesar de todos os problemas que ele acarretou e acarreta? O que faz com que o legalismo ainda esteja vivo mesmo nos modelos mais racionais, apesar de sua manifesta insanidade obsessiva pelo texto e deliberada renúncia intelectual? É preciso, pois, tentar compreender esse fenômeno para que se possa avançar para uma proposta metodológica que não trate o texto legal como um fim em si mesmo.

Os fundamentos do legalismo já foram analisados e criticados exaustivamente, especialmente quando foram apontados os problemas do consentimento político no Capítulo 2. Há, porém, um fator que sempre é invocado para defender o modelo legalista: a sua aparente neutralidade ideológica.

A aparente neutralidade ideológica do legalismo, reforçada pelo método subsuntivo e pela valorização do texto legal, não passa de um mito. No fundo, a proposta legalista esconde uma política a querer impor-se como teoria objetiva, científica e racional (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 111/112). Os postulados políticos que o legalismo pretende encobrir são aqueles do culto à autoridade do estado, da supremacia do legislador e da subserviência do jurídico em relação ao político. Esses postulados, de cunho nitidamente ideológico, sustentam que apenas a lei positiva pode criar direito e que os juízes devem se limitar a reproduzir a vontade contida na lei. O legalismo transforma esse lastro ideológico em esquema metódico, sugerindo que a aplicação do direito seguiria um modelo de dedutividade próprio do pensamento lógico, “ocultando assim o problema jurídico desta concreta aplicação sob um pretendido (e aproblemático) método lógico”. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 28).

Uma das justificativas para adoção desse modelo baseia-se na suposta objetividade proporcionada pela existência de regras vinculantes que todos seriam capazes de conhecer. Os valores seriam subjetivos, variando de pessoa para pessoa; as normas jurídicas positivas seriam objetivas e públicas. Portanto, o jurista não deveria se guiar por valores, mas pelo conjunto de normas positivadas, que seriam dados objetivos acessíveis a todos.

Mais uma vez não se percebia a contradição por detrás desse ceticismo axiológico. Afinal, ao mesmo tempo em que era negada a racionalidade de qualquer finalidade valorativa que se pudesse atribuir ao direito, os adeptos do legalismo atribuíam grande peso aos valores de segurança

jurídica, ordem, estabilidade, certeza, objetividade, clareza e assim por diante. Renunciava-se, com isso, à busca de qualquer intenção ética que o direito pudesse vir a ter (igualdade, liberdade, solidariedade, justiça etc.), sob a alegação de que seriam irracionais, a fim de prestigiar valores que, por coerência, também deveriam ser considerados meramente contingenciais e relativos. Tudo isso sob a bandeira de uma ideologia altamente questionável que é a da neutralidade axiológica. Que estranha atitude esta de assumir uma deliberada postura de ojeriza aos valores e, ao mesmo tempo, *valorizar* um conhecimento supostamente objetivo como se fosse algo intrinsecamente valioso, independentemente do uso pervertido que se possa fazer dele.

Também não se percebia a contradição em se criticar e se negar toda forma de metafísica, por não ser científica, mas sustentar o apego à legalidade em algo que, notoriamente, transcende a realidade. Afinal, é patente que a legalidade só pode fundamentar-se metafisicamente. O lema “abaixo todos os dogmas, mas obedeça a lei custe o que custar” é um claro *ato de fé* manifestamente político-ideológico, impossível de ser sustentado apenas com base nos fatos empíricos²⁹⁹.

299 O caráter fortemente ideológico do legalismo pode ser percebido a partir de um argumento muito utilizado pelos próprios positivistas, que é a constatação de que não se pode, numa perspectiva lógica, chegar a conclusões valorativas tão somente a partir de premissas factuais. Fatos e valores seriam noções diferentes do ponto de vista lógico e nenhuma conclusão sobre valores poderia decorrer de fatos. Assim, somente seria possível deduzir uma norma de outra norma. Um *dever ser* apenas poderia ser derivado de um *dever ser*. A passagem de uma afirmação descritiva para uma afirmação prescritiva exigiria por parte do interlocutor um juízo de valor favorável àque-la afirmação. O fato de se reconhecer a existência de uma norma (a lei determina X, o legislador aprovou Y, o precedente estabelece Z etc.) não significaria, por si só, que a norma merece obediência. Para se concluir que uma determinada norma deve ser obedecida, há que se inserido no raciocínio uma premissa (igualmente deontológica) justificando aquele *dever ser*. R. M. Hare expõe esse pensamento através das seguintes regras lógicas: “(1) Nenhuma conclusão indicativa pode ser extraída validamente de um conjunto de premissas que não possa ser extraído validamente apenas dos indicativos dentre elas. (2) Nenhuma conclusão imperativa pode ser extraída validamente de um conjunto de premissas que não contenha pelo menos um imperativo” (HARE, 1996, p. 29/30). Essa regra de que um imperativo não pode aparecer na conclusão de uma inferência válida, a não ser que haja ao menos um imperativo nas premissas, poderia ser confirmada recorrendo a considerações lógicas gerais. Segundo Hare, “hoje é geralmente considerado verdadeiro por definição que (falando grosseiramente em princípio) nada pode aparecer na conclusão de uma inferência dedutiva válida que não esteja, a partir do seu próprio significado, implícito na conjunção das premissas”. Desse modo, “se há um imperativo na conclusão, não somente deve aparecer *algum* imperativo nas premissas, mas o próprio imperativo deve estar implícito nelas” (HARE, 1996, p. 33). Por esse motivo, “nenhum sistema moral cujos princípios fossem considerados puramente factuais poderia cumprir sua função de regular nossa conduta” (HARE, 1996,

Os adeptos do legalismo dão um salto arbitrário quando propugnam um dever incondicional de observância à lei pelo simples fato de as leis serem direito positivo. Ao fazerem tal inferência, os legalistas estariam transbordando a mera análise descritiva do fenômeno jurídico para reivindicarem (prescreverem) uma linha de conduta indiscutivelmente ideológica. O jurista que assim pensa, partindo do positivismo epistemológico (direito = direito positivo) para chegar ao positivismo ideológico (direito = moralmente obrigatório), estaria cometendo o mesmo tipo de erro lógico de que são acusados os jusnaturalistas, qual seja, extrair conclusões normativas de meros fatos³⁰⁰.

Para se defender o dever de respeito à lei, é necessário partir de um juízo de valor que esteja acima da própria lei. E só é possível exercer juízo de valor sobre os fatos da natureza quando elaboramos normas que sirvam de critério de julgamento. Essas normas – que servirão para avaliar os fatos – não poderiam, obviamente, ser derivadas destes mesmos fatos que serão julgados, sob pena de se entrar em um círculo vicioso. Somente após compararmos os fatos com as normas de avaliação é que podemos decidir se são justos ou injustos, bons ou maus. Invocando uma clássica passagem de John Rawls, pode-se dizer que fatos naturais não podem ser justos ou injustos; o que é justo ou injusto é o modo como as instituições lidam com esses fatos³⁰¹.

Mesmo que a norma legal contenha um comando obrigando todos a cumprirem as leis, essa norma só vale o que valer a lei, e o valor da lei depende de um juízo de valor extralegal³⁰² (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 283/284). Por conta disso, o positivismo legalista, apesar de repudiar

p. 46). De modo mais enfático: “por nenhuma forma de inferência, por mais imprecisa que seja, podemos obter resposta à pergunta ‘Que devo fazer?’ A partir de um conjunto de premissas que não contenha, ao menos implicitamente, um imperativo” (HARE, 1996, p. 48).

300 A esse respeito: NINO, 2003, p. 32/35.

301 “*The natural distribution is neither just nor unjust; nor is it unjust that persons are born into society at some particular position. These are simply natural facts. What is just and unjust is the way that institutions deal with these facts*” (RAWLS, 1971, p. 102).

302 Em outra passagem, Castanheira Neves assinalou que: “não é o reconhecimento (de facto) que constitui e funda a validade-vigência da normatividade do direito, é antes a normatividade, com uma fundamentante e constitutiva validade intencional, que suscita o seu reconhecimento social como direito” (CASTANHEIRA NEVES, 1995e, p. 23).

qualquer conclusão que não possa ser inferida de fatos, alicerça-se em concepções metafísicas. É tão jusnaturalista, nesse ponto, quanto as propostas jusnaturalistas que tanto combateu, pois também está eivado de especulações supra-empíricas, ainda que encobertas por um conveniente manto de objetividade³⁰³.

As perguntas relevantes para a solução do problema são estas: uma norma que prescreva um dever incondicional de respeito à Constituição e as normas dela derivadas pode ser justificada? As leis devem ser vinculantes, independentemente de seu conteúdo, pelo simples fato de terem sido aprovadas em conformidade com uma norma superior? Deve-se buscar o fundamento do direito apenas na lei, identificando a legalidade com a juridicidade? É possível desenvolver outros critérios de solução para os problemas jurídicos fora do sistema legal? É possível que o direito adote

303 Quem também percebeu que seria logicamente equivocado buscar o fundamento de respeito à lei na própria lei foi Hans Kelsen quando tentou alicerçar o seu conceito de sistema normativo em uma hipotética norma fundamental que se situava *fora* do próprio direito positivo. A norma hipotética fundamental nada mais seria do que uma premissa epistemológica que exigia o respeito à constituição vigente e a todas as demais normas que dela derivassem. Mas a obrigação de obedecer à constituição, que é o mandamento contido na norma hipotética fundamental, seria uma norma transcendente ao direito positivo, assumida como válida apenas para fins epistemológicos, conforme orientava Kelsen. O problema é querer transformar a norma hipotética fundamental em uma premissa ideológica ou mesmo metodológica. Há controvérsia acerca da real visão ideológica de Kelsen a respeito do dever de obediência à lei. Há algumas passagens em suas obras que indicam que ele tinha uma visão ideologicamente favorável ao legalismo, embora esse ponto não seja tão claro. No seu livro “A Justiça e o Direito Natural”, Kelsen parece defender que a validade do direito é sempre algo valiosa. Ao criticar a doutrina do direito natural que considera que o direito positivo apenas é válido quando corresponda ao direito natural, Kelsen questiona: “como poderia também uma norma, que constitui um valor – e toda a norma válida constitui um valor –, como poderia um valor ser valorado, como poderia um valor ter um valor ou ter mesmo um valor negativo? Um valor valioso é um pleonismo, um valor desvalioso uma contradição nos termos” (KELSEN, 2001b, p. 44). Na mesma obra, Kelsen defende: “não pode existir qualquer norma do direito positivo considerada válida que possa ser julgada como injusta do ponto de vista de uma norma de justiça havida simultaneamente como válida. Por isso, nem de um ponto de vista nem do outro pode valer uma norma injusta do direito positivo. Uma norma jurídica positiva não pode, por conseguinte, ser injusta, nem a partir de um dos pontos de vista, nem do outro” (IDEM, p. 46). Essa passagem nos induz a crer que Kelsen entendia que uma norma jurídica válida, isto é, aprovada em conformidade com as regras do sistema normativo, seria, por si só, valiosa, o que parece ser incompatível com a ideia de neutralidade axiológica defendida pela teoria pura. Um defensor de Kelsen certamente diria que o fato de uma norma ser juridicamente valiosa não significa que seja, necessariamente, valiosa sob o ponto de vista da justiça, uma vez que, na teoria de Kelsen, a validade de uma norma do direito positivo é independente da validade de uma norma de justiça. Poderia também ser alegado em favor de Kelsen a ideia de que a norma hipotética fundamental não teria um caráter ético-político, mas apenas um caráter teórico-gnoseológico, ou seja, ela teria uma função epistemológica e não ideológica. Mesmo assim, a confusão terminológica que Kelsen provoca, ao embaralhar as noções de validade, valor e valioso, faz com que se possa imaginar que ele tinha uma visão ideologicamente favorável ao direito estatal, o que contradiz a sua defesa de uma neutralidade axiológica diante do objeto de estudo do jurista.

fundamentos de validades outros, além daqueles positivados pelo legislador, para servirem até mesmo como limites ao poder político?

As respostas a essas perguntas, a própria lei não pode fornecer, pois é justamente a autoridade da lei que está em questão. Não é a lei quem nos prescreve a incondicional obediência a seus comandos, mas uma ideologia positivista que se apresenta tão somente como uma proposta possível de solução àquelas perguntas fundamentais³⁰⁴. O legalismo tem, portanto, um inegável caráter ideológico e, hoje, poucos duvidam disso. A questão é saber se é uma ideologia que vale a pena seguir. A resposta há de ser negativa não apenas pelas já comentadas falhas metódicas inerentes à subsunção e ao apego excessivo ao texto, mas, sobretudo, porque submete o pensamento jurídico a um jogo de forças políticas nem sempre eticamente comprometidas. Conforme se verá, a proposta jurisprudencialista surge como uma tentativa de superar o normativismo ideológico e metodológico, visando, em última análise, resgatar a autêntica vocação do direito de servir como instância de validade e não como mero instrumento do poder. Antes, porém, de analisar a perspectiva jurisprudencialista, vale analisar o debate teórico envolvendo o conceito de direito, surgido sobretudo a partir do debate Hart-Dworkin, que provocou uma transformação substancial no positivismo jurídico e no próprio sentido do direito.

3.5 Em busca de um autêntico sentido do direito

3.5.1 Conceitos de direito e as novas faces do positivismo e do anti-positivismo jurídicos

Conforme já visto, positivismo jurídico é uma expressão que tem sido usada para se referir a muitas ideias diferentes. As teses metodológicas e ideológicas que costumam ser apresentadas sob o rótulo de positivistas têm sido alvo de tantas críticas que, atualmente, são raros os juristas que as defendem abertamente. Quando se atribui a alguém o

304 Por isso, “se o positivismo legalista o resolve pela identificação do direito à lei ou pelo incondicional dever de ‘obediência à lei’, não podemos deixar de ver estes princípios apenas como a proposta *solução* de um problema (e de uma intenção) que o transcende” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 537).

epíteto de legalista ou de formalista, o objetivo central é desqualificá-lo, vinculando-o a uma forma de pensar ultrapassada e sem sentido. Assim, embora ainda existam ranços do formalismo no pensamento jurídico contemporâneo, pode-se dizer que o positivismo legalista foi superado. Por outro lado, o positivismo jurídico, enquanto perspectiva epistemológica de compreensão do direito, tem-se desenvolvido intensamente nas últimas décadas, graças a um rico debate teórico que tem dominado o cenário acadêmico anglo-saxão.

A origem desse debate envolve a busca do conceito de direito e a tentativa de solucionar o problema da demarcação, da identificação e da existência das normas e dos sistemas jurídicos. No centro de tudo, encontra-se uma discussão sobre a validade jurídica e sobre a relação entre o direito e a ética. A preocupação central é tentar estabelecer o que vale como direito em um determinado sistema jurídico e verificar até que ponto os valores éticos presentes na sociedade afetam a compreensão do que pode ser considerado como direito. Tal análise, nas principais perspectivas positivistas, deve ser externa ao fenômeno jurídico, tal qual a de um observador que analisa seu objeto de estudo no intuito de conhecer sua estrutura e compreender seu funcionamento. Assim, essa perspectiva pretende-se objetiva e, em alguns casos, científica, no sentido de evitar emitir qualquer juízo de valor sobre aquilo que se analisa, visando ser o mais fiel possível à realidade.

Essa pretensão de cientificidade e de objetividade que costuma estar associada ao positivismo decorreu de uma clara reação à perspectiva jusnaturalista que, até o século XIX, dominava o pensamento jurídico. Nessa perspectiva, o direito era conceituado como uma entidade ideal, fruto de algum propósito ou desígnio metafísico, que se situava num campo de intencionalidades fora da realidade para servir de parâmetro de mudança da realidade. Mesmo sendo constituído de forma independente de qualquer base social particular, esse direito natural seria acessível ao conhecimento humano, servindo ora como fonte material de produção do direito positivo, ora como critério de julgamento das leis existentes, mas sempre como elemento essencial para a caracterização do autêntico direito. Assim, seguindo Santo Agostino e Tomás de Aquino, muitos jusnaturalistas defendiam que a legislação que se afaste de uma concepção

de justiça e não tenha em mira o bem comum não seria direito, mas uma perversão de direito. Daí a máxima: *lex injusta non est lex*³⁰⁵.

A concepção jusnaturalista teve grande influência na elaboração das grandes declarações de direitos do século XVIII, redigidas e aprovadas após as revoluções liberais burguesas, especialmente a norte-americana (1776) e a francesa (1789). Tanto a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, decorrente da Independência dos Estados Unidos da América, quanto a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791, decorrente da Revolução Francesa, foram escritas com fortes tintas jusnaturalistas, proclamando a existência de direitos essenciais que independeriam das convenções humanas.

Um dos primeiros ataques à ideia de direitos naturais foi apresentado por Jeremy Bentham, que é considerado por muitos como o primeiro positivista jurídico. No seu texto "*Anarchical Fallacies*", Bentham examinou a linguagem retórica utilizada na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791, e rotulou todo aquele palavrório de "*nonsense em pernas de pau*" ("*nonsense upon stilts*"). Na sua ótica, falar em direitos naturais universais, imprescritíveis e inalienáveis seria um completo disparate, uma bobagem retórica, uma *gritaria* no papel, utilizada para manipular a plateia e provocar confusão terminológica, pois seria impossível conciliar a ideia de direitos inalienáveis com a ideia de um governo organizado, sendo impróprio falar de direitos sem pressupor uma rede de proteção institucional conferida pelo estado. O governo existiria não porque os seres humanos tenham direito preexistentes ao governo, que este seria obrigado a defender, mas porque, sem o estado, os homens não poderiam ter direitos. Dito de outro modo: sem um poder público, não haveria direitos, mas apenas aspirações e desejos. Assim, num hipotético estado da natureza, pré-estatal, não poderiam existir "direitos naturais",

305 A ideia de que a lei injusta não é direito encontra-se na famosa questão 95, artigo 2º, da Summa Teológica, onde Santo Thomas de Aquino invoca expressamente Santo Agostino como o autor original da ideia: AQUINO, 1988, p. 742. Segundo Finnis, essa passagem de Thomas de Aquino é a "resposta de Tomás a alguém que não concordou (em oposição de que o propósito da lei é tornar os homens bons) que existam leis tirânicas, feitas em benefício de seus próprios autores e não para tornar os homens bons. A resposta de Tomás significativamente admite que existem de fato tais leis, e tenta mostrar que, embora não sejam 'leis' no sentido estrito, elas têm a mesma natureza da lei não apenas por serem as ordens de um governante a seus súditos *como também* por terem (de um modo mal orientado) o mesmo tipo de função social" (FINNIS, 2007, p. 352).

mas apenas interesses, que dependeriam de um aparato estatal de proteção para serem chamados de direitos. De acordo com Bentham, os jusnaturalistas cometeriam uma falácia ao confundirem o desejo de possuir um direito, com o próprio direito. Como não seria apropriado falar em direito sem um aparato de poder que lhe dê suporte, a idéia de um direito não criado pelo direito positivo seria uma contradição em termos³⁰⁶.

Inspirado em Bentham e preocupado em estabelecer um conceito de direito mais próximo daquilo que é praticado pelas autoridades reais, John Austin, já no século XIX, desenvolveu uma relevante proposta teórica em que o direito positivo torna-se o elemento central de sua análise. No seu livro *"The Province of Jurisprudence Determined"*, publicado em 1832 (AUSTIN, 1832), Austin defendeu que o direito propriamente dito é comando; o direito que não fosse comando não seria propriamente direito. Esse comando seria dado pelo soberano, criando para os súditos o dever de obediência. Comando seria a expressão de um desejo para que alguém faça ou deixe de fazer alguma coisa, sob pena de se infligir um mal no caso do desejo não ser obedecido. Portanto, o direito seria um comando que o soberano estabeleceria para os súditos, passível de sanção caso seja desobedecido. A sanção seria o mal decorrente do descumprimento do dever de obediência. Austin reconhecia a existência de outros tipos de leis que não são impostas por um soberano, como as leis religiosas, provenientes de Deus, e as leis morais, que são fruto da opinião e do sentimento dos seres humanos. Porém, na sua ótica, só seriam consideradas como direito aquelas leis coercitivas estabelecidas por superiores políticos para inferiores políticos. A superioridade política mencionada por Austin seria o poder de forçar outras pessoas, por intermédio do medo, a moldar sua conduta segundo seus desejos. O superior político seria aquele que pode obrigar o inferior político a obedecer aos seus desejos. O que vai definir

306 Essa falácia seria equivalente a confundir a fome (desejo de comer) com a comida. Hoje, tal atitude é conhecida como *"wishful thinking"* (que pode ser traduzida como a *falácia da esperança ou do desejo*). Essa falácia consiste na formação de crenças de acordo com o que é agradável ao interlocutor, ao invés de se apelar para as evidências da realidade. Pode ser ilustrada da seguinte forma: "Eu desejo que X seja verdadeiro; portanto, X é verdadeiro". No caso dos jusnaturalistas, segundo Bentham, haveria um desejo de que determinados valores (chamados de direitos naturais) sejam direito; logo, esses valores automaticamente se transformariam em direito pela teoria do direito natural, o que seria uma impropriedade, pois a positividade seria uma nota essencial do direito (BENTHAM, 1843, p. 489/534).

se uma pessoa é politicamente superior a outra é o hábito: X é superior a Y se e somente se Y tem o hábito de obedecer X e não o inverso. As regras impostas pelos soberanos aos súditos comporiam o direito positivo, que seria a matéria específica da disciplina Jurisprudência (*Jurisprudence*) e, por consequência, dos juristas. Esta análise do direito positivo deveria ser feita pelo jurista sem levar em conta a bondade ou a maldade da lei. Afinal, a existência de uma lei seria uma coisa, e o seu mérito ou demérito seria outra coisa (*"the existence of law is one thing; its merit and demerit another"*).

A proposta conceitual de Austin teve bastante influência na teoria do direito, mas também foi alvo de inúmeras críticas. Algumas críticas foram desenvolvidas dentro da própria corrente positivista, envolvendo, por exemplo, os seguintes aspectos: (a) ao contrário do que sugere Austin, nem toda lei conteria um comando, pois existem leis que conferem poderes ou estabelecem competência, procedimentos, formalidades etc.; (b) a ideia de que a fonte do direito seria o soberano não é adequada para explicar a teoria do poder constituinte e da Constituição como limite formal e material ao próprio legislador, nem mesmo para explicar o fato que muitas leis são vinculantes para o próprio legislador; (c) a proposta Austin não atribui a devida importância ao procedimento de elaboração da lei, que é um ponto central da própria validade jurídica, dando a entender que qualquer ordem do soberano, pelo simples fato de ser uma ordem do soberano, já seria uma prescrição juridicamente válida; (d) a ideia do soberano/legislador como fonte exclusiva de produção normativa não leva em conta o fato de que os legisladores nem sempre têm uma plena noção sobre o conteúdo das leis que estão aprovando, de modo que a prescrição contida no comando legal pode não corresponder a uma intenção ou a um desejo deliberado e consciente do soberano; (e) muitas prescrições jurídicas não são fruto da vontade de um soberano, nem de um ato deliberado de criação jurídica, mas dos costumes ou dos contratos estabelecidos entre as partes, não sendo satisfatória a ideia de comando tácito como razão explicativa da existência do direito consuetudinário ou contratual, muito menos o argumento do hábito de obediência; (f) considerando que a validade e vigência de muitas leis transcendem a vontade e a própria exigência do seu feitor original, a teoria do comando de Austin não é satisfatória para explicar a *continuidade* do sistema jurídico quando

há sucessão do soberano ou do corpo de legisladores e a *persistência* das leis para muito além do desaparecimento do seu autor³⁰⁷; (g) a ideia de um legislador soberano e independente, habitualmente obedecido pelos súditos, que está na da proposta de Austin, não seria factível, já que não existe, em nenhum sistema jurídico real, algo correspondente a essa imagem; (h) além disso, o soberano não possui uma existência independentemente das regras, mas, pelo contrário, sua constituição é totalmente condicionada pelo próprio conteúdo das regras, de modo que o soberano também é uma criação jurídica; (i) nem sempre o cidadão comum tem consciência de quem é o autor das leis, nem mesmo de quem é o soberano, de modo que suas ordens não são acatadas em razão de uma compreensão direta da ordem dada, mas apenas por via indireta, em função da interferência de autoridades subordinadas ao soberano; (j) nem todas as leis impõem às pessoas que façam algo ou não façam algo, de modo que não podem ser inseridas arbitrariamente no conceito de comando do soberano; (k) nada impede que as leis estipulem autolimitações ao próprio legislador, de modo que não seria da essência das leis conterem comandos aos outros³⁰⁸.

Em face de todas essas críticas à proposta conceitual de Austin, diversos pensadores esforçaram-se por desenvolver soluções alternativas, capazes de superarem as objeções provocadas pela teoria de Austin, mas sem fugir da perspectiva analítica e positivista que o inspirou originalmente. Assim, por exemplo, Hans Kelsen desenvolveu um dos mais influentes conceitos de direito, substituindo a ideia de soberano pela ideia de norma fundamental como fundamento último do direito. Junto com a ideia de norma fundamental foi desenvolvida a ideia de cadeia de validade, em que cada norma buscaria sua validade em outra norma, de hierarquia superior, de modo que todo o sistema jurídico tivesse, em seu ápice, a mesma fonte de validade, que seria a constituição originária. Nesse

307 Hart acrescenta que “é característico de um sistema jurídico (...) assegurar a continuidade ininterrupta do poder de criação do direito, através de regras que servem de ponte na transição entre um legislador e outro: estas regulam a sucessão *antecipadamente*, designando ou especificando em termos gerais as qualificações e o modo de determinar o legislador” (HART, 2007, p. 63).

308 Referidas críticas foram desenvolvidas, sobretudo, por Hans Kelsen, Herbert Hart e Joseph Raz, nas obras que serão citadas logo adiante.

modelo, uma ordem concreta seria válida se tivesse por fundamento uma norma superior aprovada em conformidade com a Constituição vigente. Assim, para distinguir uma ordem juridicamente inválida (como a ordem de um assaltante exigindo a entrega de uma quantia em dinheiro) de uma ordem juridicamente válida (como a ordem de um funcionário público exigindo a entrega da mesma quantia em dinheiro), seria preciso verificar a conformidade da referida ordem com as normas válidas do sistema, o que significa, em última análise, verificar se a ordem foi emitida em conformidade com o sistema constitucional. Há, aqui, um claro deslocamento de perspectiva em relação à proposta de Austin: enquanto, em Austin, o súdito seria o destinatário da norma (ou do comando do soberano baseado em ameaça de sanção), em Kelsen, a norma seria uma espécie de autorização normativa dada aos funcionários estatais para aplicarem sanções em caso de desobediência à prescrição. Outra diferença relevante entre Austin e Kelsen refere-se ao fundamento último do direito. Em Austin, tal fundamento seria a vontade do soberano. Em Kelsen, seria a norma fundamental, que seria uma hipótese epistemológica extrajurídica imaginada para explicar a validade da norma constitucional originária. Sua própria validade seria pressuposta, como uma exigência prévia para a compreensão da validade do sistema jurídico como um todo. Por ter uma função epistemológica, seu conteúdo não seria predeterminado nem poderia conter nenhuma prescrição material específica, limitando-se a exigir o respeito à Constituição originária. Nesse ponto, Kelsen reaproxima-se de Austin para defender que não haveria uma conexão necessária entre o direito e a moral, de modo que as normas jurídicas poderiam ter qualquer espécie de conteúdo.

Herbert Hart também criticou a teoria do comando de Austin, refutando com diversos argumentos a ideia de que os fundamentos de um sistema jurídico consistem num hábito geral de obediência a um soberano juridicamente ilimitado. Na sua ótica, a proposta de Austin seria reducionista ao considerar que todas as leis seriam comandos e conteriam ameaças para obrigar os indivíduos a fazerem ou deixarem de fazer algo, não sendo capaz de reproduzir com fidelidade diversos aspectos relevantes de um sistema jurídico. Como bem lembrou Hart, existem leis que não se enquadram nessa definição, pois não

impõem deveres nem obrigações, mas apenas estabelecem condições para que os indivíduos possam praticar determinados atos, conferindo poderes jurídicos para criar, através de certos procedimentos especificados e sujeitos a certas condições, estruturas de direitos e deveres dentro do quadro coercitivo do direito (HART, 2007, p. 35). Hart denomina tais normas que conferem poderes de normas secundárias em contraposição às normas primárias, que seriam aquelas que estabelecem deveres e obrigações. Uma das grandes falhas da proposta de Austin, segundo Hart, foi não ter levado em consideração a presença e a importância das normas secundárias para a formação do sistema jurídico. O sistema jurídico seria não um conjunto de normas primárias estabelecendo ordens aos indivíduos ou aos funcionários públicos, mas a união de regras primárias e secundárias, mutuamente relacionadas e interdependentes. Algumas regras primárias, de fato, seriam regras de comando, especialmente as regras primárias de natureza penal (não matar, não roubar, não furtar). Porém, além dessas, havia muitas regras que não impunham comandos para os súditos, como por exemplo, as regras de direito civil que estabelecem os requisitos para a assinatura de um contrato particular ou então as regras de direito processual que regulamentam os procedimentos judiciais. A função dessas regras não seria emitir comandos, nem autorizar a aplicação de sanções pelos funcionários públicos, mas regular as condições jurídicas necessárias para que as regras primárias possam ser aplicadas, alteradas ou revogadas³⁰⁹. Um sistema normativo composto apenas de normas primárias seria falho por três motivos básicos: (a) em primeiro lugar, tal sistema teria um defeito de incerteza, decorrente da inexistência de um órgão com competência para dirimir as dúvidas que surgem em razão do conteúdo das normas primárias; (b)

309 Nas palavras de Hart: “as regras do outro tipo [regras secundárias] são em certo sentido parasitas ou secundárias em relação às primeiras [regras primárias]: porque asseguram que os seres humanos possam criar, ao fazer ou dizer certas coisas, novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar regras antigas, ou determinar de diferentes modos a sua incidência ou fiscalizar a sua aplicação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as regras do segundo tipo atribuem poderes, públicos ou privados. As regras do primeiro tipo dizem respeito a ações que envolvem movimento ou mudança físicos; as regras do segundo tipo tornam possíveis actos que conduzem não só a movimento ou mudança físicos, mas à criação ou alteração de deveres ou obrigações” (HART, 2007, p. 91).

o segundo defeito seria da rigidez ou estática do sistema, decorrente da falta de um órgão responsável por atualizar, revogar, modificar ou criar novas regras em função das mudanças sociais; (c) o terceiro defeito seria o da ineficácia, provocado pela ausência de uma instância dotada de poder para impor as obrigações em caso de violação. O remédio para cada um desses defeitos estaria na complementação do sistema de regras primárias com regras secundárias capazes de: (a) solucionar o problema da incerteza, o que se daria com a introdução de uma “regra de reconhecimento” capaz de especificar “algum aspecto ou aspectos cuja existência numa dada regra é tomada como uma indicação afirmativa e concludente de que é uma regra do grupo que deve ser apoiada pela pressão social que ele exerce” (HART, 2007, p. 104); (b) solucionar o problema da rigidez ou estática do regime de regras primárias, o que seria possível mediante a presença de “regras de alteração”, capazes de conferir poderes para criação, modificação e revogação das regras primárias; (c) solucionar o problema da ineficácia, através da introdução de regras secundárias que atribuam poderes aos indivíduos para proferir determinações dotadas de autoridade em caso de violação das regras primárias (“regras de julgamento” ou de “adjudicação”). Dentre essas regras secundárias, a regra de reconhecimento, que estabeleceria critérios dotados de autoridade para a identificação de regras válidas do sistema, seria a mais importante, pois seria ela que conteria o fundamento último do sistema jurídico. Desse modo, a regra de reconhecimento seria essencial para a compreensão do conceito de validade jurídica, uma vez que afirmar que uma dada regra é válida seria reconhecê-la como tendo passado todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema. Tal regra, portanto, permitiria distinguir as normas jurídicas de outras normas, além de informar sobre a validade jurídica e sobre os critérios para identificar as regras primárias de obrigação. Ao contrário do que aparenta, a regra de reconhecimento não é uma mera substituição nominal da norma fundamental de Kelsen, pois a sua natureza é factual, ou seja, “a questão de saber se uma regra de reconhecimento existe e qual é o seu conteúdo, isto é, quais são os critérios de validade em qualquer

sistema dado, é considerado (...) como uma questão de facto empírica, embora complexa”³¹⁰ (HART, 2007, p. 274). Em outras palavras:

A asserção de que existe só pode ser uma afirmação externa de facto. Porque enquanto uma regra subordinada de um sistema pode ser válida, e nesse sentido, ‘existir’, mesmo se for geralmente ignorada, a regra de reconhecimento apenas existe como uma prática complexa, mas normalmente concordante, dos tribunais, dos funcionários e dos particulares, ao identificarem o direito por referência a certos critérios. A sua existência é uma questão de facto. (HART, 2007, p. 121)

A compreensão da regra de reconhecimento exige uma substituição da noção de hábitos de obediência a uma pessoa soberana pela noção de regras fundamentais correntemente aceites e utilizadas para a identificação das regras primárias de obrigação, cuja palavra deve constituir um padrão de comportamento para a sociedade. Como se vê, os destinatários das normas não seriam apenas os funcionários públicos, pois direito também teria uma função de controle e de orientação da sociedade, servindo como parâmetro para a conduta humana. Assim, também os membros da sociedade possuiriam interesse em descobrir as regras do sistema para que possa planejar suas ações com base nelas³¹¹. Haveria, portanto, duas condições

310 Segundo Hart, “na vida quotidiana de um sistema jurídico, a sua regra de reconhecimento só muito raramente é formulada de forma expressa como tal (...). Na maior parte dos casos a regra de reconhecimento não é enunciada, mas a sua existência *manifesta-se* no modo como as regras concretas são identificadas, tanto pelos tribunais ou outros funcionários, como pelos particulares ou seus consultores (HART, 2007, p. 113).

311 A ideia de regra de reconhecimento como fundamento último do sistema pode ser melhor clarificada com a introdução da distinção entre o ponto de vista interno e o ponto de vista externo na compreensão do sistema jurídico. Enquanto o observador externo seria capaz de analisar o sistema normativo de forma descritiva, sem se comprometer com a sua bondade ou maldade, o observador interno estaria engajado com o produto de sua atividade, de modo que suas conclusões teriam uma função mais prescritiva do que descritiva. A perspectiva interna exigiria, pois, uma espécie de *aceitação* às regras que não necessariamente estaria presente na perspectiva externa. Assim, a regra de reconhecimento seria o produto da tensão entre aqueles que, por um lado, aceitam e cooperam voluntariamente com as regras e aqueles que, por outro lado, rejeitam e atendem as regras e, eventualmente, atendem a elas apenas de um ponto de vista externo como sinal de um possível castigo (HART, 2007, p. 100). De acordo com Hart, “a regra última de reconhecimento pode ser vista de duas perspectivas: uma está expressa na afirmação externa de facto de que a regra existe na prática efectiva do sistema; a outra está expressa nas afirmações internas de validade, feitas por aqueles que a usam para identificar o direito” (HART, 2007, p. 123). Desse modo, “enquanto as leis, que forem válidas perante os testes de validade do sistema, forem obedecidas pela maioria da população, temos aí certamente toda a prova de que

mínimas necessárias e suficientes para a existência de um sistema jurídico: (a) em primeiro lugar, as regras de comportamento consideradas válidas de acordo com os critérios últimos de validade devem ser geralmente obedecidas; (b) em segundo lugar, as suas regras de reconhecimento especificando os critérios de validade jurídica e as suas regras de alteração e julgamento devem ser efetivamente aceitas como padrões públicos e comuns de comportamento oficial pelos seus funcionários (HART, 2007, p. 128).

Com relação à conexão entre o direito e a moral, Hart entendia que, embora as obrigações jurídicas e as obrigações morais tivessem vários pontos de aproximação e de mútua influência, a tese da separação conceitual entre o direito e moral defendida pelo positivismo seria correta. Isso porque nem toda norma jurídica, reconhecida como válida pelas autoridades oficiais e pela sociedade, teria necessariamente um correspondente moral. Ou seja, existiram obrigações morais que não são obrigações jurídicas e obrigações jurídicas que não são obrigações morais. E mesmo que se reconheça que o desenvolvimento do direito é influenciado pela moral convencional e pela pressão social por ela provocada, “não se segue daí que os critérios de validade jurídica de leis concretas, usadas num sistema jurídico, devam incluir, de forma tácita, se não explícita, uma referência à moral ou justiça” (...). Daí porque “não é em sentido algum uma verdade necessária que as leis reproduzam ou satisfaçam certas exigências da moral, embora de facto o tenham frequentemente feito”³¹². (HART, 2007, p. 201/202).

Ronald Dworkin, por sua vez, criticou o conceito de direito de Hart, assinalando que, para além de um sistema de regras primárias e secundárias, o sistema jurídico também seria formado por princípios de conteúdo moral que integrariam o sentido do direito. Isso seria ainda mais visível em sistemas jurídicos como o dos Estados Unidos, por exemplo, onde os julgadores, na solução de casos concretos, utilizam com frequência prin-

necessitamos para estabelecer que um dado sistema jurídico existe. Mas porque justamente um sistema jurídico é uma união complexa de regras primárias e secundárias, esta prova não basta para descrever as relações com o direito implicadas na existência de um sistema jurídico. (...) deve haver uma aceitação oficial unificada ou partilhada da regra de reconhecimento que contém os critérios de validade do sistema” (HART, 2007, p. 126).

312 Ressalte-se que Hart insistiu que a sua proposta tem uma feição descritiva, no sentido de ser moralmente neutra, sem pretensão de servir de base de justificação ou de legitimação dos sistemas jurídicos existentes.

cípios morais como *standards* jurídicos obrigatórios e não meramente discricionários. A juridicidade dos princípios, na ótica de Dworkin, dependeria mais de seu mérito substantivo do que de sua origem (ou *pedigree*), de modo que dificilmente seria possível explicar a sua força tão somente a partir de testes factuais alicerçados em uma regra de reconhecimento. Para Dworkin, a compreensão de que os princípios integram o direito seria a “mais consistente teoria do direito”, pois, a um só tempo, explicaria o direito tal como praticado, apresentaria uma justificação moral para os julgamentos, além de oferecer uma resposta específica para os casos em que o direito explícito não for capaz de fazê-lo. Tais princípios, na ótica de Dworkin, costumam ser invocados pelos juízes para fundamentarem as decisões judiciais e não seriam reconhecidos por uma mera questão de práticas sociais seguidas pelas autoridades jurídicas, como a teoria da regra de reconhecimento de Hart levaria a crer. Para Dworkin, todas as proposições de direito envolveriam um juízo de valor (de moralidade política), e somente poderiam ser válidas se, juntamente com outras premissas, conformarem-se ao conjunto de princípios que melhor se ajustam ao direito estabelecido. Assim, os fundamentais reais do direito seriam os princípios de moralidade política capazes de fornecer, de forma coerente e entrelaçada, a melhor explicação possível para as práticas judicativas. O direito seria, nesse sentido, um conceito interpretativo, cuja compreensão envolveria um esforço de integração das decisões judiciais ao conjunto de valores compartilhados pela comunidade, especialmente a busca da igualdade de respeito e consideração, no intuito de justificar o uso do poder coercitivo do sistema jurídico naquela comunidade. Assim, frente a um caso difícil, os juízes deveriam apelar para os princípios de moralidade que ofereçam a solução mais justa e que melhor expliquem a tradição do sistema jurídico institucionalizado³¹³.

313 Uma síntese do pensamento de Dworkin nesta primeira fase de sua teoria pode ser lida em Etcheverri, inspirando-se em Sastre Ariza: “(1) *el derecho es concebido como una obra colectiva*; (2) *las decisiones jurídicas se integran en una obra que está comenza da pero que debe ser continua da en el futuro*; (3) *la interpretación no consiste sólo em establecer el significado de la práctica jurídica sino que, además, busca su me jor justificación*; (4) *de los principios se derivan derechos que forman parte del ámbito jurídico, aun cuando no es tén dentro de las prácticas sociales o de las convencio nes que contienen el material jurídico*; (5) *la integridad está relacionada con la coherencia que exige presentar la práctica jurídica como un conjunto*”

Hart, em seu famoso pós-escrito ao “Conceito de Direito”, tentou minimizar os impactos das críticas de Dworkin, assinalando que seria possível conciliar vários pontos defendidos por Dworkin com a sua teoria. Para Hart, a diferença entre ele e Dworkin seria mais de abordagem do que de fundo. Enquanto Dworkin estaria mais preocupado em compreender o direito numa perspectiva interna (o ponto de vista do juiz), Hart estaria mais focado na compreensão do fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva externa. Daí porque Hart sugere que talvez não existam tantos conflitos significativos entre esses dois tipos de empreendimentos teóricos, já que uma visão pode complementar a outra. Tanto é assim que Hart admitiu que os princípios são *reconhecidos*, de fato, como direito pela grande maioria dos sistemas jurídicos atuais e que os juízes, quando se defrontam com um caso em que a legislação não fornece respostas precisas, baseiam-se, com frequência, em princípios morais ou valores substantivos³¹⁴. Assim, haveria para o juiz um dever de “fazer o melhor juízo moral que puder sobre quaisquer questões morais que possa ter para decidir”. E mais: “Não importará, para qualquer finalidade prática, saber se, ao decidir assim os casos, o juiz está a criar direito de harmonia com a moral (sujeito a quaisquer que sejam os constrangimentos impostos pelo direito) ou, em alter-

armónico de principios; (6) la integridad parece ser, más que una des cripción de la realidad, un ideal político que só lo puede llevar se a cabo de forma limitada; y (7) la exigencia de integridad se dirige tanto al legislador, como al juez y al jurista” (ETCHEVERRY, 2006, p. 20).

314 Esse ponto de vista já havia sido apresentado por Hart antes mesmo de receber as críticas de Dworkin. Confira-se: “o direito de todos os Estados modernos mostra em pontos muito numerosos a influência não só da moral social aceita, como também de ideais morais mais vastos. Estas influências entram no direito, quer de forma abrupta e confessada, através de legislação, quer de forma silenciosa e paulatina, através do processo judicial. Em alguns sistemas, como nos Estados Unidos, os critérios últimos de validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos; noutros sistemas, como em Inglaterra, em que não há restrições formais à competência do Poder Legislativo supremo, a sua legislação pode, contudo, de forma não menos escrupulosa, ser conforme à justiça ou à moral. Os outros modos por que o direito espelha a moral são plúrimos, e ainda insuficientemente estudados: as leis podem ser uma mera carapaça jurídica e exigir pelos seus termos expressos que sejam preenchidas com recurso a princípios morais; o elenco de contratos tutelados juridicamente pode ser limitado por referência à concepção moral e de equidade; a responsabilidade pelos ilícitos cíveis e criminais pode ser ajustada aos pontos de vista de responsabilidade moral. Nenhum ‘positivista’ poderá negar estes factos, nem que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte de tais tipos de correspondência com a moral. Se tal for que o que se quer dizer com a expressão conexão necessária do direito e da moral, então a sua existência deverá ser admitida” (HART, 2007, p. 220).

nativa, é orientado pelo seu juízo moral relativamente ao direito já *existente* que é revelado por um teste moral para o direito”. (HART, 2007, p. 316).

A resposta de Hart a Dworkin gerou um intenso e sofisticado debate teórico envolvendo o conceito e a natureza de direito em que se distinguem, pelo menos, dois grandes grupos: os positivistas (a reivindicarem um conceito de direito sem conexões necessárias com a moral) e os não positivistas (a reivindicarem um conceito de direito necessariamente conectado com a moral), cada qual com diversas subdivisões internas.

Na perspectiva positivista, há pelo menos três grupos, conforme já mencionado: os inclusivistas, os incorporacionistas e os exclusivistas. Os dois primeiros (inclusivistas e incorporacionistas), que costumam estar juntos no combate aos exclusivistas, sugerem que o direito pode ter conexões contingenciais com a ética ou a moral³¹⁵. Já os exclusivistas defendem uma separação conceitual entre o direito e qualquer outro sistema normativo. Todos procuram, a sua maneira, desenvolver uma versão do positivismo jurídico capaz de superar algumas das críticas levantadas por Dworkin, sem renunciar à principal tese positivista, qual seja, a de que não é necessário que o direito reproduza obrigatoriamente determinadas exigências morais, embora possa fazê-lo eventualmente.

Entre os positivistas inclusivistas, Wilfrid Waluchow sugere as pautas de moralidade política, adotadas como parâmetro para avaliar, justificar e criticar as instituições sociais e suas atividades e produtos, podem exercer um papel de grande relevância na determinação do direito válido, sobretudo em sistemas que adotam cartas de direitos fundamentais que funcionam como baliza normativa para o controle de constitucionalidade das leis. (WALUCHOW, 1996). Assim, o *inclusive positivism* pretende explicar os modernos sistemas constitucionais e origina-se da percepção de que a Constituição, enquanto ordem ou sistema de valores, composta de princípios com forte caráter normativo, pode afetar a existência e o conteúdo das normas infraconstitucionais, de modo que a validade jurí-

315 No debate anglo-saxão, a palavra “moral” é usada de forma ambígua, ora para se referir aos princípios de convivência intersubjetiva, ora para se referir aos valores dominantes numa dada comunidade. Conforme visto no capítulo 1, neste trabalho, adotamos a palavra “ética” para se referir aos princípios de convivência intersubjetiva e a palavra “moral” para se referir à concepção de boa vida de cada indivíduo.

dica não pode ser determinada como uma mera comprovação de fatos. A conformação aos valores e princípios constitucionais, que são de natureza eminentemente moral, torna obrigatória, ainda que de modo contingente, a inserção de parâmetros éticos na compreensão do sentido do direito, mudando substancialmente a concepção jurídica pressuposta pelo positivismo tradicional. Em função disso, os inclusivistas acreditam que não há impedimento lógico para incluir as pautas de moralidade política nos testes de validade jurídica da regra de reconhecimento hartiana, ou seja, um sistema jurídico pode incluir valores ou princípios morais entre os critérios que determinam a validade jurídica da norma, sua pertença ao sistema, seu conteúdo e sua concreta influência sobre a decisão judicial (IDEM). Nesse ponto, os inclusivistas caminham lado a lado com o próprio Hart, que, como se viu, já havia sugerido que existem conexões possíveis entre o direito e a moral, embora de forma contingente e não necessárias. Assim, a tese da separação entre o direito e a moral não impediria que o teste de validade jurídica possa depender de critérios morais previstos na regra de reconhecimento.

Entre os incorporacionistas, Jules Coleman admite que razões morais podem ser incorporadas aos padrões normativos que influenciam as decisões jurídicas. Porém, na sua ótica, esse fato, por si só, não refutaria o positivismo jurídico, pois quem definiria, em última instância, o que pode valer como razão para as decisões judiciais seria o direito positivo. Assim, as razões morais só ingressariam no processo decisório nos termos estabelecidos pelo direito positivo. Nessas situações, o jurista que invoca razões morais para justificar uma determinada decisão não estaria, em rigor, afastando-se do direito positivo, mas apenas cumprindo uma exigência imposta pelo próprio direito positivo. (COLEMAN, 2001, p. 99/148; COLEMAN, 2010). Por sua vez, Matthew Kramer defende que a consistência com um princípio moral pode ser uma condição necessária para o reconhecimento da juridicidade de uma norma. Assim, um determinado sistema jurídico pode adotar como condição de validade de uma lei ou de um precedente a sua conformidade com um determinado princípio moral. Nessas situações, as autoridades judiciais poderiam anular regras que não atendam às condições exigidas pelo princípio moral. Apesar de aceitar essa conexão entre o direito e a ética, sua posição alinha-se ao

positivismo por entender que essa conexão é meramente contingencial, vale dizer, o direito não possuiria nenhum atributo inerentemente moral, embora possa ter. (KRAMER, 2004; 1999)

Seguindo um conceito alternativo e oposto, os adeptos do *exclusive legal positivism* defendem que o direito há de ser determinado e identificado a partir da análise de fatos sociais, sem qualquer referência a elementos morais. Assim, a validade jurídica também poderia ser compreendida como uma questão de fato a ser inferida a partir da análise das fontes dotadas de autoridade (o legislador, os precedentes, os costumes etc.). Nessa perspectiva, o conteúdo das normas jurídicas pode ser determinado independentemente de suas razões morais ou de sua conformidade com qualquer parâmetro ético, tal como proclama a “tese social forte”. O mais influente defensor dessa proposta é Joseph Raz, cujo conceito de direito adota como elemento central a autoridade que toda ordem jurídica reivindicaria (“*claimed to be authoritative*”), de modo que somente um sistema normativo capaz de se impor autoritariamente poderia ser considerado uma ordem jurídica³¹⁶. Ter autoridade, segundo Raz, significa ter o poder de exigir que os indivíduos deixem de lado seus juízos particulares para agirem conforme a ordem dada. A obediência exigida pela autoridade não poderia ser justificada com base em razões morais, pois as razões morais, por definição, apelariam para o livre convencimento (ou para o *balanço de razões*, na linguagem de Raz), conclamando que os indivíduos ajam conforme seu melhor juízo moral e, portanto, não abandonem seus próprios entendimentos. Por isso, Raz defende que uma ordem que usa razões morais não pode ser uma ordem jurídica, pois as razões morais seriam razões de primeira ordem a serem sopesadas com outras razões de primeira ordem, não sendo capazes de se imporem autoritariamente. As razões jurídicas, por outro lado, seriam razões de segunda ordem, ou seja, seriam razões que pretendem excluir todas as razões em contrário, exigindo uma suspensão do balanço de razões e obrigando que o indiví-

316 Em seu “*The Concept of a Legal System*”, Raz parte do princípio de que o direito é normativo, institucionalizado e coercitivo. É normativo por funcionar como guia de orientação para a conduta humana. É institucionalizado porque sua aplicação e transformação são, em grande parte, realizadas e reguladas por instituições. E é coercitivo porque a sua obediência é garantida, em última análise, pelo uso da força (RAZ, 1980, p. 2).

duo aja em conformidade com a ordem dada, ainda que existam outras razões de primeira ordem que recomendem o comportamento inverso. Desse modo, as razões relevantes para resolução dos problemas jurídicos seriam as razões positivas “autoritativas” (válidas *ex autoritatis*), que seriam aquelas cuja existência e conteúdo podem ser determinados sem recorrer a nenhum argumento moral³¹⁷. Assim, para Raz, o direito consistiria apenas de considerações positivas válidas *ex autoritatis* (“*Law consists only of authoritative positivist considerations*”) (RAZ, 1994, p. 206), extraídas de fontes juridicamente vinculantes, de modo que qualquer outra espécie de consideração seria considerada como extrajurídica e, portanto, não poderia reivindicar primazia ou prioridade sobre outras razões, já que não estaria protegida pela autoridade do sistema jurídico³¹⁸. Ressalte-se que a exclusão da moral do conceito de direito formulado por Raz não significa a exclusão da moral do processo deliberativo, nem da argumentação desenvolvida pelos juízes. Raz não ignora a presença do apelo a razões morais no debate forense e a constante invocação de elementos não estritamente jurídicos no estágio deliberativo. Por outro lado, Raz defende que esse fato, por si só, não seria suficiente para transformar razões morais em razões jurídicas, já que uma razão moral não deixará de ser uma razão moral apenas porque foi pronunciada em um contexto jurídico, seja por um advogado, seja por um órgão jurisdicional³¹⁹. Apenas as razões autoritativas, cuja existência independa de sua força moral, seriam razões jurídicas. Raz

317 Raz esclarece que o fato de uma consideração jurídica positiva poder ser determinada sem recorrer a um argumento moral não significa que o próprio *standard* não possa recorrer a um argumento moral. Assim, por exemplo, se uma lei determina que os juízes decidam como se fossem legisladores morais, isso seria considerado um *standard* positivo e, portanto, seria um *standard* jurídico “*authoritative*” (RAZ, 1994, p. 206). Desse modo, uma regra jurídica (positiva) que contivesse algum conteúdo moral não seria, verdadeiramente, uma regra moral, mas uma regra jurídica com correlato moral. Por outro lado, uma regra moral que não fosse *authoritative* não se tornaria uma regra jurídica apenas pelo seu conteúdo moral, por mais que, eventualmente, fosse mobilizada por algum juiz para a solução de algum caso concreto. Nesse caso, o referido juiz estaria decidindo, na verdade, com base em razões extrajurídicas (fora do direito). Os órgãos julgadores, reconhece Raz, costumam fundamentar suas decisões tanto em razões jurídicas (ou seja, “*authoritative positivist*”), como em razões não jurídicas.

318 Uma análise bastante elucidativa do pensamento de Raz, no intuito de refutá-la, foi formulada por Waluchow, em: WALUCHOW, 1996.

319 Em outras palavras, “*legal reasons are such that their existence and content can be established on the basis of social facts alone, without recourse to moral argument*” (RAZ, 1980, p. 211).

também reconhece que, em muitos casos, ante a falta de razões jurídicas expressas capazes de fornecer uma boa solução ao problema jurídico, o apelo a razões morais (ou a outras razões extrajurídicas) será inevitável. Essa presença da moralidade na argumentação adotada pelos juristas não afetaria, para Raz, a definição de direito do positivismo exclusivista, pois o positivismo exclusivista não está comprometido com a tese de que os juristas não invocam razões não jurídicas. Pelo contrário, o positivismo exclusivista reconhece que a atividade jurisdicional não é uma atividade de mera aplicação do material que decorre das fontes jurídicas e que, muitas vezes, os juízes afastam-se mesmo do direito (positivo) para decidir casos judiciais. E na ótica de Raz, os juízes devem ter mesmo o direito de agirem, e de fato agem, orientados por considerações extrajurídicas. Isso porque, para Raz, todos os atos são permitidos a menos que sejam regulados por lei. Se não existe nenhuma lei regulando uma dada conduta, isso significa que dizer que referida conduta encontra-se numa zona não jurídica. Qualquer solução institucional inovadora para um dado conflito que não esteja previamente definido em lei decorrerá de um exercício de um Poder Legislativo, mesmo que venha de uma decisão judicial. Assim, o fato de que os juízes muitas vezes julgam para além dos critérios legais disponíveis no sistema não seria suficiente para refutar o positivismo exclusivista, pois tal fato tão somente demonstraria que os juízes, com frequência, criam direito. (RAZ, 1980, p. 170 e ss.)

O positivismo epistemológico, em suas variadas versões, tem como contraponto inúmeras teorias não positivistas, cuja principal característica consiste em reconhecer algumas exigências de natureza ética como parte integrante e necessária ao conceito de direito. Além da proposta de Ronald Dworkin, outra influente teoria não positivista foi formulada por Lon Fuller, que desenvolveu um conceito de direito atrelado ao que ele denominou de moralidade interna do direito. Segundo Fuller, a ideia de direito teria como base oito cânones que comporiam “a moralidade que torna possível o direito”: (1) deve haver regras gerais; (2) as regras devem ser promulgadas; (3) as regras não podem ser retroativas, ou seja, devem mirar a regulação do futuro e não do passado; (4) as regras devem ser claras; (5) não deve haver contradições entre as diversas regras existentes; (6) as regras não podem exigir condutas impossíveis de serem realizadas;

(7) deve haver uma constância e estabilidade da lei ao longo do tempo; (8) deve haver uma congruência entre as regras existentes e o ato das autoridades responsáveis por sua aplicação³²⁰ (FULLER, 1967, p. 33/91). A moralidade do direito seria medida em graus ou escala, de modo que quanto mais um sistema jurídico se aproximasse da perfeição ou da excelência, maiores seriam os motivos para chamá-lo de direito³²¹. Seguindo Lon Fuller, Nigel Simmonds também adotou um conceito de direito vinculado a uma ideia moral. No seu livro “*Law as Moral Idea*”, Simmonds sugeriu que o direito deve ser compreendido, em seu autêntico sentido, como uma antítese da força e do poder arbitrário. O rótulo “direito” (“*law*”) deveria ser considerado como um título honorífico que somente deveria ser aplicado a instituições justas. Por isso, Simmonds critica aqueles que adotam

320 Fuller invoca a figura de um imaginário rei Rex para justificar os seus oito princípios que compõem a moralidade interna do direito. Esse rei seria uma espécie de reformador que experimentaria várias formas de regular a vida em sociedade. Na história contada por Fuller, todas as experiências de Rex fracassam, pois não respeitam os princípios morais “que tornam possível o direito”. Esses princípios relacionam-se à capacidade humana de refletir e de se guiar por normas de conduta que repete válidas. Assim, um sistema normativo que não possibilita aos indivíduos compreender quais são as regras válidas possui falhas intrínsecas que afetariam a sua própria juridicidade. Assim, por exemplo, um sistema em que as regras são estabelecidas arbitrariamente (*ad hoc*), ou são secretas (não públicas), ou são retroativas (*ex post facto*), ou são incompreensíveis, contraditórias ou de impossível cumprimento e assim por diante, seria tão falho que não poderia ser chamado de direito. O direito exigiria uma espécie de pacto de reciprocidade entre governantes e governados: os governantes indicariam as normas de conduta a serem observadas, respeitando as oito condições acima estabelecidas, e os governados se esforçariam por cumpri-las.

321 Existem muitos pontos de contato entre a ideia de moralidade interna do direito defendida por Lon Fuller e a dimensão ética do direito desenvolvida por Castanheira Neves. Ambas tentam realçar que o direito é feito para pessoas racionais que têm condições de se orientar por normas. Mas também há diferenças marcantes. Fuller enfatiza mais os aspectos formais/processuais dessa necessidade de tratar os destinatários das normas jurídicas (governados) como seres racionais. A moralidade interna do direito adota a condição racional, autônoma e responsável como premissa para a construção dos oito princípios morais que tornam o direito possível, mas não leva essa condição às últimas consequências. Os aspectos formais são condições necessárias para um sistema de governança por regras, mas não suficientes para garantir a proteção da dignidade humana. O respeito à autonomia e à autorresponsabilidade exige algo mais do que um mero sistema de regras claras, coerentes, previsíveis, gerais e prospectivas. É necessário que o conteúdo das regras também espelhe a necessidade de tratar os seus destinatários como pessoas capazes de distinguir o certo do errado. Por isso, na moralidade do direito – ou na sua dimensão ética – devem ser embutidos alguns valores materiais relacionados à liberdade, à igualdade, à solidariedade e assim por diante. Tais valores devem ser considerados como pressupostos necessários à própria convivência ética e, portanto, como parte integrante daquilo “que torna o direito possível”. Assim, uma dimensão ética do direito, em um sentido mais pleno da palavra, deveria abranger não só os princípios formais relacionados a essa moralidade interna, mas também uma dimensão substancial relacionada ao dever de respeito à dignidade.

a palavra direito para se referir a um instrumento moralmente neutro que pode servir para os mais variados propósitos, inclusive os mais perversos. Nessa perspectiva, investigar a natureza do direito implicaria buscar pelo seu propósito ideal, “*as the embodiment of an elevated aspiration*” (SIMMONDS, 2007, p. 37). Dessa forma, o conceito de direito, nesse sentido aspiracional, conteria necessariamente uma conexão com a moralidade. Tal conceito, explica Simmonds, seria um arquétipo intelectual que serviria de parâmetro para avaliar se os sistemas existentes podem ou não ser chamados de direito. Essa análise poderia operar-se em graus, ou seja, quanto mais próximo do arquétipo ideal o sistema existente fosse, maior seria a sua legitimidade para merecer o rótulo de direito. Na visão de Simmonds, o formato do arquétipo ideal se aproximaria dos “oito *desiderata*” desenvolvidos por Fuller.

Outro influente não positivista é o jusfilósofo alemão Robert Alexy para quem o direito seria um sistema normativo que reivindica uma pretensão de correção (“*claim to correctness*”)³²². Com isso, Alexy sugere existir uma necessária conexão conceitual entre o direito e a moral, pelo menos em uma perspectiva interna e participante. Ressalte-se que Alexy concorda com a tese de que, na perspectiva do observador externo, seria possível separar o direito positivo da moral e da justiça, pois quem analisa um sistema jurídico de fora, sem se engajar na sua realização, é perfeitamente capaz de dizer que uma norma jurídica é “conforme ao direito” e, ao mesmo tempo, discordar do seu conteúdo. O observador externo poderia incluir, na sua definição de direito, normas que não aceita moralmente, sem incorrer em contradição, pois, com isso, não está necessariamente sugerindo a sua obediência ou dando a sua aprovação. Para Alexy, a situação é diferente se a perspectiva adotada for a do participante, ou seja, daquele que está engajado na realização do direito, elaborando normas jurídicas para serem obedecidas pelos demais indivíduos, pois quem participa da realização do direito (como um juiz ou um legislador) pretende que as

322 É preciso esclarecer que a pretensão de correção está relacionada ao que Alexy denomina de dupla natureza do direito (“*dual nature of law*”), que envolve um compromisso tanto com a dimensão real ou factual quanto com a dimensão ideal ou crítica. Essa dupla natureza do direito também significa a busca de um equilíbrio ou conciliação entre a segurança e a justiça. Ver: ALEXY, 2010b, p. 167–182.

suas decisões sejam obedecidas não apenas por medo, mas também por serem consideradas como corretas. Quando um juiz diz que X é direito, pretende fazer com que as demais pessoas acreditem que X é correto e deve ser seguido. Logo, nessa perspectiva, seria contraditório dizer que X é incorreto, mas deve ser seguido de qualquer modo. Quem assim age, segundo Alexy, estaria cometendo uma contradição performativa, que ocorre toda vez que há uma discrepância entre aquilo que foi dito e aquilo que o interlocutor, de fato, pratica. Assim, na perspectiva daqueles que são responsáveis pela formulação das normas jurídicas, a ideia de “correção” (direito *implica* algo correto) estaria embutida como uma propriedade logicamente necessária ao conceito de direito: “os participantes de um sistema jurídico nos mais diversos níveis formulam necessariamente uma pretensão à correção. Se é na medida em que essa pretensão tem implicações morais, ficaria demonstrada a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral”³²³.

Conforme se observa a partir dessa análise esquematizada e deliberadamente simplificada, há diversas propostas concorrentes sobre o conceito de direito que são, em princípio, contraditórias entre si e, ao mesmo tempo, razoáveis. É possível concordar com todas pelo menos em alguma medida. Se isso ocorre é porque, no fundo, essas propostas não são tão contraditórias quanto aparentam à primeira vista. No próximo tópico, será demonstrado que a maior parte da divergência decorre do fato de que a palavra *direito* está sendo utilizada para se referir a fenômenos distintos ou a perspectivas distintas do mesmo fenômeno. Ou seja, o desacordo de fundo pode existir, mas as principais diferenças são superficiais e poderiam ser desfeitas se houvesse um pacto semântico envolvendo o *uso* da palavra direito.

323 “(...) participants in a legal system necessarily, on all sorts of levels, lay claim to correctness. If and in so far as this claim has moral implications, a conceptually necessary connection between law and morality is demonstrated” (ALEXY, 2002, p. 39). Ressalte-se que a proposta conceitual de Alexy sofreu vários ataques dos positivistas anglo-saxões em virtude de não contemplar todo o desenvolvimento teórico ocorrido desde Hart, sobretudo o debate entre os positivistas inclusivistas e exclusivistas. Ver, por exemplo: RAZ, 2007, p. 17-36.

3.5.2 Um pacto semântico sobre o conceito de direito

Most theorists accept that 'law' is a social concept that does not exist in any objective, fixed sense but is a product of our ideas and activities. Law is whatever groups of people conventionally attach the label law to – Brian Tamanaha, "Law".

For our language and idiom are rich enough to allow a great deal of discrimination and choice in the words we pick to say what we want to say, and our choice will therefore depend on the question we are trying to answer, our audience, and the context in which we speak – Ronald Dworkin, "Law's Empire".

Conforme dito, muitos desacordos envolvendo o conceito de direito decorrem de uma falta de esclarecimento prévio acerca do uso da referida palavra. Pessoas diferentes, usando perspectivas e propósitos diferentes, adotam a mesma expressão para se referir a distintos fenômenos sociais, sem que haja uma preocupação de esclarecer em qual conotação e contexto a palavra está sendo usada. Quando a divergência surge por uma falta de acordo semântico, a discussão transfere-se para o campo meramente conceitual, podendo-se transformar em uma mera "guerra de rótulos" em que cada interlocutor tenta demonstrar que o seu conceito é superior ao do outro. Em muitos debates dessa natureza, se fosse possível realizar um esclarecimento prévio e houvesse uma tentativa sincera de se compreender o que o outro pretende dizer, seria possível conciliar propostas teóricas aparentemente rivais, bastando que se deixe de lado a disputa pela "propriedade" ou "titularidade" do *rótulo*.

Antes de explicar esse ponto de vista, é preciso esclarecer que não se pretende defender que a procura pelo conceito de direito seja uma tarefa inútil e sem sentido. Tentar estabelecer um critério de demarcação preciso, capaz de distinguir o direito de outros fenômenos sociais, tem uma inegável utilidade prática, pois pode ajudar a definir o que vale e o que não vale como direito, além de orientar o foco informacional do jurista. É bastante provável que diferentes usos da palavra direito envolvam, para além do desacordo semântico, divergências substanciais profundas, inclusive ideológicas e axiológicas, dada a carga de valor que costuma circundar o sentido do direito. Porém, conforme se verá, muitos problemas jurídicos funda-

mentais podem ser resolvidos mesmo que persistam divergências acerca do conceito de direito. Há, portanto, três equívocos principais no debate sobre o conceito de direito que precisam ser evitados para que o debate possa focar no que é, de fato, relevante. O primeiro equívoco é transformar esse debate em uma busca obsessiva pela natureza ou essência do direito, como se existisse um conceito platônico a ser descoberto por alguns seres iluminados que conseguiram “sair da caverna” e enxergar o Mundo das Formas ou das Ideias³²⁴. Trata-se de uma atitude cada vez mais rara, pois poucos são os juristas que acreditam na existência de um conceito platônico de *direito*. Em geral, as disputas sobre o conceito de direito envolvem o fenômeno jurídico enquanto prática cultural e não como algo etéreo que paira nos céus³²⁵. O segundo equívoco consiste em inverter a “ordem da frase”, começando a construção do conceito a partir do rótulo e não do fenômeno a ser analisado. Quando se parte de um determinado conceito, com todas as suas propriedades necessárias previamente estabelecidas, para somente depois apontar os fenômenos que podem ser enquadrados ou não naquele conceito, o debate se torna demasiadamente abstrato, pois girará não em torno da realidade, mas das propriedades necessárias que deveriam ou não integrar o referido conceito. Para evitar esse problema, é preciso inverter a ordem da construção das frases conceituais, ou seja: ao invés de se iniciar o debate com a frase “o direito é...”, o primeiro passo na construção do conceito deveria ser a indicação dos fenômenos sociais que poderiam ser chamados de direito, terminando com “...isto é o que designo

324 A esse respeito, vale invocar o comentário de Hermann Kantorowicz sobre a busca da definição de direito: “*Muchos sistemas — el platonismo antiguo, el realismo escolástico, el fenomenalismo moderno — se han basado en la creencia de que cabe encontrar conceptos con carácter de verdad esencial o de ‘necesariedad’, por un procedimiento de intuición intelectual o mística, ya que son ellos los únicos conceptos de lo que pueda constituir la esencia inmutable de las cosas, su Wesen absoluta, que los distingue del resto de las cosas. Si esto fuera así, si, por ejemplo, existiera algo semejante a la ‘esencia’ del derecho, debería entonces admitirse que entre las muchas acepciones del término ‘derecho’, el único significado y la única definición verdaderos serían el significado que indicara dicha esencia y la definición que encerrara este significado. Por ello, casi toda la jurisprudencia medieval y oriental, e incluso la moderna, ha creído que entre el nombre de una ‘cosa’ (es decir, cualquier objeto del pensamiento) y la cosa nombrada existe un nexo metafísico que sería peligroso y sacrilego desconocer. Esto muestra que la jurisprudencia no se ha liberado todavía de la creencia antigua o, mejor, prehistórica en la magia verbal*” (KANTOROWICZ, 1964, p. 33/34).

325 No Brasil, Tobias Barreto, já no século XIX (1883), dizia que “o Direito não é um filho do céu, é, simplesmente, um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade” (BARRETO, 2010, p. 48).

por direito”³²⁶. O terceiro equívoco é mais comum e consiste em focar o debate na verdade ou falsidade de um determinado conceito, pois a pergunta decisiva não deveria envolver o erro ou acerto do conceito adotado, mas se a compreensão acontece ou não no sentido pretendido por aquele que o utiliza num diálogo real. É preciso reconhecer que o conceito de conceito também é uma invenção ou artefato criado para facilitar a compreensão mútua. Em virtude disso, o mais importante é tentar compreender o que cada um quer dizer com o uso da palavra *direito*, que, sem dúvida, possui e pode possuir mais de um significado.

De fato, muitos são os usos possíveis da palavra direito, já que se trata de um termo inegavelmente polissêmico. Robert Alexy sugeriu que podem existir mais de 60 significados possíveis para a palavra direito, quase todos envolvendo uma combinação dos seguintes fatores: validade legal (formal), eficácia social e validade axiológica (material) (ALEXY, 2002, p. 26). Afora isso, o fenômeno jurídico pode ser compreendido a partir de múltiplas perspectivas concorrentes, o que irá claramente alterar o significado que se atribui à palavra direito. Conforme defendeu Hart, existe não só a perspectiva interna (de um juiz, por exemplo), mas também a perspectiva externa (de um sociólogo ou de um antropólogo, por exemplo), cujas análises parecem ser bastante distintas, até porque o propósito do conhecimento produzido também não é idêntico³²⁷. Diante dessa

326 Em sentido semelhante, Karl Popper defendeu que as definições devem ser lidas “da direita para esquerda” e não “da esquerda para a direita” (POPPER, 1998, p. 20/22). Ele sustentou que as definições “da direita para a esquerda” (do conteúdo para o rótulo) são muito utilizadas pela comunidade científica (de matemáticos e físicos, especialmente) e talvez sejam responsáveis pelo baixo grau de desacordos linguísticos entre os membros dessa comunidade. Por meio desse tipo de definição, os cientistas nada mais fazem do que *introduzir rótulos abreviados para encurtar uma história cumprida*. Ao invés de se construir uma embalagem rotulada para somente depois introduzir o seu conteúdo, faz-se o inverso: simplifica-se um fenômeno complexo, apelidando-o com uma palavra mais simples. Por exemplo, os matemáticos, quando querem se referir ao *quociente entre o perímetro de uma circunferência e o seu diâmetro*, chamam isso de “Pi”. Eles não criaram a palavra “Pi” e a partir daí procuraram uma significação para ela. Primeiro veio o conteúdo e só depois foi colocado o rótulo. “Pi” é apenas uma espécie de etiqueta criada para facilitar o uso prático de uma expressão numérica muito longa. Em qualquer lugar do mundo, todos podem saber o significado de “Pi” mesmo que se dê outro nome. Se alguém quiser chamar outra coisa com o mesmo termo, basta que deixe claro que está tratando de uma coisa diversa e todos se entenderão. Um físico pode colocar o nome do seu gato de “Pi” e certamente ninguém vai achar que o gato é a mesma coisa do que o quociente entre o perímetro de uma circunferência e o seu diâmetro.

327 Eugenio Bulygin, no seu famoso debate com Robert Alexy, critica a distinção entre a perspectiva do observador e a perspectiva do participante, afirmando que há observadores que participam e

multiplicidade de pontos de vista e de fenômenos a serem analisados, é natural que surjam muitas divergências em torno do conceito de direito.

Uma das principais causas da diversidade decorre da perspectiva e do papel social assumido pelo elaborador do conceito. Por exemplo, para uma pessoa constantemente desrespeitada e explorada, que presencia as piores atrocidades sendo praticadas “em nome do direito”, o uso da palavra direito pode soar como um pretexto para a imposição do mal³²⁸. Para um *capo* mafioso, que corrompe diariamente juízes e policiais, o direito talvez não signifique nada mais do que o preço que ele precisa pagar para se ver livre de complicações jurídicas. Para um advogado astucioso, o direito pode ser a arte de encontrar brechas na lei para favorecer seus clientes. Para um empresário, o direito pode ser apenas mais um custo de produção a ser registrado em sua escrituração contábil. Para um *lobbista*, o direito pode ser considerado como o jogo de interesses que se resolve nos bastidores do poder. Para um morador de uma comunidade pobre, o direito pode ser aquilo que os líderes comunitários decidem quando são chamados a solucionar os conflitos intersubjetivos, mesmo sem o aval do estado³²⁹.

todos participantes são também observadores: “*the dichotomy between observers and participants is not so sharp as Alexy seems to believe. Most observers are at the same time participants and all participants are also observers*” (BULYGIN, 2010). Alexy respondeu a Bulygin argumentando que a distinção entre o participante e o observador não se refere à posição da pessoa, mas à perspectiva adotada. Quem adota a perspectiva do participante está preocupado em determinar a melhor resposta para um dado problema jurídico. Por sua vez, quem adota a perspectiva do observador está focado nas respostas tomadas pelos participantes, sem qualquer tipo de interferência direta no resultado produzido (ALEXY, 2010a). Embora a distinção entre a perspectiva do participante e a perspectiva do observador não seja tão simples quanto a dicotomia sugerida por Alexy, parece inegável que a mudança de propósitos altera, claramente, a análise do fenômeno jurídico. Assim, embora existam muitos aspectos compartilhados pela perspectiva do participante e pela perspectiva do observador, até porque o fenômeno “observado” é o mesmo, o engajamento da perspectiva do participante produz, em geral, um sentimento de responsabilidade pelo resultado que não necessariamente está presente na perspectiva do observador “puro” (para usar a linguagem de Alexy).

328 Ver no mesmo sentido: HOWARTH, 2000, p. 263.

329 A esse respeito, famoso é o conceito de direito desenvolvido por Boaventura de Sousa Santos, para quem o direito consiste em um corpo exigível de procedimentos e normas que contribui para a criação, prevenção e resolução de disputas através de discursos argumentativos unidos a uma ameaça de uso da força dentro de um determinado grupo. Assim, existiriam três componentes estruturais que fariam parte do fenômeno jurídico: a retórica, a burocracia e a violência. Reunidos, esses componentes caracterizam aquilo que Boaventura chama de “direito”. Assim, existiriam várias esferas de resolução de conflitos que atuam à margem do estado, inclusive sem qualquer respaldo do direito positivo. Todas essas esferas de resolução de conflito poderiam ser consideradas como *direito*, independentemente de serem reconhecidas como válidas pelo direito oficial. Dentro dessa concepção, a produção do direito (vista nessa dimensão bem ampla) não

Mas não são essas perspectivas que costumam circundar o conceito de direito adotado pelos juristas. O jurista visa a um conceito de direito que se aproxime das práticas institucionalizadas e avalizadas pelas autoridades estatais e pela comunidade e que envolvam um tipo de conhecimento especializado (profissionalizado), ensinado nas faculdades de direito e utilizado nas instâncias judiciais. Esse corte epistemológico reduz as perspectivas possíveis, mas ainda assim não resolve o problema do conceito e da natureza do direito. É que, mesmo na sua dimensão mais próxima das práticas institucionalizadas, a palavra direito é usada em muitos contextos diferentes. Alguns enfocam a vigência ou validade formal das normas positivas, a fim de aproximar o conceito de direito do conceito de lei ou das fontes autorizadas pelo legislador. Outros dizem que o direito não pode ser dissociado da justiça, o que estimula a busca de sua validade material-axiológica. Há ainda os que sustentam que o direito é um produto social mais amplo, incluindo os costumes, tradições e as práticas reconhecidas como direito pela sociedade, o que destaca a sua dimensão social ou eficácia³³⁰. Há quem diga que o direito autêntico é aquele que é produzido pelo estado ou então reconhecido como válido pelas autorida-

seria mais uma atividade exclusiva do estado, já que não seriam apenas as autoridades estatais que solucionam conflitos com base na força, na retórica e na burocracia. Ao lado das decisões proferidas pelos juizes oficiais, também seriam “direito”, na ótica de Boaventura, as decisões tomadas por uma associação de moradores de uma determinada favela envolvendo uma disputa entre vizinhos, por exemplo. Em Pasárgada, que foi o nome fictício atribuído à favela do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, Boaventura foi capaz de verificar a existência de várias instituições extra-oficiais de resolução de conflitos que solucionavam disputas à margem do poder estatal. A associação de moradores era reconhecida pela comunidade como uma instituição legítima para solucionar conflitos entre vizinhos. Os problemas intersubjetivos que surgiam no seio daquela comunidade eram voluntariamente submetidos à apreciação do presidente da associação como se ele, de fato, fosse um juiz legitimamente investido no poder de julgar. Suas decisões eram fundamentadas com frases retóricas muito semelhantes às frases adotadas pelos juizes estatais. Havia um procedimento burocrático onde imperavam as regras básicas do debate dialético: argumentação, contra-argumentação, ouvida de testemunhas e julgamento imparcial. A decisão era respeitada e cumprida pelos litigantes na grande maioria dos casos. Para as pessoas daquela comunidade, o “direito de Pasárgada” (da favela) tinha muito mais importância do que o “direito do asfalto” (do estado). Segundo Boaventura, a imensa maioria dos conflitos interpessoais existentes numa sociedade seria resolvida por meios semelhantes, em “julgamentos” realizados no âmbito das empresas, das famílias, dos sindicatos, das associações de moradores etc. Somente uma parcela ínfima dos conflitos seria solucionada pelas autoridades estatais. Nesse sentido: SANTOS, 2009.

330 A esse respeito, o sociólogo alemão Eugen Ehrlich, já no início do século passado, defendia que o centro de gravidade do direito não seria a legislação, nem a dogmática, nem a decisão judicial, mas a própria sociedade (EHRlich, 2005; EHRlich, 2002, p. 443/472.) Nas suas palavras, “não

des estatais; outros responderão que o direito não é apenas o que o direito estatal, pois o pluralismo jurídico, no qual várias ordens normativas não estatais concorrem com a ordem normativa “oficial”, é uma realidade social inquestionável, sendo que, muitas vezes, a ordem jurídica estatal sequer é a mais importante na gestão normativa do cotidiano da grande maioria dos cidadãos. Como se percebe, há tantas divergências sobre o conceito de direito que as pessoas só podem estar falando de coisas diferentes, ainda que usando a mesma palavra. E, em certo sentido, é exatamente isso que ocorre na maioria dos casos, vale dizer, muitos debates sobre o conceito do direito não passam de uma disputa de rótulos que poderia ser superada se ninguém assumisse a pretensão de ser o dono do conceito. Melhor dizendo: nada impede que a palavra direito seja usada para se referir a fenômenos diferentes (ou ao mesmo fenômeno, mas analisado sob perspectivas diferentes com propósitos diferentes), desde que seja possível compreender o que se pretende dizer, pois a principal importância do conceito é facilitar a comunicação e não a tornar ainda mais conflituosa. Assim, duas ou mais pessoas que estejam utilizando a palavra direito em sentidos diferentes podem eventualmente estar de acordo em muitos aspectos substanciais relevantes, de modo que, se deixarem os rótulos de lado, poderão chegar aos mesmos resultados de fundo. Ter consciência disso é fundamental para que muitas confusões infrutíferas sejam evitadas³³¹.

Além disso, conforme sustentou Frederick Schauer, mesmo que se entenda que somente pode haver um conceito verdadeiro de direito, contendo todas as propriedades necessárias que, conjugadas, comporiam a

é um elemento essencial do conceito de direito que ele seja criado pelo Estado, nem que ele constitua a base para as decisões de cortes ou outros tribunais, nem que seja a base de uma coerção legal consequente a tal decisão”.

331 A título de exemplo, mesmo que não haja acordo sobre o conceito de direito, é possível afirmar que nem todas as leis são justas, que nem todas as decisões judiciais seguem a lei, que podem existir precedentes iníquos, que existem sistemas de resolução de conflitos intersubjetivos que existem à margem do sistema oficial, que muitas decisões judiciais mobilizam argumentos valorativos, que muitas leis reproduzem a moralidade dominante, que muitas leis não são respeitadas, nem possuem eficácia, que muitas leis são incompatíveis com a liberdade ou com a igualdade, que muitos juízes decidem com base em seus preconceitos etc. Enfim, há uma infinidade de afirmações consensuais relacionadas ao fenômeno jurídico, cuja compreensão não depende de um conceito prévio do que seja direito.

sua natureza ou essência, não se pode negar que outros elementos, ainda que não-essenciais, possam ter uma grande importância para a compreensão do fenômeno jurídico. Pode-se mencionar, a partir de um exemplo fornecido pelo próprio Schauer, a coação (“*coercion*”), que seria uma característica claramente não essencial ao conceito do direito, embora muito relevante para bem compreender o fenômeno jurídico³³². Segundo Schauer, o escopo da filosofia do direito não deveria ser tão somente buscar uma análise conceitual da natureza do direito, focando apenas os seus elementos supostamente essenciais, mas analisar tudo aquilo que pode ser importante para a compreensão do direito vivo. Em suas palavras, “*that which is contingent, non-essential, and even particular or parochial may be vitally important, and may stand in need of empirical and philosophical illumination*” (SCHAUER).

Adotando uma linha diferente, mas chegando a resultados semelhantes, Brian Leiter, no seu ensaio “*The Demarcation Problem in Jurisprudence: A New Case for Skepticism*”, adota uma postura cética sobre o problema da demarcação do conceito de direito na teoria jurídica, almejando, de forma ambiciosa, “*to set this venerable philosophical bird on her path and to lay the Demarcation Problem to rest*” (LEITER, 2012, p. 5). Na sua ótica, o direito seria um artefato, cuja existência necessariamente dependeria de uma atividade humana. Conceitos artefatos, segundo Leiter, seriam refratários a uma abordagem envolvendo propriedades necessárias ou atributos essenciais, pois, di-

332 A coação não seria uma propriedade necessária ao direito, pois é possível imaginar um sistema jurídico sem qualquer necessidade de coação, bastando que os agentes responsáveis pela realização do direito aceitem a validade de uma determinada regra não-coercitiva e que a população de um modo geral também reconheça a sua validade, observando-a espontaneamente. Apesar disso, Schauer defende que, mesmo que se entenda que a coação não é uma condição essencial para o conceito de direito, não se pode negar que a coação está presente em diversos sistemas normativos e muitas regras jurídicas, de fato, somente são obedecidas pela ameaça ou o efetivo uso da força pelo estado, razão pela qual seria um erro afastar a coação da compreensão do conceito de direito, sob o argumento de que seria possível imaginar um sistema jurídico não coercitivo. Embora Schauer não mencione o exemplo dos princípios éticos, acredito que a mesma lógica pode ser adotada para criticar aqueles que, por entenderem que o conceito de direito pode ser formulado sem qualquer conexão com os valores éticos, afastam deliberadamente os aspectos éticos das discussões jurídicas. Mesmo que se adote um conceito de direito desvinculado da justiça, não se pode deixar de reconhecer que existem elementos éticos de extrema importância para a solução de diversos problemas jurídicos, sobretudo aqueles mais relacionados aos direitos fundamentais, mas não só. A ética é, sem dúvida, relevante para o direito (seja qual for o conceito de direito adotado), razão pela qual os juristas não deveriam abrir mão do saber ético tão somente porque é possível desenvolver um conceito de direito pretensamente neutro. Uma coisa não leva a outra.

ferentemente de conceitos *naturais*, sua existência dependeria dos propósitos humanos. Buscando inspiração no debate sobre o problema da demarcação do conceito de ciência, Leiter defende que o relevante, no debate da demarcação, não é descobrir um conceito que consiga captar todas as propriedades necessárias ou essenciais do direito, mas compreender as implicações práticas desse esforço intelectual. Assim, a pergunta relevante não seria identificar o que diferencia o direito e a moral, mas entender o porquê dessa pergunta.

E exatamente o que está em jogo quando tentamos estabelecer um conceito de direito? Qual o *porquê* dessa tentativa de delimitação conceitual? Existem muitas questões que circundam o debate sobre o conceito de direito. Podemos elencar, por exemplo: (a) questões epistemológicas (qual deveria ser o objeto de estudo de alguém que se propõe a conhecer o direito?; é possível uma teoria do direito meramente descritiva?; o que conta ou vale como direito?); (b) questões ético-ideológicas (que atitudes devemos tomar – enquanto juristas ou cidadãos – perante uma lei injusta?; o que é uma lei injusta?; que tipo de conteúdo pode ser aceito como critério de juridicidade para a solução dos problemas jurídicos?; quem tem legitimidade para elaborar esses critérios de julgamento?); (c) questões dogmáticas (quais são as fontes do direito?; que fundamentos e critérios podem ser mobilizados – ou devem ser mobilizados – para justificar a solução dos problemas jurídicos reais?); (d) questões metodológicas (qual o melhor método para solucionar uma controvérsia jurídica?; como adaptar a solução normativa ao caso concreto?; como corrigir os critérios normativos diante de situações inusitadas ou atípicas?; como solucionar um problema jurídico diante da ausência de um critério normativo disponível?).

Essas questões possuem uma inegável importância prática e envolvem os problemas fundamentais do direito. Porém, nenhuma discussão chegará ao fim se o foco da divergência for saber quem está usando a palavra direito no seu verdadeiro significado, pois não há um *uso verdadeiro* para qualquer expressão³³³. Grande parte da controvérsia sobre a natureza ou o

333 "...former debates over which concept of law is the correct concept will be bypassed, for there is no single correct concept of law" (TAMANAH, 2008, p. 14).

conceito do direito decorre de uma equivocada idéia de que cada palavra somente pode ter um único e exclusivo significado, quando, na verdade, o importante, no processo de construção da linguagem, não é chegar a conceitos perfeitos e definitivos para as palavras criadas, mas apenas deixar claro sobre o que se está falando, conforme já dito. Em outras palavras: conceitos ou definições não devem ser tratados como afirmações, ou seja, não devem ser consideradas como premissas que possam ser avaliadas como falsas ou verdadeiras. Por isso, quando criamos uma palavra como “direito”, nosso principal objetivo é simplificar um fenômeno complexo, apelidando-o com um nome mais simples para facilitar a comunicação. Como vários fenômenos complexos diferentes podem ser chamados de direito, basta que se predefina o uso, a perspectiva e o propósito da análise, evitando uma discussão inútil e desgastante sobre a titularidade de uma patente que, a rigor, não pode pertencer a ninguém em particular.

O problema é que as pessoas divergem sobre o conceito de direito mesmo quando estão se referindo ao mesmo fenômeno social e adotando a mesma perspectiva de análise. As diversas correntes do positivismo jurídico contemporâneo inserem-se nesse contexto. Nessas situações, a melhor solução talvez seja tentar chegar a uma espécie de “*overlapping consensus*” sobre o uso da palavra direito, evitando impor uma determinada concepção a todo custo e assumindo uma sincera predisposição para o mútuo entendimento, como condição da própria viabilidade da comunicação. A dúvida é saber se é possível contemplar uma pluralidade de conceitos de direito tão diferentes entre si dentro de uma mesma rede de linguagem. Sendo ainda mais específico: como conciliar dois conceitos tão contraditórios como o que aquele adotado pelos positivistas e aquele adotado pelos não positivistas? É o que se verá a seguir.

3.5.3 Neutralidade *versus* intenção de validade

As principais divergências entre positivistas e não positivistas talvez envolvam muito mais diferenças de perspectivas e propósitos do que propriamente diferenças de fundo sobre o que é o direito. Hart já havia sugerido isso no seu famoso debate com Dworkin, ao observar que a compreensão do fenômeno jurídico pode variar conforme a perspectiva

adotada, pois aqueles que analisam o fenômeno jurídico de um ponto de vista externo (não normativo, que é a pretensão dos positivistas epistemológicos, bem como dos sociólogos ou antropólogos) tendem a adotar um olhar distanciado, a fim de diagnosticar a realidade tal com ela se manifesta. Por sua vez, aqueles que adotam o ponto de vista interno, como membros participantes do sistema institucional de solução de conflitos, tendem a embutir na análise uma preocupação com o resultado de sua atividade, já que estão engajados na busca da melhor solução para os problemas que devem enfrentar. Com pequenas variações, Robert Alexy também defendeu que o conceito de direito pode ser afetado pela variedade de perspectivas, sustentando que somente há sentido em separar o direito de sua *pretensão de correção* quando se analisa o fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva externa, pois todo aquele que se compromete com a produção do direito busca soluções corretas.

Essas várias perspectivas – externa/interna, participante/não participante, engajada/não engajada, comprometida/não comprometida – não são adversárias, mas complementares, pois procuram analisar o mesmo fenômeno com uma luz diferente e com propósitos diferentes³³⁴. O ideal, para que o fenômeno jurídico seja compreendido em sua totalidade, é buscar ampliar o foco da análise, aproveitando ao máximo o material produzido pelas várias perspectivas possíveis e tentar compreender o direito com múltiplos olhares diferentes.

É preciso, porém, desfazer um equívoco muito comum a respeito da distinção entre perspectiva interna *versus* perspectiva externa ou perspectiva participante *versus* perspectiva não participante. Essas distinções envolvem muito mais do que a posição do sujeito em um sistema social, pois está mais relacionada (a) ao *uso* do conhecimento produzido, (d) ao *propósito/intenção* da investigação e sobre o que fazer com aqueles dados e (c) à *atitude* perante os dados colhidos ou a colher.

O fenômeno social pode ser o mesmo, mas o conhecimento produzido certamente é diferente conforme for o uso, o propósito, a intenção

334 Como bem lembra Aroso Linhares, mobilizando Joseph Singer, “critical thinking does not undermine normativity; rather, it supports it; (...) we need both human commitments and open minds; what we seek are normative claims that are strong but contestable” (LINHARES, 2012a).

e a atitude do sujeito cognoscente. Como se sabe, há variados usos do conhecimento produzido (normativo, analítico, descritivo *etc.*) e também vários propósitos em produzi-lo (compreender, explicar, legitimar, criticar, aperfeiçoar, comparar *etc.*). Diante de tantos usos e propósitos, que podem estar presentes ao mesmo tempo, é possível estabelecer variadas atitudes sobre o que fazer com todas as informações produzidas: de passividade, de engajamento, de admiração, de indignação, de contemplação, de curiosidade *etc.*

No caso do debate sobre o conceito de direito, o pacto semântico há de envolver um esclarecimento prévio não apenas sobre o *uso* da palavra direito, mas também sobre a *perspectiva adotada* e o *propósito da análise*³³⁵. Os positivistas epistemológicos, por exemplo, assumem-se, em geral, como observadores externos do fenômeno jurídico e pretendem produzir conhecimento capaz de ajudar a compreender e explicar a estrutura e o funcionamento das instituições e do sistema normativo, sem avaliar o seu conteúdo, nem mesmo prescrever qualquer atitude a ser tomada diante do conhecimento produzido. Por sua vez, os não positivistas costumam adotar a perspectiva do jurista que faz parte do sistema de solução de conflitos e pretendem explicar como funciona o raciocínio jurídico na visão daqueles que se preocupam em fornecer as melhores respostas para os problemas concretos. Nessa perspectiva, o conhecimento produzido busca uma intenção de validade para usar a linguagem de Castanheira Neves, pois se destina a influenciar a realização prática do direito.

Obviamente, essa dicotomia é um pouco mais complexa do que aparenta, pois é possível adotar a perspectiva externa visando não apenas descrever o fenômeno jurídico, mas criticar as instituições existentes e propor melhorias no seu funcionamento. Do mesmo modo, pode-se analisar o fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva interna e não avaliar as práticas adotadas, nem concordar com o conteúdo das normas e precedentes utilizados. Não há, portanto, uma rígida vinculação entre a

335 Brian Bix, no seu texto “*Legal theory: Types and Purposes*”, defende que uma das principais causas do desacordo a respeito da natureza do direito reside na falta de reconhecimento da variedade de formas e propósitos das diversas teorias. Assim, se os juristas aceitassem e compreendessem que os projetos teóricos envolvendo a análise do direito podem ser *descritivas* ou *prescritivas*, *conceituais* ou *empíricas* e assim por diante, o debate seria muito mais produtivo (BIX, 2007).

perspectiva externa e o propósito descritivo e a perspectiva interna e o propósito prescritivo. Além disso, nada impede que um observador externo incorpore, em sua análise, a perspectiva interna e participante, a fim de tentar compreender como os membros daquela comunidade vivenciam o direito, e nada impede que os participantes assimilem algumas características da perspectiva externa, no intuito de verificar como um observador imparcial e distante compreenderia as suas práticas, exercendo um juízo crítico sobre as suas crenças e preconceitos.

Também é preciso reconhecer que não há uma correlação necessária entre a perspectiva externa e adoção de um conceito pretensamente neutro de direito e a perspectiva interna e a adoção de um conceito valorativo de direito. É certo que a palavra *direito*, pelo menos em língua portuguesa, pode ser usada como sinônimo de correto, o que nos induz a pensar em um conceito de direito necessariamente valorativo³³⁶. Mas não há qualquer empecilho lógico-linguístico para usar a mesma palavra sem essa conotação, bastando que esse fato seja esclarecido previamente para evitar incompreensões³³⁷. Assim, um determinado sujeito que pretenda analisar o fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva externa visando criticar as práticas estabelecidas poderia seguir dois caminhos: (a) poderia embutir na palavra direito algum elemento valorativo (a ideia de justiça, por exemplo) e, com isso, afirmar que o direito “tal como é praticado” não corresponde ao seu conceito, razão pela qual aquele fenômeno analisado não merece o rótulo de direito, por ser um direito defeituoso; (b) ou poderia excluir o elemento valorativo do conceito do direito (equiparando-o, por

336 Nesse ponto, parece haver uma clara diferença entre a palavra *Direito*, em língua portuguesa, e *Law*, em língua inglesa. A palavra *Direito* certamente tem uma carga valorativa maior do que a palavra *Law*, já que costuma ser utilizada também como sinônimo de *correto*, *justo*, *certo* etc. Além disso, como explica José de Sousa e Brito: “a tradição do pensamento ocidental pensou os conceitos de direito e de justiça como estando interligados. Aliás, o próprio idioma a isso convidava: a palavra alemã ‘Gerechtigkeit’ deriva de ‘Recht’, tal como em grego ‘dikaiosune’ vem de ‘dikaion’, e em latim ‘iustitia’ de ‘ius’. Nas línguas latinas modernas, como em francês ou português, não existe relação etimológica entre ‘justice’, ‘justiça’, e ‘droit’, ‘direito’. (...). Para além das palavras, a definição tradicional de justiça como virtude, ou seja, disposição, ou vontade permanente de ‘dar a cada um o seu direito’ (‘constans et perfecta voluntas ius suum unicuique tribuere’) leva ao direito” (BRITO, 1996, p. 9-20).

337 Para se perceber que a palavra direito pode ser usada, mesmo em língua portuguesa, em um sentido não valorativo, basta dizer que a expressão *direito injusto* não costuma ser tratada como uma *contraditio in terminis*.

exemplo, às leis, inclusive injustas) para defender que o direito “tal como é praticado” é injusto, devendo ser substituído por algum parâmetro de justiça desenvolvido fora do direito positivo. A rigor, a conclusão de fundo é a mesma, havendo apenas uma divergência sobre o uso da palavra direito, que poderia ser desfeita com um simples esclarecimento prévio.

O desacordo básico refere-se à possibilidade ou não de se usar a palavra direito em um sentido mais neutro, como se fora um instrumento de poder a serviço do bem ou do mal. Os positivistas costumam usar a palavra direito nesse sentido quando, por exemplo, equiparam o direito a qualquer direito positivo. Por sua vez, os jusnaturalistas e não positivistas preferem usar a palavra *direito* para se referir apenas ao direito justo, de modo que nem todo direito positivo seria, nessa ótica, autêntico direito.

De acordo com a proposta aqui defendida, o fato de a palavra *direito* ser usada para se referir a muitos fenômenos diferentes não deveria ser considerado um grave problema linguístico, a não ser que a comunicação não ocorra no sentido pretendido. Assim, caso se opte por um conceito de direito desvinculado de qualquer noção de justiça ou de ética, basta que tal fato seja previamente esclarecido, preferencialmente assinalando com clareza que a inclusão de um determinado sistema normativo no conceito de direito adotado não implica necessariamente a aprovação moral do referido sistema. Por outro lado, vincular o direito à justiça ou a algum tipo de correção ou intencionalidade ética não significa negar a existência de leis ou decisões judiciais injustas, mas apenas afastar o uso da palavra direito para se referir a sistemas opressivos ou injustos. Esses variados usos da palavra direito somente deveriam causar perplexidade se a busca pelo conceito de direito fosse uma busca metafísica, naturalística, essencializada. Se o objetivo da conceituação for meramente instrumental, visando simplificar uma conversação, não há qualquer problema em usar a palavra direito em sentidos ou contextos diferentes, desde que seja possível compreender exatamente o que se pretende dizer.

Ressalte-se que aceitar que a palavra direito pode ter vários significados não significa aderir a uma concepção relativista de direito, onde “qualquer coisa vale” e pode merecer uma aprovação ética. Se o uso da palavra direito for vinculado a uma intenção de validade, então é claro que nem tudo pode merecer o rótulo de direito. Por outro lado, se o uso

da palavra direito for separado de sua validade (por exemplo, quando se equipara o direito a qualquer sistema legal), então muitas normas abomináveis poderão eventualmente receber o rótulo de direito. Duas pessoas que estejam utilizando a palavra direito com significados diferentes podem eventualmente estar de acordo em muitos aspectos substanciais relevantes. Por exemplo, podem concordar que o nazismo foi um regime atroz, ainda que um diga que ali havia direito e o outro diga o contrário. Em situações assim, um pacto semântico sobre o conceito de direito resolveria grande parte do problema. Tal pacto semântico poderia levar à aceitação de uma pluralidade conceitual, gerando um acordo metalinguístico em que, por exemplo, a palavra “direito” seria usada preferencialmente de forma adjetivada, a fim de tornar menos ambíguo o seu uso³³⁸. Expressões como direito legislado, direito costumeiro, direito judicial certamente são mais compreensíveis do que a palavra direito sem qualquer qualificação. Assim, as pessoas saberiam com mais precisão sobre do que se está tratando, sem reivindicar para si a prerrogativa de usar a palavra direito em um único significado possível. Apesar disso, conforme se verá, é preciso reconhecer os limites de um pacto semântico.

3.5.4 Os problemas fundamentais da juridicidade e os limites do pacto semântico: o autêntico sentido do direito

Mesmo quando a palavra direito é acompanhada de adjetivos, ainda podem ocorrer muitas divergências conceituais. Por exemplo, dificilmente duas pessoas chegarão exatamente às mesmas conclusões, em todas as situações, a respeito do que seja o direito justo, o direito válido ou o direito legítimo. Isso ocorre porque tais conceitos estão sempre inseridos em uma rede maior e mais complexa de valores e de práticas, integrando aquela categoria que Ronald Dworkin designou de conceitos interpretativos. (DWORKIN, 2006c, p. 10/12). Os desacordos envolvendo esses conceitos costumam ser genuínos e profundos, de modo que a sua resolução

338 Perceba-se que essa foi a solução encontrada pelos positivistas jurídicos para conseguir incluir, no mesmo rótulo (“*legal positivists*”), propostas tão diferentes quanto aquelas apresentadas pelos exclusivistas, inclusivistas e incorporacionistas.

difícilmente será alcançada com um mero acordo semântico. Quando o debate chega a esse nível, pode-se dizer que a questão semântica foi superada, atingindo o ponto que verdadeiramente importa, que é a busca de solução para os problemas fundamentais da juridicidade.

E também é nesse ponto que é preciso definir, diante das várias alternativas possíveis, quais serão a perspectiva, o propósito, a intenção e a atitude a serem adotados diante do fenômeno analisado. Essa é uma escolha decisiva que irá orientar toda a atividade intelectual. Basta dizer que é precisamente nesse ponto que o jurisprudencialismo irá mais se afastar do positivismo epistemológico³³⁹.

O jurisprudencialismo adota a perspectiva do jurista preocupado em produzir conhecimento capaz de gerar soluções jurídicas válidas. Não é assim qualquer sentido de direito que interessa ao jurisprudencialismo, mas apenas o direito que seja intencionalmente válido. A validade buscada pelo jurisprudencialismo não é uma validade meramente legal, nem baseada apenas na força e no poder, mas uma validade autonomamente constituída pela atividade jurídica e fundada em alguns princípios fundamentais que dão ao direito o seu autêntico sentido. Assim, a preocupação central do jurisprudencialismo envolve não a busca de um conceito de direito, mas a busca do sentido do direito (o autêntico sentido do direito)³⁴⁰. Buscar o autêntico sentido do direito significa verificar quais são as condições capazes de proporcionar que o direito cumpra a sua finalidade, que é servir à comunidade como instância de mediação de uma convivência ética. Assim compreendida, a atividade jurídica não é considerada como um mero instrumento para a pseudolegitimação de interesses escusos, mas como uma prática eminentemente humana. O

339 Isso não significa que o positivismo epistemológico seja, em si, uma perspectiva equivocada ou inútil. Tentar compreender o fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva externa, mais descritiva do que prescritiva, pode ser importante para se ter uma noção mais precisa do direito em sua totalidade.

340 “E se este é o contexto cultural a que chegamos e se nos impõe irrecusável, na sua exigência de sentido e dos sentidos, nele mesmo encontramos fundamento para a possibilidade do segundo termo da alternativa, referida ao direito, que nos levou a perguntar por ele, e não é afinal necessária, e antes recusável, a coerência que admitiria apenas o “regulatório”. O que exige, todavia, que compreendamos o direito como *sentido*, um sentido civilizacional culturalmente muito específico e nesse seu sentido como uma irredutível dimensão da nossa prática humana” (CASTANHEIRA NEVES, 2002b, p. 10).

enfoque jurisprudencialista não tem em mira a mera descrição de fatos para explicá-los teoricamente ou contemplá-los passivamente como um observador admirando uma pintura, pois todo o esforço intelectual volta-se para a formação de um juízo decisório válido para um problema jurídico. Há, portanto, uma predisposição mental que desde o início se orientará por esse empreendimento normativo, fazendo com que o pensamento jurídico também incorpore uma índole normativa (prático-normativa) e intencione uma validade ético-jurídica, sem a qual o direito perde o seu sentido. Por isso, o jurista que adota a perspectiva jurisprudencialista assume um compromisso de lutar pelo direito, já que quem participa se sente responsável pela tarefa que realiza, desejando realizá-la bem, para que ela faça algum *sentido*.

É preciso, portanto, fazer uma distinção entre o sentido do direito e o conceito de direito. Enquanto rótulo, a palavra direito pode ter vários conceitos, conforme visto, e ninguém pode reivindicar para si a prerrogativa de excluir de antemão qualquer uso que não lhe agrade. Porém, enquanto projeto normativo, o autêntico direito somente pode ter um único sentido, que é aquele que justifica a sua existência, pois, nesse caso, o que se busca é o direito que faz sentido. Não há como deixar de incluir um elemento valorativo nesse projeto de encontrar o sentido do direito, já que somente atribuímos sentido àquilo que tenha valor. O jurisprudencialismo, enquanto proposta que busca resgatar o sentido do direito, preocupa-se com esse autêntico sentido do direito, o que afetará bastante a percepção do jurista em várias questões importantes. Assim, por exemplo, a metodologia jurídica será desenvolvida para proporcionar a justa realização do direito. O sistema normativo será compreendido em função de sua capacidade de oferecer soluções válidas. O juízo decisório será guiado pelos princípios fundamentais da juridicidade. A doutrina jurídica funcionará como uma fonte de produção de conhecimento juridicamente relevante mirando a solução de problemas concretos. Do mesmo modo, a perspectiva jurisprudencialista terá reflexos diretos na atitude a ser tomada diante das injustiças detectadas, exigindo do jurista um compromisso com a justiça. O direito, nesse sentido, não se confundirá com qualquer positividade normativa, pois a sua validade estará condicionada à ob-

servância dos valores que dão sentido à juridicidade, em especial ao respeito à dignidade. É o que se verá nos tópicos seguintes.

3.6 A perspectiva jurisprudencialista do direito

3.6.1 O problema jurídico como ponto de partida: *in the beginning was the case*

Castanheira Neves inicia a sua dissertação de doutoramento citando um famoso aforismo de Paulus: “*non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*”. Nessa frase curta e aparentemente despretensiosa, escrita há quase dois mil anos, encontra-se uma ideia capaz de captar um aspecto essencial do método jurídico e de abalar as estruturas mais sólidas de algumas premissas do velho normativismo do século XIX que ainda insistem em sondar o imaginário jurídico. E o que nela está contido é algo relativamente óbvio: as soluções para os problemas jurídicos não são deduzidas das regras gerais; são as regras gerais que são elaboradas a partir das soluções dos problemas jurídicos.

O que Castanheira Neves pretendia, ao invocar referido aforismo, era apresentar o problema metodológico da juridicidade, que, por força do normativismo, havia chegado a um beco sem saída. A teoria da subsunção, presente em variadas propostas normativistas, adota como *prius* metodológico a definição de uma premissa maior, contida na norma geral. Seu ponto de partida, portanto, é uma abstração (um conceito jurídico), que irá guiar todo o raciocínio subsuntivo até a conclusão, que seria a aplicação da norma ao caso concreto. Com isso, “o que efectivamente se pensa, nos juízos jurídicos deste modo enunciados, não são nunca os casos jurídicos reais, os casos concretos da vida, mas apenas conceitualidades nas suas implicações lógico-abstractas”. (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 173).

O jurisprudencialismo proposto por Castanheira Neves inverte a perspectiva, adotando a resolução da controvérsia prática como ponto de partida e *prius* metodológico do raciocínio jurídico. Nesta perspectiva, o ponto decisivo não é a norma na sua abstrata objetividade, mas a situação concreta real, na sua individualidade *hic et nunc*, com todos os ele-

mentos particulares que a compõem (IDEM). O problema jurídico não é compreendido apenas em função da norma, mas sobretudo em função do caso concreto decidendo³⁴¹ (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 129). O jurídico, nesse sentido, “vai emergindo solidário com os casos concretos, não havendo direito sem realidade jurídica, sem uma histórica vida social na qual e através da qual se assuma a juridicidade” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 308). Assim, o que se apresenta ao juiz, no seu primeiro contato com o problema jurídico, não são normas abstratas, desvinculadas de um contexto fático, nem fatos brutos, indiferentes ao direito, mas um conjunto de informações relacionadas a um real conflito intersubjetivo, no qual são indistinguíveis as chamadas questões de fato e as questões de direito.

Realmente, não há dúvida de que os problemas concretos da vida não são conflitos meramente abstratos ou conceituais. Pelo contrário. Cada problema representa aflições reais que afetam seres humanos reais, com um *nome próprio* e um *rostro que nos interpela*, para usar a forte imagem sugerida por Emmanuel Lévinas. Um caso jurídico pode envolver uma moradora de rua que foi presa por haver destruído uma torneira de um órgão público ao tomar banho e, por isso, foi acusada de cometer o crime de dano ao patrimônio público. Ou então, o caso de um portador do vírus HIV que foi expulso de sua cidade a pedradas e, após este dramático fato, requereu judicialmente um benefício social de prestação continuada capaz de garantir sua sobrevivência. Ou, o caso de uma criança portadora de uma doença rara que precisa se submeter a uma intervenção cirúrgica no exterior, mas seu pedido foi negado pelo sistema público de saúde por falta de previsão legal ou orçamentária. Ou, o caso de uma viúva que foi surpreendida pela redução do benefício de pensão por morte após saber que seu falecido marido mantinha uma vida conjugal paralela e, por isso, a pensão teria que ser dividida com a amante e assim por diante³⁴². O que está

341 Castanheira Neves reconhece, inclusive, que esse ponto tornou-se lugar comum no pensamento jurídico, citando vários autores que defendem que “o ponto de partida é o caso particular decidendo”, “não o texto da lei, mas o caso é o A e o O dos juristas”, “aos juristas o sentido de um texto legal só se oferece em referência a um determinado caso, real ou pensado, que se tenha de decidir. Assim a interpretação jurídica é sempre referida a casos”.

342 Todos esses exemplos foram extraídos de minha experiência profissional como magistrado.

em jogo, quando um problema jurídico ocorre, são os bens mais preciosos do ser humano: sua liberdade, sua tranquilidade, sua propriedade, sua família, sua dignidade, sua vida. A vitória ou a derrota em um processo judicial pode significar a perda de uma casa, a proibição de ver o próprio filho, a restrição da liberdade de locomoção e até mesmo a morte de um ser humano.

Dada a importância dos bens e interesses em disputa, a comunidade clama por respostas legítimas e axiologicamente válidas, que ponham um fim aos conflitos sociais. A estabilidade e coesão sociais, que são os ingredientes básicos para uma convivência harmoniosa e pacífica, dependem, em grande medida, do grau de confiança que as pessoas depositam nesse sistema institucional de solução de conflitos jurídicos. O direito pode ser concebido, pelo menos em um de seus múltiplos significados, como a resposta institucional e intencionalmente válida para os conflitos sociais. É por meio dele que a sociedade cria as condições para que “o arbítrio de cada um possa coexistir com o arbítrio dos demais”, para lembrar a conhecida sugestão kantiana.

Problemas jurídicos são controvérsias intersubjetivas práticas. Envolvem pessoas diferentes, com interesses diferentes, defendendo soluções diferentes para o mesmo caso. Os homens, lembra-nos Castanheira Neves, “na transfinitude intencional de suas ações individuais não só coexistem (uns perante os outros), mas convivem (uns com os outros) num certo espaço humano, num mesmo mundo” (CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 319). E como o mundo é um e os homens são muitos, as disputas serão inevitáveis, surgindo a necessidade de respostas institucionais legítimas para solucionar esses problemas³⁴³. Sem uma *solução institucional legítima e*

343 “O mundo é *um* e os homens nele são *muitos*. Esta condição básica e decisiva, não obstante de um elementar truísmo, e não menos irreduzível, pela qual a pluralidade dos homens se depara na unicidade do mundo, faz decerto com que aos homens, a comungarem o mesmo mundo, se imponha a necessidade tanto de nele conviverem como de o partilharem (...). Os homens comungam o mundo *com* os outros e comungam-no *através* dos outros. (...) Não habitamos ou usufruímos o mundo sem a *mediação do outro*. (...) Só posso usufruir a habitação do mundo pondo exigências (pretensões de acção e omissão) aos outros, de cuja mediação depende essa minha fruição, e os outros igualmente pondo-me exigências a mim. É essa verdadeiramente a perspectiva da justiça (...). Uma sociedade de pura integração e sem conflitos não existe (nem existirá), e uma sociedade em contínuo e sobretudo radical ou irrecuperável conflito é impossível” (CASTANHEIRA NEVES, 2008d, p. 13/15 e 26).

axiologicamente válida, fornecida por um órgão imparcial e com poder de fazer cumprir a sua decisão, é bastante provável que a vida em sociedade se tornasse inviável.

Os juristas, aqui incluídos os advogados, os juízes, os promotores, os delegados, os doutrinadores etc., fazem parte de um sistema especializado na solução de problemas jurídicos. As pessoas contratam advogados para defenderem seus interesses perante o Judiciário, que, por sua vez, é composto de juízes que, na sua atividade diária, proferem decisões cujo objetivo principal, pelo menos em tese, consiste em solucionar os problemas jurídicos a eles submetidos. A jurisdição, atividade típica dos juízes, se propõe a dar um ponto final aos conflitos sociais, dizendo quem tem razão e forçando a parte contrária a cumprir o que ficar decidido mesmo contra a sua vontade. A solução que for dada ao problema, na medida em que projeta uma determinada ordem de valores na realidade social, é capaz de afetar profundamente a vida dos envolvidos e até mesmo da comunidade como um todo.

É precisamente esse contexto problemático – um conflito jurídico a exigir uma solução jurídica – que está no centro da atividade do jurista. Toda a atividade jurídica estará condicionada pelo caso jurídico, pois é em função dele que os elementos do direito deverão ser interrogados e compreendidos (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 142). Uma das principais falhas do normativismo metodológico foi não atribuir a esse contexto problemático a importância devida. Ao desvalorizar o contexto problemático, o normativismo metodológico fez com que a atividade jurídica ficasse reduzida ao aspecto lógico-formal do problema, com todas as implicações já conhecidas. Segundo Castanheira Neves, ao olvidar a relevância da controvérsia real como parte integrante indissociável do pensamento jurídico, o positivismo normativista foi capaz de enxergar apenas uma parcela distorcida do que seria o autêntico direito. Nessa visão distorcida, seria possível conhecer o direito sem qualquer referência à realidade social e histórica do seu concreto cumprimento, como se fosse possível distinguir com precisão a questão de fato da questão de direito (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 52/53). O erro estaria precisamente aí, pois, conforme já visto, o direito não tem sentido senão no momento em que se realiza concretamente, sendo inconcebível tornar o raciocínio jurídico tão abstrato a

ponto de dispensar a compreensão do mundo real que será afetado pela norma abstrata.

A abordagem jurisprudencialista alarga consideravelmente o campo de visão do jurista, pois o problema jurídico é visto em sua inteireza. Tudo o que é relevante, inclusive as valorações, é levado em conta. A atividade jurídica é compreendida em função de sua finalidade prática de concretizar um juízo de valor que afetará a vida real, não havendo necessidade de fugir do contexto, nem das valorações a ele subjacentes. O jurista que se preocupa em compreender a totalidade do caso tem plena consciência de que o contexto importa, e sua análise, para a correta solução do caso, é inevitável.

Como se observa, a virada metodológica proposta pelo jurisprudencialismo é relativamente simples: partir do problema concreto e não da norma abstrata. Nessa perspectiva, o raciocínio jurídico não começa pela leitura despreziosa de códigos ou pela pesquisa aleatória de precedentes ou textos doutrinários, mas de controvérsias reais. Os textos, isoladamente, não possuem qualquer valor se não passarem por um filtro mental que transforme os signos linguísticos em algo dotado de significado. Para que isso ocorra, é preciso, antes de tudo, que o cérebro formule mentalmente ideias capazes de dar sentido aos textos. E o cérebro somente será capaz de atribuir algum significado aos textos se houver uma situação problemática como referência. A crença de que é possível interpretar uma lei abstratamente, sem nada que se pareça com um contexto problemático, é absurda.

A tarefa do jurista, portanto, não é a de construir castelos de cartas apriorísticos, mas a de elaborar uma proposta de solução capaz de resolver adequadamente um problema jurídico concreto. O que dá origem ao processo é o problema da vida a exigir uma solução institucional. A norma, enquanto proposta de solução para o problema, surge depois³⁴⁴.

344 Pode-se mobilizar, nesse aspecto, a descrição de Karl Popper do desenvolvimento do conhecimento objetivo. Segundo Popper, o conhecimento objetivo geralmente se desenvolve do seguinte modo: P1 TE EE P2. Vale dizer: diante de um problema de difícil solução (P1), os cientistas propõem várias teorias experimentais (TE) rivais para tentar solucionar o problema, que são testadas dentro de uma lógica de ensaio e erro (EE). As teorias que forem sendo falsificadas são eliminadas nesse processo, ainda que permaneçam no Mundo 3 (mundo do conhecimento objetivo) como teorias falsas. Uma vez solucionado esse problema inicial (P1), novos problemas surgem (P2), para os quais são propostas novas teorias experimentais e assim sucessivamente (POPPER, 2009). Obviamente, o escopo de Popper ao propor essa descrição não tinha em mira

Para perceber essa inversão metodológica, em que se parte do problema e não da norma, basta ter em mira uma situação relativamente comum, que é da lacuna no ordenamento jurídico. Para saber se existe ou não uma norma geral para fornecer um critério de solução para dado problema, é preciso partir do caso concreto, identificando o seu conteúdo relevante, para somente depois concluir que não há respostas predeterminadas no sistema normativo. É o caso concreto, com seus aspectos normativamente relevantes já filtrados pelo jurista, que irá indicar o caminho a ser seguido, guiando o jurista na busca da melhor solução. A lacuna, portanto, surge de um caso concreto e só pode ser detectada a partir do caso concreto, de modo que qualquer abstração ou generalização normativa somente será possível se tiver como ponto de partida a compreensão do referido caso. Como diria Castanheira Neves, “não são os critérios disponíveis que decidem a possibilidade dos problemas (do surgir e do sentido dos problemas), e sim os problemas da possibilidade e validade metodológica dos critérios – não se parte da solução para o problema, mas do problema para a solução” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 269).

Na perspectiva jurisprudencialista, o sistema normativo não deve ser tratado como um conjunto de peças de encaixe que o jurista, aleatoriamente, tenta acoplar ao caso a solucionar. Se assim fosse, seria possível partir de uma norma abstrata e procurar algum problema que poderia ser solucionado com base nessa norma. Mas não é assim que funciona a realização concreta do direito. Na vida prática do direito, o problema antecede a proposta de solução. Aliás, seria até cômico se a tarefa do jurista fosse criar soluções para problemas inexistentes. Mais uma vez citando Castanheira Neves, é preciso enfatizar que “não é a ‘regra geral’ o critério de relevância jurídica do caso, pois é, ao invés, a concreta relevância jurídica do caso o que, uma vez generalizada, pode dar lugar a uma regra jurídica” (IDEM, p. 317).

Em outra passagem, Castanheira Neves acentua a importância do reconhecimento do caso concreto como *prius* metodológico, “não apenas

o conhecimento jurídico. Além disso, a matriz filosófica que o inspirou é bem distinta da matriz filosófica que inspirou o jurisprudencialismo. Porém, parece pertinente invocá-lo aqui, dada a notória coincidência entre esse aspecto particular da evolução do pensamento objetivo tal como descrito por Popper e a concepção jurisprudencialista de Castanheira Neves.

como o ponto de partida e o objectivo final, mas o próprio problema nuclear e na perspectiva do qual toda a juridicidade realizanda deve ser intencionada”, assinalando que:

O objecto problemático capital do pensamento jurídico deixa de pôr-se na *norma*, na sua abstracta determinação hermenêutica e dogmática, para se pôr antes no *caso concreto* decidendo, no problema da judicativo-decisória realização do direito que ele suscita. O pensamento jurídico não como um teórico-dogmático conhecimento de normas, mas como uma prática judicativa de realização problemático-normativa. Ou, de outra forma ainda, o decisivo deixa de ser visto na *norma*, para ser visto no *juízo* – e será em função deste que a própria norma haverá de ser compreendida como critério normativo-jurídico. Pelo que, não a determinação conceitual-sistematicamente dogmática, mas a resolução de problemas jurídicos concretos com justeza prático-normativa é o problema do pensamento jurídico. (CASTANHEIRA NEVES, 2008c, p. 392)

Essa simples inversão metodológica afeta diretamente o pensamento jurídico naquilo mais caro ao normativismo: a importância da prescrição legislativa para a solução do problema. A norma legal positivada, enquanto generalização de decisões jurídicas concretas, contém, sem dúvida, um “saber” relevante, já que ela é fruto de uma experiência consolidada de soluções oferecidas a problemas ocorridos no passado. Sua importância maior não está, portanto, no fato de haver sido aprovada por um parlamento eleito, por um ditador benevolente ou por uma assembleia de sábios, mas sim no seu conteúdo normativo, vale dizer, na proposta de solução uniforme que apresenta para casos típicos e frequentes que merecem a mesma resposta jurídica. O texto normativo assim compreendido é um repositório objetivo de critérios gerais para a solução de problemas concretos, ainda que hipotéticos. Dito de outro modo: a lei é uma síntese escrita em linguagem abstrata de uma série de opções normativas feitas em relação a experiências passadas. Por conta disso, a sua incidência a situações futuras sempre terá um valor meramente hipotético e relativo, pois a solução contida na norma geral deve ser repensada à luz do caso concreto, podendo vir a ser confirmada, desenvolvida ou mesmo corrigida em razão das especificidades do problema atual. A norma positiva torna-

-se, com isso, um projeto de solução, sujeito a mudanças adaptativas e corretivas exigidas pela casuística do problema concreto. (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 511).

Há, portanto, uma clara redefinição do papel da interpretação jurídica, já que, sendo o problema real o ponto de partida do método jurídico, o objetivo principal na compreensão de um texto jurídico não é saber o que as palavras ali escritas significam num sentido semântico, gramatical ou filológico, mas saber se o tipo de problema que a norma se propõe a resolver é adequado ao tipo de problema do caso decidendo³⁴⁵. Portanto, a pergunta central que o jurista deve formular não envolve o significado do texto, mas a busca pela melhor solução para o caso. E nesse processo de busca da melhor solução para o caso, o texto nem sempre será o melhor guia. Sendo mais específico: “o facto de deparar-se o jurista nas fontes formais do direito com textos não implica necessariamente que o objecto interpretando seja a significação textual desses textos-dados e não antes a significação normativa porventura neles objectivada e que assim não já o texto, mas a norma será o objecto interpretando, não obstante o dado do texto”. (CASTANHEIRA NEVES, 2003a, p. 287). Assim, o relevante na interpretação de um texto jurídico é investigar quais são as suas intenções normativas e se essas intenções normativas estão em conformidade com as intenções de validade que fundamentam a juridicidade.

Interrogar pelas intenções normativas do texto não significa convocar uma imaginária “vontade do legislador” nem mesmo uma fictícia “vontade

345 Em suas palavras: “o decisivo está em atender a que o objectivo e o problema da interpretação jurídica não os temos hoje na compreensão determinativa de um direito pressuposto, como objecto, em textos que o positivem e a cumprir assim numa intenção teorético-cognitiva mediante uma hermenêutica de apreensão desses textos; mas no elaborar ou constituir, a partir e com base metodológica nos critérios jurídicos positivos (nos critérios normativos do direito positivo, que se não confundem com os textos em que se enunciem), as judicativo-decisórias soluções de problemas ou casos jurídicos concretos, numa intenção prático-normativa. Com o que o direito, antes que pressuposto, é ele próprio o objectivo e a tarefa que a interpretação jurídica se propõe, uma vez que só resolvendo (decidindo judicativamente) aqueles problemas, ele afinal se obtém – se obtém o direito que os mesmos problemas solicitam como sua solução. Nesses termos e para a interpretação jurídica, o direito não é *objecto* a conhecer, e sim *problema* a resolver” (CASTANHEIRA NEVES, 2003a, p. 63/64). E mais: “o problema da interpretação jurídica não está em saber o que *textual-significativamente* consta, p. ex., da lei, ou como esta em termos puramente hermenêuticos se deva determinar, mas em saber de que modo *prático-normativamente* se deve assimilar o seu sentido normativo-jurídico para que possa ser critério também normativo-juridicamente adequado de uma ‘justa’ (prático-normativamente plausível) decisão do problema jurídico concreto (IDEM, p. 105).

da lei”, mas sim verificar que respostas normativas (diante dos problemas ocorridos no passado) a norma se propôs a fornecer. Como explica Castanheira Neves:

Interpretar juridicamente essas normas não se traduz na simples análise semanticamente determinativa da sua significação abstracto-ideal, visará antes atingir aquele seu sentido normativo-jurídico que lhes permita ser critério juridicamente adequado para a solução dos problemas ou dos casos decidendo que as solicitam. E se isto significa que a interpretação nesta perspectiva haverá de ser uma resposta (normativo-juridicamente adequada, ou com normativo-jurídica justeza) à pergunta que a intencionalidade problemática do caso justifica (a pergunta que o problema do caso dirige à norma quanto a saber tanto da possibilidade como do sentido do critério normativo-jurídico que ela ofereça para a solução desse mesmo problema), então, por um lado, a pergunta é função situacional ou constitui o seu sentido interrogante em ordem à situação especificamente concreta do caso decidendo. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 129/130)

O olhar do jurista, diante da leitura de um texto normativo, é, nessa perspectiva, completamente diferente daquele proposto pela hermenêutica tradicional. O jurista não foca sua análise na compreensão semântica do texto que lhe vai dado, mas no critério oferecido pela norma para solucionar os problemas concretos³⁴⁶. Trata-se, na verdade, de um esforço intelectual de compreensão do contexto jurídico daquela intenção normativa, sempre a confrontando com a particularidade do caso concreto e com os próprios fundamentos da juridicidade como um todo. Assim, a interpretação jurídica deixa de ter uma índole linguístico-hermenêutico-exegético para adquirir uma índole deliberadamente normativa. Interpretar deixa de ser um método de busca do sentido do texto para se transformar em um método pelo qual o julgador irá convocar um critério normativo pressuposto e reelaborá-lo ou até mesmo corrigi-lo para solucionar o caso concreto (CASTANHEIRA NEVES, 2003a, p. 28). Ou seja,

346 “a realização do direito, com ser normativamente constitutivo, pôs a claro que o seu acto intencional se dirige à prescrição legal não para compreender uma significação textual, mas para obter dela uma norma ou critério normativo: é a norma ou o critério normativo que através da prescrição legal se possa atingir e não o texto, a mera significação linguística do texto, o que a interpretação jurídica visa” (CASTANHEIRA NEVES, 1995d, p. 262).

o que se pretende não é compreender-conhecer a norma em si, posto que sob o estímulo hermenêutico de um certo caso que se ofereça como a ‘situação histórica’ de compreensão da norma, e sim obter da norma ou através dela o critério exigido pela problemática e adequada decisão judicativa do caso: o caso não é a apenas a condição histórico-situacional da compreensão da norma, o factor situacionalmente hermenêutico dessa compreensão, mas a própria determinante problemática da intenção interpretativa. O que significa, evidentemente, que é o caso, e não a norma, o *prius* problemático-intencional e metódico – não se intenciona o problema interpretativo, nem se parte metodicamente *da norma para o caso* (em ordem a uma ‘aplicação’ da norma que a sua prévia e abstracta interpretação possibilitasse), mas *do caso para a norma* (mediante a interrogação do critério normativo adequado que a norma possa oferecer para o caso). (CASTANHEIRA NEVES, 2003a, p. 81)

As perguntas metódicas fundamentais, dentro do processo de interpretação de um dado texto normativo na proposta jurisprudencialista, não giram mais sobre a significação das palavras ou mesmo sobre a intenção psicológica do legislador. As perguntas fundamentais são de outra natureza, voltadas mais para o contexto problemático pressuposto pela norma e para a busca não apenas do seu “para quê” (finalidade), mas também e principalmente do seu “porquê” (fundamento de validade). O que se pretende não é descobrir o sentido do texto, mas obter um critério normativo-jurídico axiologicamente fundado e validado pelos princípios materiais e, simultaneamente, adequado à problematicidade do caso decidido (IDEM, p. 337). É possível desenvolver alguns questionamentos (como um *checklist*) que poderiam auxiliar o jurista nessa tarefa: (a) quais são os aspectos juridicamente relevantes do problema concreto?; (b) quais são os critérios normativos disponíveis que poderiam auxiliar na elaboração de uma solução ao referido problema?; (c) qual o problema que existia antes da promulgação da norma supostamente aplicável?; (d) qual a solução proposta pelo elaborador da norma para aquele problema específico imaginário ou real pressuposto pela norma?; (e) qual princípio pode ser extraído daquela solução?; (f) que fatores morais, políticos, econômicos, sociais etc. pesaram naquela decisão?; (g) o critério fornecido pela norma é satisfatório para aquele problema originário, diante das informações que temos hoje (informações obtidas a partir de uma análise da conse-

quência daquela solução, da evolução da sociedade, dos novos conhecimentos adquiridos, desenvolvimento jurisprudencial etc.)? (h) o critério legal respeita os fundamentos constituintes do sistema normativo? (i) o problema jurídico a ser enfrentado é semelhante ao problema pressuposto pela norma? (j) é necessário fazer adequações ou correções no critério legal a fim de torná-lo compatível com o contexto problemático concreto? (k) o contexto problemático que justificou a aprovação da norma ainda persiste ou a norma tornou-se anacrônica diante da mudança social?

Outro ponto merece destaque: a intenção normativa da norma mira os casos típicos que foram levados em conta no momento de sua elaboração. Por isso, em princípio, os critérios fornecidos pela norma positiva referem-se apenas àqueles casos típicos para os quais ela foi imediatamente pensada. É inadequado tentar encontrar nessa norma, sem a devida adaptação, soluções vinculantes e definitivas para outros problemas distintos daqueles que estão abrangidos na sua intenção normativa, pois o mero fato de uma norma ser a generalização de uma série de soluções específicas não tem o condão de ampliar automática e indiscriminadamente seu conteúdo normativo para além daquele propósito que orientou sua edição. A norma geral não pode ser mais do que isto: uma proposta de solução para casos típicos e frequentes. Casos atípicos, peculiares, inusitados, inesperados, imprevisíveis não fazem parte dos problemas jurídicos que a norma geral se propôs a resolver, razão pela qual é um equívoco forçar a aplicação de uma regra a uma situação para a qual ela não foi pensada.

Na prática forense, é possível observar com certa frequência algumas tentativas desesperadas de interpretar algumas leis como se fossem capazes de solucionar problemas que jamais poderiam ter sido imaginados no momento de sua aprovação e que, com toda certeza, não são adequadas à solução de problemas singulares e atípicos que surjam no presente. Muitas vezes, diante de situações novas, nas quais não há parâmetros específicos de julgamento, os juristas fazem verdadeiros malabarismos jurídicos para justificar que a sua decisão é conforme a lei e, para isso, manipulam a seu bel-prazer o sentido dos textos a fim de camuflar os reais motivos de sua decisão. Ora, não faz o menor sentido, diante de uma situação social totalmente nova e imprevisível, realizar um sofisticado exercício de fingimento lógico-intelectual para tentar extrair do ordenamento jurídico uma suposta

(e sabidamente inexistente) resposta normativa. O melhor é assumir o ineditismo daquele problema e reconhecer abertamente que os critérios normativos disponíveis devem ser considerados apenas hipóteses de solução (*hipóteses normativas*) e não critérios definitivos e absolutos a serem aplicados subsuntivamente, de um modo invariável e acrítico. A partir daí, consciente dos limites normativos das prescrições legais, o jurista não deve ter receio de buscar fundamentos para a solução do problema jurídico fora da estrita legalidade, mas sem perder de vista a intencionalidade global do sistema normativo, dentro daquilo que se pode chamar de *dever de integridade, de coerência e de consistência*. Para isso, é preciso aceitar a mobilização de elementos normativos extratextuais e mesmo transpositivos para a correta interpretação jurídica, pois nem todos os critérios indispensáveis ao juízo decisório podem ser obtidos a partir de uma despreziosa interpretação do texto da lei³⁴⁷. Que fatores extratextuais e transpositivos seriam estes? Há vários fatores que deveriam ser levados em conta na busca da melhor solução jurídica: fatores sociais (interesses, função social etc.), normativos (critérios ético-jurídicos, doutrina, princípios, entre outros), culturais (costumes, práticas disseminadas etc.), econômicos, políticos, axiológicos, espirituais e assim por diante. Esses fatores seriam, simultaneamente, “condição de possibilidade e de emergência, condição de adequação e de justiça, condição de relevância e de codeterminação do direito constituendo”. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 124/125, 149 e 278).

O que é relevante para os fins deste tópico é perceber o caráter instrumental do texto normativo e a relevância da especificidade do caso concreto para a elaboração dos critérios da decisão judicial. Ao se interpretar um texto jurídico o que se busca não é a determinação da vontade psicológica real dos legisladores do passado ou do presente, nem mesmo a delimitação do sentido semântico-filológico das palavras contidas na lei. O que se busca é a solução justa do caso concreto. A vontade normativa ou o propósito da norma são elementos de grande importância nessa busca

347 “O que não poderá de deixar de exigir – e esta é a terceira conclusão – a convocação de outros critérios e fundamentos normativos que dêem validade a essa constitutiva realização do direito, para além daqueles que imediatamente ofereça a disponível normatividade positiva – convocação de fundamentos normativo-jurídicos extratextuais (relativamente às positivas normas jurídicas) que poderão ser imediatamente interesses e fins, mas que hão de ser em último termo valores e princípios normativos” (CASTANHEIRA NEVES, 1995d, p. 392).

da solução justa, mas sempre tendo em mira a sua conformidade com os princípios da juridicidade e a sua adequação à situação a ser enfrentada. O caso jurídico não é somente o objeto da decisão judicial, mas a perspectiva que guiará o jurista na busca da solução. E o direito, na sua função intencional de validade axiológica, seria a resposta-solução a tais problemas jurídicos específicos que emergem do caso.

3.6.2 A mediação caso-sistema

O tópico passado demonstrou que o ponto de partida do processo de realização do direito é uma controvérsia real. Todo o pensamento jurídico desenvolve-se a partir daí até chegar à solução definitiva do problema, consistente em uma decisão fundamentada para aquele problema em específico. Mas qual o papel do sistema normativo nesse processo?

Já foi visto sinteticamente que há uma circular conexão entre o caso e o sistema normativo. Também foi visto que o processo de construção de soluções jurídicas é um processo de coelaboração, de desenvolvimento e de integração, em que o jurista não é um mero agente passivo. Em outras palavras: é uma verdadeira *criação* do direito, em que há uma unidade (ou continuidade) entre a decisão concreta e o critério de sua fundamentação. As etapas de interpretação, aplicação, integração, decisão e argumentação não são estanques, nem independentes, pois fazem parte do mesmo processo e se fundem no mesmo dinamismo intencional, num movimento dialético mutuamente constitutivo (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 217/218).

Apesar disso, é possível, tão somente para fins didático-expositivos, dividir o processo metodológico em quatro etapas assim concebidas:

- (1) *A determinação do âmbito de relevância jurídica da situação concreta problemática (determinação da questão de fato);*
- (2) *A comprovação dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos (comprovação da questão de fato);*
- (3) *A seleção dos critérios aplicáveis fornecidos pelo sistema ou mesmo fora dele (questão de direito em abstrato);*
- (4) *A aplicação/assimilação, total ou parcial, dos critérios normativos selecionados ao caso concreto (questão de direito em concreto).* (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 163/165).

Seguindo esse esquema metódico, pode-se dizer que a primeira preocupação do jurista, quando se depara com uma controvérsia prática, é delimitar quais são os fatos juridicamente relevantes para solucionar aquele problema. Mas, ao decidir o que é e o que não é juridicamente relevante, o jurista já está fazendo uma triagem baseada na experiência, no conhecimento jurídico que possui e nas intenções normativas já previamente embutidas no seu raciocínio. Há, nesse sentido, uma unidade problemática fundamental entre a chamada questão de fato e a questão de direito. A análise dos fatos juridicamente relevantes não é, portanto, uma mera coleta despreziosa de dados empíricos e de fenômenos que ocorreram na realidade. É uma análise, desde o início, filtrada pelo olhar jurídico de alguém que tem uma certa noção das normas, um amplo acervo teórico e uma preocupação em fornecer a melhor resposta possível para aquela situação.

No segundo momento do esquema metódico aqui apresentado, a preocupação do jurista, após determinar quais são os fatos juridicamente relevantes, é a comprovação desses fatos. Boa parte dos problemas jurídicos reais envolve uma controvérsia sobre a veracidade (melhor dizendo: plausibilidade) dos fatos alegados pelas partes. O que está em jogo é uma tentativa de reconstituir com a máxima fidelidade um evento histórico juridicamente relevante. As partes apresentam elementos argumentativos capazes de indicar a plausibilidade de suas versões para os fatos, no intuito de convencer o julgador de que a sua narrativa é a mais plausível ou a que melhor represente a dinâmica dos fatos. Boa parte da energia consumida pelos profissionais do direito é destinada a demonstrar, com o maior grau de plausibilidade possível, se um determinado fato narrado pelas partes ocorreu ou não na realidade. Porém, é preciso enfatizar que existe uma unidade inseparável entre a questão de fato e a questão de direito. Reconhecer tal unidade terá implicações relevantes na compreensão da questão de fato. Basta dizer que a índole do juízo decisório será judicativa, inclusive no que se refere à definição das questões de fato. Ou seja, a solução para o confronto/controvérsia “de fato” implicará não apenas uma análise lógico-silogística do material disponível, mas também um juízo de valor e uma mediação do decisor, que ponderará as versões disponíveis, num processo dialético-argumentativo-contraditório (*audita altera parte*), e julgará, fundamentadamente, qual é a melhor. Há, obviamente, uma série

de constrangimentos formais e materiais estabelecidos pela prática jurídica que condicionam esse julgamento, pois se trata de uma atividade com um propósito normativo muito específico: atribuir direitos e imputar responsabilidades, formulando um juízo decisório com a intenção de solucionar o problema jurídico subjacente.

Ultrapassada a discussão em torno da questão de fato, o próximo passo é a seleção dos critérios aplicáveis fornecidos pelo sistema normativo ou mesmo fora dele (questão de direito em abstrato). Esse é o momento em que o sistema normativo influenciará diretamente o processo de realização do direito. O sistema jurídico, como já dito, oferece fundamentos e critérios prévios para guiar o jurista na formulação de uma solução adequada ao caso concreto. Sendo um repositório de soluções oferecidas a casos passados, o sistema normativo dispõe de um acervo limitado de possibilidades normativas, pois nem todos os casos atuais foram objeto de decisões passadas. Por isso, nem sempre haverá uma coincidência entre os critérios disponíveis no sistema normativo e a exigência de critério posta pela realização concreta do direito. O sistema normativo, por isso mesmo, deve ser tratado como um sistema aberto e passível de uma contínua reconstituição estimulada por aquela realização. Apesar disso, sendo a atividade jurídica uma atividade orientada intencionalmente pela busca de uma validade axiológico-jurídica, as limitações do sistema não excluem que a sua normatividade “seja sempre o horizonte do critério a seleccionar ou a constituir, tanto positiva (se o contrário já estiver disponível no sistema) como negativamente (se não houver no sistema um critério positivo imediatamente praticável) – porquanto, neste segundo caso, é ainda o sistema, ou a sua perspectiva de normatividade, a condição para a determinação da própria novidade do tipo de problema concretamente decidendo”. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 166).

Dentro dessa perspectiva, a norma jurídica constitui um critério vinculante, desde que normativamente adequada para a solução justa do caso concreto. Por isso, ela constitui o “núcleo duro” do sistema e continua a ser um fator preponderante na atividade do jurista. Isso ocorre não por imposição do próprio sistema legal, mas por razões político-culturais relacionadas ao estado de direito e a alguns princípios que fundamentam a própria juridicidade. Justamente por isso, o critério fornecido pela norma

legal, ainda que vinculante, é meramente instrumental e relativo, estando condicionada a sua utilização ao cumprimento daqueles fundamentos, ligados à ideia de direito, que justificaram a própria existência de um sistema normativo, conforme será explicado mais à frente.

Assim, guiado pelas possibilidades normativas do sistema, o jurista selecionará as normas que forem *hipoteticamente adequadas* para o tratamento judicativo-decisório do problema jurídico a resolver, devendo ter sempre em mente que os critérios oferecidos pelo sistema não são mais do que *hipóteses* sujeitas à experimentação (verificação/falsificação). Dito de modo mais claro: as normas jurídicas disponíveis no sistema são apenas *projetos de solução*, sempre a depender da mediação criativa por parte do decisor, cuja função, nesse processo, não é meramente encontrar e interpretar os critérios disponíveis, mas também concretizá-los, corrigi-los, integrá-los fundamentadamente para satisfazer as exigências de validade do caso concreto³⁴⁸.

Há dois fatores primordiais que devem ser levados em conta para a seleção da norma aplicável (ou das normas aplicáveis, pois a norma aplicável não será necessariamente apenas uma norma, podendo abranger várias normas a que o problema concreto, pela pluralidade dos seus aspectos problemáticos, se refira). Em primeiro lugar, é preciso fazer uma avaliação dos tipos de problemas envolvidos no caso concreto e nas normas disponíveis, pois somente quando houver semelhança entre os tipos de problemas jurídicos pressupostos na norma do sistema e no caso concreto se poderá falar de norma aplicável. Em segundo lugar, a solução oferecida pela norma aplicável deve ser susceptível de atender ou de servir de base para o juízo normativo de todo o âmbito e modo de relevância que corresponde a esse problema jurídico concreto. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 175).

Assim, o sentido jurídico do caso é nuclearmente determinado pelo problema jurídico que ele implica. A norma aplicável, que é uma solução prescrita de problemas jurídicos pressupostos, somente poderá ser sele-

348 Nesse aspecto, fica ainda mais claro que o critério lógico da norma aplicável em nada resolve a questão de definir qual a norma aplicável. Para tanto, é necessário aquilo que Kant chamou de "faculdade do juízo". Vale dizer: a definição da norma aplicável exige um juízo autônomo de juridicidade sobre o caso decidendo, insuscetível, como tal, de fundamentar-se na norma que se considere aplicável, se alguma for, pois a norma não nos pode dizer nada sobre a sua própria aplicação (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 170).

cionada em referência ao caso decidendo e não deve ser escolhida pelo conteúdo (textual) da sua prescrição, mas pelo problema prático-jurídico que lhe corresponde. O aspecto semântico do texto normativo tem uma importância meramente acessória no processo de solução de um problema jurídico. Mesmo quando adotamos como ponto de partida a ideia de que a solução jurídica deve ter como base um texto previamente aprovado por autoridades constituídas, não é o aspecto semântico que importa, mas o critério normativo contido na norma, vale dizer, a resposta-solução para o problema jurídico que a justificou. Como explica Castanheira Neves,

apenas a *norma-problema* (a norma como solução normativa abstracta de um problema) pode ser critério para o juízo normativo que haverá de resolver um problema normativo concreto: a problematicidade deste problema exige a problematização da norma ou normas que possam servir de seu critério, i. é., exige que a norma ou normas sejam compreendidas pela mediação normativa das suas problematicidades constitutivas. Só assim se saberá que sentido normativo tem a solução da norma ou normas – só tendo presente o seu problema pressuposto, e, pela sua mediação, também os princípios que implica como fundamento, se pode saber do porquê dessas normas. E só sabendo-o, se pode dar ao problema do caso concreto uma solução do mesmo sentido – i. é., decidir esse caso por um juízo que tenha nessa norma ou normas o seu critério. Quer dizer, a selecção da norma aplicável não deve dirigir-se para o conteúdo do texto – prescrição da norma – procurando o conteúdo da sua hipótese ou a sua condição de relevância, com os elementos representativos que a formam, para o comparar com o âmbito de relevância do problema jurídico concreto – e sim para o problema jurídico típico-abstracto nela pressuposto, pondo-o problematicamente em confronto com aquele problema jurídico do caso concreto. O que decide é o *confronto entre problemas* – entre o tipo de problema da norma e a índole do problema concreto do caso – não a *identidade de situações* – a situação prevista na hipótese da norma e a situação concreta. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 174).

Depois de resolvido o problema da selecção e determinação do sentido normativo da norma aplicável (questão de direito em abstrato), segue-se a questão de direito em concreto, que é a etapa final onde o juízo decisório indicará, entre as várias possibilidades normativas, a resposta apropriada ao problema jurídico.

Nessa etapa, há duas situações possíveis: (1) o sistema normativo positivo oferece uma norma aplicável adequada à solução do caso concreto ou (2) o sistema normativo não oferece nenhum critério apropriado. Na primeira situação, a questão de direito em concreto será resolvida pela mediação da norma aplicável, que servirá de critério da decisão. Na segunda situação, o julgador terá que construir a solução através de uma autônoma constituição normativa. (IDEM, p. 176)

A realização do direito por mediação de uma norma disponível no sistema pressuposto (situação 1) pode ocorrer por assimilação total ou parcial. Na assimilação total, há uma relação entre a relevância material da norma (relevância hipotética) e a relevância material do caso (relevância concreta). É o que se costuma denominar de concretização da norma. Na assimilação parcial, por sua vez, não há uma coincidência total entre a relevância hipotética da norma e a relevância material do caso. Para que a norma aplicável seja adequada à solução do caso concreto, é necessária uma adaptação (extensiva ou restritiva) ou uma correção (sincrônica ou diacrônica) no seu sentido normativo. É fundamental explicar detalhadamente esse aspecto da questão metodológica, pois esse parece ser um dos pontos mais maltratados pelas propostas normativistas.

Diante de um caso concreto em que existe uma regra jurídica oferecendo um critério normativo que se ajusta com perfeição à situação problemática, ocorre uma assimilação total da norma em relação ao caso. Verificada a correspondência e não sendo a hipótese de correção ou superação da norma, cabe ao julgador concretizar a solução normativa pressuposta, decidindo o caso concreto em conformidade com o critério previsto. É preciso assinalar que, nessa situação, o relevante não é a relação lógico-hermenêutica que se passa exclusivamente no plano da norma (relacionada ao sentido do texto ou a correspondência entre a letra e o pensamento do legislador), mas sim o juízo juridicamente analógico entre a relevância material hipotética e a relevância material do caso concreto³⁴⁹. Nas palavras de Fernando Bronze:

349 Invoca-se, em particular, a *metodonomologia*, do Professor de Coimbra Fernando Bronze. Em suas palavras, a metodonomologia “é o exercício que consiste em ‘trazer-à-correspondência’ um caso concretamente julgando e o para ele constituído, ou constituindo, critério/fundamento, atentos o mérito problemático do primeiro e a intencionalidade problemática do segundo”. O objetivo desse

(...) o que importa é determinar se os dois planos assim discriminados se correspondem, ou não, ou seja, se há, ou não, uma analogia suficiente entre a intencionalidade problemático-normativa dos circunstancialmente mobilizáveis princípios e critérios (adequadamente compreendidos em função dos fundamentos que directamente exprimem ou em que se louvam, e da teleologia que visam) e a relevância, igualmente problemática-normativa, justificadamente reconhecida aos casos concretamente decididos, sendo certo que a mencionada correspondência pode ser mais ou menos imediatamente estabelecida – respectivamente, por concretização, por adaptação, ou por correcção da norma (*lato sensu*) de decisão – e há-de sempre respeitar tanto as possibilidades de resposta daqueles primeiros termos, como a especificidade da pergunta formulada pelos segundos³⁵⁰. (BRONZE, 2012, p. 25).

Mas nem sempre haverá uma sintonia perfeita entre a norma geral e o caso concreto. Em muitas situações, será necessário adaptar, extensiva ou restritivamente, o sentido problemático da norma aplicável para adequá-la às exigências do caso concreto. É isso que se pode designar por assimilação por adaptação. Não se trata apenas de conferir uma interpretação extensiva ou restritiva ao texto da norma aplicável. Conforme já dito, não é o sentido semântico das palavras que importa, mas sim o critério jurídico contido na norma. Portanto, a adaptação aqui mencionada é uma adaptação do problema-resposta oferecido pelo sistema normativo, que será ampliado ou reduzido, conforme o caso, para solucionar adequadamente

exercício comparativo é o de apurar eventuais proximidades entre sistemas de direito não raro notoriamente distanciados, funcionando a experiência exemplar considerada como uma bússola orientadora para as experiências que as circunstâncias da vida vão propondo, “ainda que nestas últimas não façamos mais do que ceder à inércia e tomar embaciadamente o modelo ponto-de-partida” (BRONZE, 2012, p. 7). Não se trata apenas de comparar o que já existe, mas também, eventualmente, testar novas conexões a fim de acompanhar a dinâmica realidade social.

350 E mais: “ao jurista cumpre – sem contradição – assumir criticamente e discernir prudencialmente (pressupor hermeneuticamente para realizar concreto-situacionalmente e instituir constitutivamente), ponderando judicativamente cada caso decidendo atendendo a essa matriz axiológico-normativamente radicada (por mediação daquele problema inovadoramente proposta, ou adequadamente re-constituída) e que, relativamente à *quaestio disputata*, se lhe apresenta como um re-modelável acervo de semelhança e outro de diferença – i.é., que dele reclama uma reflexão (relevante do circunstancialmente pertinente e negligenciadora do circunstancialmente impertinente) pré-ordenada a ‘trazer à correspondência’ o objecto da disputa e o *corpo iuris*, através da mobilização ou da *inveniendi* de um adequado critério de solução, a fim de que aquele primeiro possa vir a ser assimilado por este segundo em termos normativamente ajustados” (BRONZE, 2012, p. 76).

o caso concreto. Logo à frente será apresentado um exemplo ilustrativo. Por enquanto, vale focar na assimilação por correção.

A assimilação por correção é uma situação muito peculiar, pois acarreta uma mudança profunda no próprio sentido normativo da norma positiva, pelo menos à luz do caso decidendo. Nessa situação, o sistema normativo oferece um critério normativo para resolver o problema jurídico, mas a solução oferecida mostra-se inadequada seja por uma atipicidade do caso decidendo (assimilação por correção sincrônica) seja pelo anacronismo do critério disponível (assimilação por correção diacrônica).

Em primeiro lugar, pode ocorrer um erro de previsão do legislador relativamente ao âmbito de relevância da intenção problemático-normativa da norma prescrita³⁵¹. Vale dizer, o feitor da norma, ao elaborá-la, não levou em conta todas as situações inusitadas que poderiam ocorrer no futuro, gerando um descompasso entre o critério geral aplicável e uma situação atípica a ser resolvida. Esse descompasso entre a relevância material hipotética e a relevância material do caso concreto exige a necessidade de correção da norma, dentro daquilo que Castanheira Neves chama de assimilação por correção sincrônica. Em suas palavras, “estaremos perante esta hipótese de correção sempre que a atipicidade relevante, que está na sua base, for susceptível de referir-se ao mesmo tempo da norma e pudesse, por isso, ter sido assimilada pelo legislador na sua prescrição, evitando a atipicidade que agora exige a correção” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 180).

A assimilação por correção sincrônica é uma decorrência dos limites da capacidade de previsão do legislador. O legislador, no fundo, também é um solucionador de problemas jurídicos. Explicando melhor: assim como o juiz, a atividade legislativa é orientada para a solução de problemas práticos, reais, concretos e não meramente teóricos ou puramente

351 “Verificar-se-á esta hipótese quando se cumpram simultaneamente dois pressupostos: 1) por um lado, a relevância material objectivada pelo problema do caso jurídico deverá ser *atípica*, perante a relevância prevista pela norma na sua problemática pressuposição hipotético-material; 2) por outro lado, a consideração do caso concreto, com a sua específica intencionalidade problemático-jurídica, há-de revelar já uma *insuficiência*, já uma *incoerência* normativo-jurídicas da relevância material tipificada na norma relativamente à intencionalidade problemático-jurídica da mesma norma – ou seja, a relevância tipificada haverá de mostrar-se *inadequada* (porque insuficiente e incoerente) à intenção problemática de que deve (do próprio ponto de vista da norma) ser correlativa” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 180).

abstratos³⁵². Mas, ao contrário do juiz, o legislador preocupa-se com uma maior quantidade de casos que poderão ser abrangidos pela sua solução, mirando não situações específicas, mas o governo da sociedade num sentido *macro* e não *micro*. Nesse sentido, o raciocínio do legislador é macroscópico, pois pretende abarcar o maior número de situações possíveis e, para isso, tem que abstrair um pouco mais a sua mente para imaginar outros problemas além dos já conhecidos³⁵³. O problema é que o legislador somente é capaz de prever as hipóteses mais frequentes, comuns ou típicas dos casos que se propõe a regular. Por conta disso,

não fica excluída a possibilidade de se decidir concretamente da sua aplicabilidade em termos diversos daqueles que imediatamente imporia o sentido significativo e conceitual (ou interpretável em abstracto) das normas, já as aplicando a situações e casos que aquele sentido não cobre, já afastando a sua aplicação de casos e situações formalmente abrangidos por ele. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 171)

3.6.2.1 Assimilação por adaptação e por correção: exemplos

Para ilustrar o entendimento até aqui exposto, serão desenvolvidas duas situações envolvendo o art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, cujo teor literal é o seguinte: “a

352 A esse respeito: SCHAPP, 1985.

353 Não se quer, com isso, afirmar que a atividade do legislador e a atividade do juiz sejam essencialmente semelhantes, mudando apenas o escopo: o legislador visaria à realização do direito em abstrato, enquanto o juiz visaria à realização do direito em concreto. Creio que existem fatores relevantes que justificam uma distinção rigorosa entre o raciocínio judicial e o raciocínio político, pois não me parece adequada a ideia de que o juiz, ideologicamente, deva agir como se legislador fosse. Não se trata aqui de tão somente identificar uma diferença no grau de liberdade decisória, em que o legislador teria menos constrangimentos jurídicos e que a atividade do juiz seria mais vinculada. A diferença não é somente esta. Também há uma diferença de intenções: o legislador visa a uma estratégia político-social (a *macrorregulação* da sociedade), daí o caráter instrumental da legislação; já a tarefa do juiz é a da realização concreta do direito (*microscópica*), com uma intenção de validade menos política. Conforme sustenta Castanheira Neves, “uma coisa é a prescrição legislativa, com um enquadramento jurídico, mas com uma institucional e funcional índole político-social numa intenção estratégica e programaticamente reformadora ou organizadora, outra coisa a realização do direito, com momentos normativo-juridicamente constitutivos, mas de índole institucional e funcionalmente judicativo-decisória e numa intenção de concreto cumprimento da normativa validade jurídica” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 21).

casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Há dois problemas práticos que podem ser apresentados para demonstrar a assimilação por adaptação e por correção. O primeiro problema diz respeito ao conceito normativo de casa; o segundo, ao sentido da expressão durante o dia.

De início, é preciso investigar o sentido geral do reconhecimento normativo da proteção ao domicílio conferida pelo referido artigo constitucional. Para compreender o porquê dessa proteção jurídica, precisamos conhecer o problema subjacente que a norma pretendeu solucionar. A casa é um local de celebração da privacidade, é um reduto onde a pessoa extravasa sua dimensão mais íntima e pessoal, solidifica o afeto familiar e seus laços de amizade mais fraternais. Na sua casa, o ser humano tem uma grande expectativa de não ser incomodado por estranhos, pois é nela que ele encontra refúgio, tranquilidade e sossego. Essa expectativa é totalmente frustrada se qualquer pessoa pudesse nela ingressar sem o consentimento do morador. Isso também vale para autoridades estatais: se agentes do estado, em nome do interesse público, puderem invadir qualquer residência a seu bel-prazer, o risco de abuso seria enorme, até porque se sabe que uma medida tão drástica sempre costuma vir acompanhada de prepotência e arbitrariedade. Assim, se não forem impostos limites ao poder estatal, no que se refere à proteção domiciliar, o clima de tensão seria constante e ninguém se sentiria em paz na sua própria casa. Diante disso, a imensa maioria dos estados democráticos de direito estabeleceram condições formais e materiais para que agentes estatais possam ingressar na residência alheia sem o consentimento do morador, especialmente a exigência de que tal medida seja precedida de uma autorização judicial, em que um órgão imparcial e independente analisará se a medida é adequada e necessária. Para aumentar ainda mais o campo de proteção da intimidade, foi determinado que as ordens judiciais que autorizam a invasão domiciliar fossem cumpridas durante o dia. Afinal, durante a noite, o indivíduo encontra-se mais vulnerável, já que a sua expectativa de privacidade é ainda maior.

Até aqui é bastante fácil compreender a intenção da norma e o seu âmbito de proteção mais comum, que é evitar intromissões arbitrárias na casa dos indivíduos. Para chegar a essa conclusão, naturalmente foi preciso compreender o significado das palavras utilizadas no texto; porém, o mais importante não foi descobrir o sentido semântico de tais palavras, mas sim captar o contexto da posituação da referida norma: o *prius* metodológico não foi o texto, mas o problema que justificou a posituação daquela norma.

No próximo passo da análise, o peso da intenção da norma, em contraposição ao significado semântico do texto, tornar-se-á ainda mais claro.

Apesar de o texto constitucional usar a palavra *casa* para se referir ao espaço abrangido pela proteção normativa, houve uma mudança na vida social que exigiu uma redefinição do conceito normativo de *casa*. Refiro-me ao aumento de importância do local de trabalho enquanto ambiente de formação da personalidade. Não é exagero dizer que o escritório profissional, muitas vezes, é uma extensão do próprio lar, já que as pessoas, de um modo geral, passam mais tempo em seus ambientes de trabalho do que em suas casas. Além disso, o ambiente de trabalho também gera, para a pessoa, uma expectativa de privacidade, ainda que não tão intensa quanto àquela gerada pelo ambiente doméstico. De qualquer modo, é inegável que a vida profissional também exige uma sensação de tranquilidade psicológica que é frustrada com a invasão arbitrária do local em que a pessoa trabalha, razão pela qual é necessário impor limites ao poder estatal em tais situações. Diante disso, a jurisprudência passou a entender que o ambiente de trabalho insere-se no conceito normativo de casa para fins de incidência do art. 5º, inc. XI, da CF/88³⁵⁴.

354 Confira-se, na parte relevante, o trecho de uma ementa de acórdão do Supremo Tribunal Federal sobre esse tema: "Para os fins da proteção jurídica a que se refere o art. 5º, XI, da Constituição da República, o conceito normativo de 'casa' revela-se abrangente e, por estender-se a qualquer compartimento privado não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade (CP, art. 150, § 4º, III), compreende, observada essa específica limitação espacial (área interna não acessível ao público), os escritórios profissionais, inclusive os de contabilidade, 'embora sem conexão com a casa de moradia propriamente dita'" (STF, HC 93050, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 10/06/2008). Ressalte-se que a jurisprudência de vários países segue a mesma linha interpretativa. Assim, na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal já decidiu que "o conceito 'domicílio' do Art. 13 I GG deve ser interpretado em sentido amplo; ele abrange também as dependências do trabalho, empresa e comércio" (SCHWAB; MARTINS, 2006, p. 676 e ss.).

Do ponto de vista semântico, é óbvio que casa e local de trabalho não são sinônimos, nem mesmo termos correlatos. Seria bastante arbitrário, do ponto de vista linguístico, interpretar a palavra casa de modo extensivo para incluir, no seu conceito, o local de trabalho. A tradicional interpretação extensiva certamente não permitiria esse resultado, pois ninguém usa, normalmente, a palavra casa para se referir a uma sala comercial em que um contador trabalhe, nem a um consultório médico que funcione em um hospital. É certo que a interpretação extensiva, no sentido tradicional, poderia ser invocada para ampliar o conceito de casa em outras situações. Assim, seria possível, sem violar o sentido semântico da palavra casa, estender a proteção constitucional àqueles imóveis ou automóveis que, ainda que não se insiram estritamente na definição de casa, cumprem o mesmo papel de servir de moradia³⁵⁵. Quando se discute se um quarto de hotel, ou a boleia de um caminhão ou um *motorhome*, estão abrangidos pela garantia de inviolabilidade do domicílio, basta adotar uma definição teleológica de casa para concluir positivamente. Se, do ponto de vista da finalidade, a casa pode ser definida como o lugar onde a pessoa mora, então um quarto de hotel, um *motorhome* ou uma boleia de caminhão certamente cumprem tal finalidade e, portanto, podem ser considerados como casa para fins de incidência do art. 5º, inc. XI, da CF/88. A situação do escritório profissional é diferente, pois o escritório não costuma ser um local de habitação. Portanto, a única forma de compreender o conceito normativo de casa desenvolvido pela jurisprudência é deixar de lado o sentido semântico e buscar o propósito da norma, ou melhor, a intenção normativa. E parece claro que o mesmo propósito que justificou a exigência de autorização judicial para a invasão domiciliar justifica tam-

355 A esse respeito, em Portugal, o Tribunal Constitucional decidiu o que se segue: “para efeitos do artigo 34.º da CRP, e como já anteriormente se viu, o domicílio equivale a habitação, ‘enquanto projecção espacial da pessoa’ (Amorth, La Costituzione Italiana, p. 62), ou, mais incisivamente ainda, enquanto ‘instrumento necessário de uma completa manifestação da liberdade individual’ (Florian, apud Novissimo digesto italiano, vol. VI, p. 180). Ora, esses segmentos habitacionais dos grupos e caravanas de nómadas, mesmo a rodar nas estradas, mesmo sem gente dentro, constituem a habitação dos nómadas que os conduzem ou rebocam e, por isso mesmo, não podem deixar de estar tutelados, ainda nessas circunstâncias, pelo artigo 34.º da CRP. Deste modo, a norma do n.º 2 do citado artigo 81.º, na medida em que, em situação de viagem, consente que se efectuem buscas, sem observância das regras constitucionalmente definidas, nesses espaços fechados em que a personalidade humana se projecta mais privadamente, mais livremente, infringe, também nesse ponto, o preceituado no artigo 34.º da CRP” (Acórdão n. 452/89).

bém a exigência de autorização judicial para a invasão do local de trabalho. Trata-se aqui de uma analogia, mas não analogia de significado entre casa e escritório, mas analogia de problemas, ou seja, são problemas da mesma índole, com circunstâncias exemplares comuns, a demandar soluções da mesma índole, com critérios normativos comuns³⁵⁶.

Castanheira Neves defende a analogia jurídica dos casos relevantes nos seguintes termos:

Os casos relevantes (o caso-meta e o caso-foro) serão juridicamente análogos quando os seus respectivos e concretos sentidos problemático-jurídicos – i.é, e como sabemos, os sentidos que a cada um deles os constitui como *casos* jurídicos, e sem deixar de ter presente o caso-tema se constitui como caso jurídico independentemente da consideração do caso-foro – se puderem pensar numa conexão justificada pela intenção fundamental de juridicidade que os constitui na sua *especificidade jurídica*. Quando as suas constitutivas intenções de juridicidade forem no fundo as mesmas ou afins: a diferença dos seus concretos sentidos problemático-jurídicos resultarão, nestas circunstâncias, mais das diversidades das respectivas relevâncias objectivas e menos da intencionalidade jurídica que lhes correspondem. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 261)

Como se percebe, o que importa não é a semelhança de significado entre as palavras do texto da norma e a do problema a ser resolvido. Não se trata meramente de uma interpretação extensiva, mas de uma assimilação por adaptação extensiva, cujo fator preponderante é a correlação ou afinidade entre o problema previsto na norma e o problema do caso concreto. Esse caso concreto, com a sua especificidade atípica, oferece na sua autônoma problematicidade jurídica um elemento novo, não pre-

356 Como explica Castanheira Neves, embora sem usar o exemplo da proteção jurídica dos escritórios profissionais, “a analogia não é aqui apenas um momento heurístico de investigação para uma fundamentação que a supere, na base da sustentação ou de convocação de um pensamento de universalidade sistemática, sequer o *modus* de assimilação e afirmação judicativa em concreto de uma normativa universalidade, mas verdadeiramente o critério judicativo de uma decisão normativa” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 245). Analogia que busca seu fundamento “no *princípio da igualdade*, enquanto expressão imediata ou exigência primeira da *justiça* (do princípio da justiça): se o caso-foro e caso-tema são semelhantes nos seus momentos normativo-jurídicos relevantes, em termos de haverem de ser considerados casos do mesmo tipo e de admitirem igual valoração normativo-jurídica, então a solução do caso-tema deverá ser igual à do caso-foro” (IDEM, p. 253).

visto pelo legislador, a exigir uma reponderação (recompreensão e reconstituição) tanto da problemática, como da normatividade da norma. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 185). É isso – e não as palavras do texto – que justifica incluir o ambiente de trabalho no mesmo nível de proteção constitucional da casa.

Se até aqui a discussão não gera tanta polêmica é porque certamente a ampliação do conceito de casa aumenta o âmbito de proteção da garantia individual, o que está de acordo com o senso comum do pensamento jurídico que sugere que a interpretação dos direitos fundamentais deve sempre favorecer o princípio da liberdade. Assim, a constante invocação do propósito da norma não geraria nenhuma novidade em relação às técnicas clássicas de hermenêutica, que valorizam o sentido semântico das palavras contidas na legislação e, ao mesmo tempo, recomendam a prevalência da interpretação que melhor favoreça a liberdade. Para afastar essa alegação, é preciso passar ao outro exemplo, que certamente é mais polêmico, mas bastante ilustrativo do que se está a defender, que é a ideia de que o relevante é a situação-problema contida na norma e não o seu sentido semântico. Dito de modo ainda mais claro: os textos normativos devem ser interpretados não pelo significado de suas palavras, mas de acordo com o fundamento adotado para solucionar o problema específico que justificou a sua inclusão no sistema jurídico.

Deixemos de lado, por um momento, o conceito normativo de *casa* para focar a expressão “durante o dia”. É certo que tal expressão também gera dúvidas semânticas, pois ela tem uma textura aberta, no sentido desenvolvido por Hart. Mas o que nos interessa aqui não é discutir essas zonas de penumbra, mas aquelas situações que estão dentro do núcleo duro da expressão “durante o dia”. Todos são capazes de reconhecer, por exemplo, que uma hora da madrugada não pode ser incluído no conceito de “dia”. Nosso objetivo aqui é discutir essas situações de certeza semântica para responder à seguinte questão: podem existir situações em que o mandado de invasão domiciliar pode ser cumprido, de forma válida, durante a noite?

Para resolver esse problema, é preciso, inicialmente, investigar a intenção da norma. O que está por trás da inclusão da expressão “durante o dia” no texto constitucional é uma preocupação ainda maior com

a privacidade e intimidade. A ordem judicial que autoriza a invasão domiciliar tem que ser cumprida durante o dia para dar ao ser humano um conforto emocional ainda mais amplo. Assim, em princípio, qualquer mandado de busca e apreensão domiciliar que seja cumprido no período noturno violaria o propósito da norma constitucional e, portanto, poderia ser anulado judicialmente.

Ocorre que nem todas as situações fáticas em que há necessidade de invasão domiciliar estão necessariamente abrangidas pela intenção da norma, sobretudo depois que o conceito normativo de casa foi ampliado. É possível imaginar situações em que uma invasão domiciliar noturna pode ser realizada durante a madrugada sem que a intimidade individual seja violada. Um caso que bem ilustra essa situação foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal e gerou certa perplexidade entre aqueles juristas que adotam um método de interpretação focado no sentido semântico do texto. Durante uma famosa operação policial (*Operação Hurricane*), o Supremo Tribunal Federal analisou se seria válida uma ordem judicial que autorizou a entrada sorrateira de agentes da Polícia Federal, no período noturno, em um escritório de advocacia a fim de instalar um equipamento para a captação de sinais acústicos (escuta ambiental). A questão era simples: havia fortes suspeitas de que um determinado escritório de advocacia estaria sendo utilizado como balcão de negócios para diversos crimes envolvendo autoridades estatais e organizações criminosas. No intuito de coletar informações para comprovar a acusação, a Polícia Federal requereu ao Judiciário a colocação de equipamentos de escuta ambiental no referido escritório, o que foi autorizado³⁵⁷. Porém, para a instalação de tais equipamentos, seria necessário permitir a invasão noturna do escritório, pois esse era o único momento em que não havia ninguém naquele local. A instalação do equipamento durante o dia teria grande chance de se descoberta pelos investigados, tornando inócua a medida. Diante disso, o juiz responsável pelo caso autorizou, em decisão fundamentada,

357 A autorização para o uso de escutas ambientais como meio de prova está prevista na Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei 9.034/95), cujo artigo 2º estabelece o seguinte: “Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (...) IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”.

que a polícia ingressasse no escritório no período noturno para instalar os equipamentos necessários à investigação, e o plenário do Supremo Tribunal Federal, analisando a compatibilidade da referida decisão com a norma constitucional que estabelece que a invasão domiciliar com ordem judicial deve ser realizada durante o dia, reconheceu a validade da medida, permitindo que os dados obtidos a partir dela servissem como prova contra os acusados³⁵⁸.

Qualquer tentativa de conciliar esse entendimento com a interpretação semântica do texto constitucional seria um exercício de hipocrisia e dissimulação. Se o escritório profissional está abrangido pelo conceito normativo de *casa*, para fins de incidência do art. 5º, inc. XI, da CF/88, então a autorização judicial para a invasão do ambiente de trabalho teria que ser cumprida durante o dia, conforme determina o texto constitucional. Essa interpretação, contudo, geraria uma situação absurda na medida em que transformaria a inviolabilidade do domicílio em um escudo para a impunidade, conferindo à referida garantia uma dimensão totalmente inadequada aos propósitos da norma, nesse caso particular.

Para contornar esse problema interpretativo, é preciso invocar mais uma vez a ideia de *intenção normativa*, buscando critérios metalinguísticos para a construção da solução do caso concreto. A exigência contida no art. 5º, inc. XI, da CF/88, de que a ordem judicial que autoriza a invasão domiciliar seja cumprida durante o dia, teve o claro propósito de evitar a ocorrência de uma situação de constrangimento ao ser humano, tendo em vista que, no período noturno, a pessoa está, em geral, numa situação de hiperintimidade. Suas roupas, suas atitudes, suas palavras, seu estado de espírito de um modo geral, estão baseados na perspectiva de privacidade proporcionada pelo refúgio noturno do lar. Daí porque seria altamente danoso à dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade permitir que os agentes estatais ingressassem na

358 Eis o trecho relevante da ementa: "PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada" (STF, Inq 2424, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 26/11/2008).

residência particular durante a noite, que é, para o indivíduo, o seu momento de maior expectativa de proteção. O fundamento mais uma vez é a intimidade. Com a ampliação do conceito normativo de casa para incluir os escritórios profissionais, surge a questão de saber se também faz sentido incluir a limitação de horário para o cumprimento do mandado. A questão é relevante porque, em princípio, ninguém está numa situação de máxima intimidade no ambiente do trabalho durante o período noturno. O STF, ao autorizar a colocação da escuta naquele horário, tinha plena consciência de que a invasão não ocorreria durante o dia. Na verdade, no caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, a invasão noturna foi justificada precisamente porque não havia ninguém no escritório após o final do expediente de trabalho, de modo que aquele seria o momento ideal para a colocação dos equipamentos de escuta. A intenção da norma constitucional não foi violada de forma alguma, já que o “contexto de aplicação” era diverso. Deve ser lembrado que a preocupação contida naquela norma constitucional era o resguardo da intimidade e, no caso, ninguém foi constrangido naquela diligência policial (naturalmente, estou referindo-me unicamente à invasão em si, e não aos efeitos posteriores da captação das conversas ambientais, que geram, certamente, outra discussão jurídica em torno da privacidade e intimidade, mas que não envolvem diretamente a interpretação do artigo 5º, inc. XI, da CF/88, que trata da inviolabilidade domiciliar³⁵⁹).

Nessa situação, ocorre a chamada assimilação por correção sincrônica, vale dizer, o caso concreto exige uma revisão do sentido normativo daquela garantia constitucional (de cumprimento do mandado judicial

359 Na Alemanha, no caso LAUSCHANGRIFF (BVERFGE 109, 279), julgado em 2004, o Tribunal Constitucional Federal analisou a constitucionalidade de uma emenda constitucional que autorizou diversas medidas de investigação envolvendo grupos terroristas, dentre elas a possibilidade da escuta ambiental, ou seja, a captação de sinais óticos e acústicos. Ao mesmo tempo, foi analisada a constitucionalidade da legislação que regulamentou a referida emenda constitucional. Na referida decisão, foi reconhecido que nem toda vigilância acústica viola a dignidade humana, razão pela qual a emenda constitucional que autorizou a referida medida seria constitucional. Porém, na situação específica, entendeu-se que a regulamentação legislativa não atenderia todas as condições necessárias para a proteção da dignidade humana, razão pela qual seria inconstitucional. A fim de não prejudicar as investigações em andamento, o TCF autorizou a aplicação da lei inconstitucional durante um determinado período (expirado em 30/6/2005), dentro do qual outra norma deveria ser aprovada, devendo os agentes responsáveis observar, na sua aplicação, o princípio da proporcionalidade (SCHWAB; MARTINS, 2006, p. 688 e ss.).

durante o dia), pelo menos nas hipóteses de busca e apreensão nos locais de trabalho. A norma – o artigo 5º, inc. XI, da CF/88 – somente considerou como situação problemática, para a proteção da intimidade, a invasão domiciliar (casa *stricto sensu*) e, por isso, exigiu o cumprimento do mandado no período diurno para aumentar a proteção individual. A evolução da discussão, com a ampliação da proteção a fim de abranger os locais de trabalho, tornou necessária uma correção do sentido da expressão “durante o dia”, já que essa exigência só se justifica nas situações típicas de invasão domiciliar (de *casas* em sentido estrito).

O que temos no exemplo acima é uma ilustrativa aplicação da assimilação por adaptação extensiva (no que se refere à ampliação do sentido normativo de casa) e uma assimilação por correção sincrônica (no que se refere ao cumprimento do mandado “durante o dia”). Não é preciso, em situações assim, invocar nenhuma teoria mais sofisticada sobre a suposta inconstitucionalidade de normas inconstitucionais, ou sobre a relativização de direitos fundamentais, ou sobre a ponderação de valores ou derrotabilidade (*defeseability*) de regras ou algo parecido. A proposta é mais simples, pois nos obriga apenas a questionar as intenções normativas dos critérios previstos nas normas e a fazer uma conexão entre o problema específico que estamos enfrentando e o problema geral que a norma intenciona resolver. Se não há conexão entre o problema geral que aquela norma se propõe a solucionar e o problema concreto a ser enfrentado, é inútil mobilizar aquele texto para guiar o pensamento jurídico.

Dito isso, passa-se à chamada assimilação por correção diacrônica, que é uma situação em que há uma norma aplicável mediando a realização concreta do direito, mas o critério normativo deixou de ser relevante em razão da evolução social.

3.6.2.2 Assimilação por correção diacrônica

Como explica Castanheira Neves, a atipicidade diacrônica acontece quando, “por uma alteração no tempo da realidade histórico-social ou da situação pressuposta pela norma: a realidade ou situação relevante no tempo do caso é diferente da que foi pressuposta no tempo da norma” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 181). Essa situação ocorre porque a vida

social é dinâmica e o legislador não é veloz o suficiente para dar respostas a todos os conflitos possíveis e imagináveis. Por isso, a solução normativa disponível no sistema, mesmo não tendo sido expressamente revogada por outra norma posterior, pode estar tão defasada diante do avanço social que o critério por ela proposta mostra-se sem sentido, exigindo uma correção ou atualização em razão da sua obsolescência.

Há vários exemplos de assimilação por correção diacrônica. A mudança de paradigma decorrente do avanço cibernético, por exemplo, acarretou a obsolescência de uma série de regras relacionadas às formas dos contratos ou dos atos jurídicos em geral. Basta dizer, para citar um exemplo comum, que a implementação do processo judicial eletrônico ou virtual (sem papel) exigiu uma assimilação por correção diacrônica de várias normas que previam a assinatura (de próprio punho) como requisito formal de validade dos atos processuais. A assinatura deixou de ser a assinatura escrita a mão para ser a assinatura digital (certificação digital).

Mas a assimilação por correção diacrônica não surge apenas por mudança tecnológica. Também há necessidade de atualização da norma quando ocorrem alterações das circunstâncias histórico-sociais a que a norma vai referida. Ou seja, quando o pressuposto histórico-social adotado pelo legislador não mais existe, o julgador precisa corrigir o critério proposto para adequá-lo aos novos tempos.

Um exemplo dado por Castanheira Neves refere-se ao direito de família, que mudou a sua estrutura, substituindo um modelo patriarcal por um modelo de “pequena família”, com igualdade de direitos entre os cônjuges. Todas as normas vigentes que prescreviam critérios jurídicos pressupondo aquele modelo patriarcal, que não mais existe, tornaram-se obsoletas, não sendo materialmente adequadas para solucionar os problemas do novo modelo de família (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 184). Do mesmo modo, a legislação que previa a concessão de vantagens (dotes) à mulher solteira, numa época em que a mulher era considerada juridicamente incapaz e socialmente dependente do chefe da família, deixou de ter sentido com a emancipação da mulher, devendo passar por um processo de correção diacrônica antes de ser adotada para a solução de casos concretos atuais. Tal correção poderá acarretar até mesmo a superação do critério normativo, diante de sua completa obsolescência.

3.6.2.3 Autônoma constituição normativa

As situações até agora citadas envolvem a existência de um critério disponível no sistema normativo aplicável ao caso concreto, ainda que após a devida adaptação (extensiva ou restritiva) ou correção (sincrônica ou diacrônica). Resta analisar uma última situação, relacionada à questão de direito em concreto, que é a da realização do direito por autônoma constituição normativa.

Conforme visto, após a determinação e comprovação da questão de fato, o método jurídico se dirige à compreensão e à solução, ainda num nível hipotético, da chamada questão de direito em abstrato. Esse momento envolve dois pontos metódicos: a procura e a seleção do critério normativo oferecido pelo sistema jurídico (“norma aplicável”) e a determinação do sentido normativo jurídico hipotético dessa norma como critério da concreta decisão judicativa. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 205).

Ocorre que, em algumas situações, o sistema normativo não dispõe de critérios normativos expressos que possam servir como parâmetro para a solução do caso concreto. Em tais situações, a concreta decisão judicativa deve ser oferecida através de uma autônoma constituição normativa, onde o julgador terá a responsabilidade de ele próprio constituir os critérios e fundamentos do seu juízo, inclusive valendo-se de elementos transistemáticos, ou seja, que vão além do que o sistema pressuposto ofereça.

Mas a ausência de um critério normativo diretamente aplicável ao problema jurídico concreto não significa uma total liberdade decisória e uma completa ausência de parâmetros normativos. Para o jurisprudencialismo, o sistema jurídico não se identifica nem se esgota nas normas positivas, pois diversos elementos transpositivos e suprapositivos também fazem parte de sua constituição. Por isso, mesmo quando não dispõe de um critério específico diretamente aplicável, o sistema ainda assim oferece, para além das normas existentes, uma orientação normativa no nível dos fundamentos, mais especificamente no nível dos princípios da juridicidade, que servirão de parâmetro para aferição da validade axiológico-jurídica da decisão. Essa valorização dos princípios constitui, sem dúvida, a mais relevante contribuição do jurisprudencialismo ao pensamento jurídico.

Nesse ponto, há uma notável semelhança entre o *model of principle* de Ronald Dworkin e a proposta de Castanheira Neves, que foram desenvolvidas de forma independente e quase simultaneamente por volta dos anos 1960 e 1970. Tanto Dworkin quanto Castanheira Neves estavam preocupados em refutar a tese da discricionariedade judicial, segundo a qual, em caso de indeterminação normativa, o juiz teria o poder discricionário de criar livremente o direito (“*law making power*”). Para Dworkin, se os juristas levassem os direitos a sério, não se poderia admitir qualquer tipo de discricionariedade nas decisões judiciais, mesmo nos casos mais difíceis, em que não existam regras explícitas fornecendo uma solução para o problema. Isso porque os princípios vinculariam os juízes e deveriam guiá-los em direção à melhor resposta possível, que seria a única resposta correta³⁶⁰. De modo semelhante, Castanheira Neves defendeu que não se pode admitir qualquer tipo de arbitrariedade na realização concreta do direito, até porque o arbítrio seria o contrário à própria ideia de direito. Assim, a chamada discricionariedade judicial implicaria um compromisso de integração a uma determinada ordem jurídica alicerçada em um sistema de valores comunitários. O julgador, portanto, deveria sempre se orientar no sentido de buscar uma solução que concretamente melhor realize os fins a que se destina, ou seja, a solução justa. Existiria aí um dever, não meramente moral, mas verdadeiramente jurídico, de compromisso com a ordem jurídica dentro da qual a ideia de discricionariedade se realizaria (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 361). Assim, dentro dessa visão orientada por princípios, as soluções jurídicas devem se conformar aos valores que melhor se ajustam ao sistema normativo, mesmo que não existam critérios legais predefinidos adequados ao caso concreto. A intencionalidade do direito ganha, com isso, uma autonomia em relação à intencionalidade da política, permitindo que o direito cumpra o seu papel de controle do poder, constituindo fundamentos de validade (jurídica) desenvolvidos fora da política e de forma independente do *jogo de poder* que marca o processo legislativo.

360 A tese da única resposta correta não significa que exista algum procedimento algorítmico de decisão que estabeleça qual é a resposta correta, mas apenas que é possível estabelecer, à luz de um contexto cultural específico, qual a melhor resposta para um determinado caso (DWORKIN, 2006c, p. 41/42).

3.6.3 A constituição do sistema a partir do problema concreto

3.6.3.1 A abertura, dinamicidade e historicidade do sistema

Em um Estado de Direito, existe uma expectativa de que os juízes decidam e justifiquem suas decisões com base em *parâmetros normativos* aceitos pela comunidade. O juiz que deixa de lado os padrões esperados para julgar com base em suas preferências pessoais está agindo de forma arbitrária e, portanto, contrária ao direito³⁶¹. Em outras palavras, espera-se que as decisões judiciais *sejam conformes ao direito*. A *conformidade ao direito* é um conceito vago que tem sido preenchido com muitas cores diferentes. Já houve um período em que se pensou que fosse possível elaborar regras capazes de regular detalhadamente a solução de cada caso, prevendo, sem nenhuma margem de dúvida, a resposta exata aos problemas jurídicos. A experiência demonstrou que esse tipo de proposta é impossível de se concretizar, pois a vida é muito dinâmica e complexa para ser previamente normatizada em sua totalidade. Aliás, já foi visto que todo sistema normativo, por ser abstrato, é deficiente e lacunoso, na medida em

361 No bem-humorado livro “Gargântua e Pantagruel”, do escritor francês François Rabelais, há uma pitoresca história do juiz Bridoye, que julgava os processos com base na sorte dos dados. A técnica utilizada pelo juiz Bridoye era a seguinte: primeiro, ele colocava na extremidade da mesa de seu gabinete toda a papelada do réu e imediatamente jogava um dado. Depois, ele colocava os dados referentes ao autor na outra extremidade e, do mesmo modo, jogava outro dado. Aquele que tirasse o número maior seria o vencedor da causa (RABELAIS, 2003). Mais recentemente, foi divulgada pela imprensa a notícia de um juiz das Filipinas que fora afastado de suas funções após confessar que julgava seus processos com a ajuda de duendes. De fato, o (ex) juiz Florentino Floro confessou que, em pelo menos três casos, redigiu a sua sentença com a ajuda dos duendes Luis, Armand e Angel. A Suprema Corte das Filipinas, por entender que a atuação do referido juiz estaria pondo em risco a credibilidade do Judiciário, resolveu afastá-lo de suas funções, assinalando que “mesmo que existam, os fenômenos paranormais não têm lugar em um tribunal que tem o dever de, na solução de controvérsias, aplicar apenas o direito positivado e, na sua ausência, regras e princípios de equidade”. É lógico que os exemplos do juiz Bridoye e do juiz filipino são incompatíveis com a proibição de arbitrariedade que é imposta ao julgador. Não pode haver, no sistema institucional de soluções jurídicas, espaço para decisões sem qualquer base racional. A justificativa do julgamento deve se guiar por parâmetros amplamente aceitos pelos membros da comunidade e não por aspectos aleatórios ou místicos. Afinal, a decisão judicial não pode ser como um caderno de colorir que o juiz preenche com as suas cores favoritas. Um julgador que não se preocupe em fornecer explicações convincentes sobre o conteúdo de sua decisão está a um passo de cair no arbítrio, que é tudo o que o direito pretende evitar.

que será incapaz de prever todas as possibilidades de conflitos concretos numa sociedade em evolução. Por isso, a solução dos problemas jurídicos sempre demandará um imprescindível momento *de criação*, por parte do agente decisor, por meio do qual será construída a solução adequada ao caso. Portanto, quando se fala que as soluções para os conflitos devem se basear em critérios previamente definidos, não significa que todas as respostas possam ser encontradas em códigos escritos absolutamente precisos que não deixam qualquer margem de dúvida sobre qual é a solução correta. O que é necessário é apenas *um padrão de normatividade que sirva de norte para fundamentar e balizar as soluções jurídicas*.

*Falar em padrão de normatividade equivale a falar em sistema normativo. Será o sistema normativo que fornecerá ao jurista os parâmetros (fundamentos e critérios) da solução conforme o direito*³⁶². Mas não se pode perder de vista todas as considerações já mencionadas: (a) não é o sistema normativo o *prius* metodológico, mas o caso jurídico a exigir uma solução válida; (b) a relação entre o sistema normativo e o caso jurídico não deve ser considerada como uma relação lógico-dedutiva, mas como um autônomo juízo normativo desenvolvido a partir da singularidade do caso concreto; (c) as normas jurídicas, quando existentes, não são simplesmente aplicadas ao caso concreto, pois precisam passar por um processo de adaptação e correção, para servirem como critérios válidos de solução do específico problema jurídico; (d) a norma jurídica (quando haja uma norma disponível) deixa de ser apenas um postulado lógico-conceitual para ser entendida como a solução hipotética de um problema normativo e, portanto, deve ser interpretada à luz do referido problema, e assim por diante³⁶³.

362 É precisamente nesse ponto que o jurisprudencialismo mais se diferencia da tópica jurídica, desenvolvida por Viehweg. Enquanto a tópica enaltece o problema desvalorizando o sistema, o jurisprudencialismo valoriza tanto o problema quanto o sistema normativo. Além disso, enquanto a tópica, juntamente com a retórica e teoria da argumentação, privilegia um consenso persuasivo que se manifesta após a tomada da decisão, o jurisprudencialismo, consciente do caráter judicativo-normativo do direito, pressupõe uma validade normativamente vinculante que oriente a própria formação do juízo.

363 Como diz Castanheira Neves: “A verdadeira e essencial dimensão do Espírito não no-la dá o sistemático, e sim o problemático. Só neste o Espírito transcende as coisas para perguntar pelo próprio ser delas, pelo seu sentido e fundamento, enquanto o sistemático apenas traduz o arranjo estético ou a conexão lógica (sintética ou analítica) em que se oferecem as respostas obtidas, sempre suscetíveis de superação” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 69).

As considerações acima dão algumas pistas sobre como se constitui e se desenvolve o sistema jurídico. A primeira conclusão há de ser esta: o sistema jurídico é aberto – aberto a todas as possíveis mutações – e sujeito, como tal, a uma constante revisão regressiva (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 304). Qualquer tentativa de fechar o sistema jurídico, tratando-o como um conjunto estático e completo de soluções possíveis para os problemas jurídicos reais, estará sujeita ao fracasso, pois um sistema só pode fechar-se sobre si se for pensado como um sistema estático referido a um objeto também estático. Como os problemas jurídicos reais são dinâmicos, evoluindo conforme a evolução histórica da sociedade, não poderá o sistema permanecer estático, sob pena de necessariamente renunciar à sincronização com o seu objeto. Por isso, para que o sistema jurídico acompanhe a evolução da sociedade, deve manter-se permanentemente aberto à mutação e à aquisição.

A abertura do sistema decorre da historicidade da vida social e do próprio pensamento jurídico. A vida comunitária, como forma de vida, é histórica, no sentido de que é o palco da realização da historicidade. Mais ainda: o próprio homem é um ser histórico porque tem história (está imerso na história) e faz a história (a história emerge dele) (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 302). Os problemas jurídicos, que são problemas genuinamente humanos, também fazem parte de uma experiência histórica e, por isso, sempre estão a alargar-se e a aprofundar-se, reclamando novas perguntas (problemas) e novas respostas (implicadas em novas intenções que através dos novos problemas vão surgindo) (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 157).

Em razão disso, por necessidade histórica, o sistema jurídico sempre será menor do que a complexidade da vida real. A experiência vivida abre constantemente novas perguntas para as quais o sistema não é capaz de antecipar qualquer resposta simultaneamente, forçando uma contínua reconstituição a partir de novas aquisições trazidas pelos novos problemas e de reavaliações das velhas respostas. Na lição de Castanheira Neves:

a ordem do direito, como qualquer ordem, estiola-se se a sua estabilidade não for compatível com a variação, se não admitir a renovação ou o *input* assimilador do novo (como forma adaptativa à mutação do seu 'exterior'), assim como ruirá se a aquisição e o novo, enquanto coordenadas da continuidade, rompe-

rem a consistência estrutural da institucionalização que é afirmada pela estabilidade (...). É certo que a realização jurídica começa por fazer-se com ponto de partida num prévio sistema normativo e no quadro das intenções jurídicas que ele delimita. Mas a dialéctica normativa dessa realização, suscitada por uma problemática de dinâmica histórica, logo revelará as insuficiências desse sistema e o forçarão a abrir-se a aquisições e revisões que não deixam incólume a sua intencionalidade inicial. E deste modo a exigível unidade sistemática só pode conseguir-se por uma sua-reconstrução (e reconstrução regressiva) *a posteriori*. (CASTANHEIRA NEVES, 1995f, p. 118, 167/168).

O “espírito do sistema” deve ser mesmo um espírito de abertura, que esteja sempre disposto a assimilar novos sentidos e não um espírito de auto-suficiência e de clausura, que negue a sua historicidade. Um sistema fechado é um sistema dessincronizado, alienado, de costas para as reais exigências da vida e alheio às possibilidades de uma verdadeira eficácia e de uma justiça autêntica (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 226). Um modelo totalizante, em que todas as respostas já estivessem disponíveis num catálogo fechado de critérios, não seria desejável, pois os parâmetros da decisão precisam permitir que as peculiaridades de cada caso concreto possam receber uma solução adequada. Desse modo, o sistema está sempre se modificando, pois todo problema novo o transforma, acrescentando novos elementos ou alterando o sentido dos já existentes. O sistema jurídico assim compreendido não tem apenas a força de influenciar a realização concreta do direito, mas também é afetado a cada nova decisão judicial.

Numa palavra de síntese: do sistema que se parte chega-se a um novo sistema como resultado, pela mediação do problema – ou mais exactamente, pela mediação da experiência problemática que entretanto superou o primeiro sentido do sistema e exige a reconstrução-elaboração de um outro sentido sistemático que assimile regressiva e reconstrutivamente essa experiência (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 159).

Ter consciência do caráter aberto e expansivo do sistema jurídico é também ter consciência de seus limites e possibilidades. Quando surgem casos novos, para os quais não há respostas prontas e acabadas, a capacidade do sistema de fornecer uma solução antecipada para aquele proble-

ma inédito não pode ser camuflada. Conforme já dito, em situações assim, o jurista não pode simplesmente forçar a aplicação de critérios normativos preexistentes sem qualquer preocupação com a adequação ao caso concreto. É necessário assumir a novidade do problema e reconstruir o sistema para compatibilizá-lo com as exigências do caso decidendo, sem abrir mão dos fundamentos que dão unidade ao sistema, sobretudo àqueles fundamentos consensuais mais ligados à ideia de justiça. (CASTANHEIRA NEVES, 1995f, p. 169 e 175)

Compreendida a abertura do sistema jurídico, pode-se passar para outro ponto fundamental: os estratos desse sistema. Desde logo, é preciso enfatizar um aspecto de grande relevância que diferencia a perspectiva jurisprudencialista de diversas perspectivas normativistas. Algumas perspectivas normativistas, conforme já dito, identificam o sistema jurídico com o conjunto de normas positivas. Assim, somente poderiam fazer parte do sistema jurídico aquelas prescrições reconhecidas como válidas por alguma “*rule of recognition*” adotada pelas autoridades estatais. Na perspectiva jurisprudencialista, como a juridicidade não se confunde com a positividade, há uma ampliação considerável dos estratos do sistema, que se descolam da validade estatal para buscarem uma validade comunitária de índole material.

3.6.3.2 Os estratos do sistema

Na ótica jurisprudencialista, os seguintes estratos integram o sistema jurídico: (1) os princípios; (2) as normas positivas; (3) a jurisprudência (direito judicial); (4) a doutrina (dogmática)³⁶⁴. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 155/157)

Os princípios, na perspectiva jurisprudencialista, seriam o fundamento de validade do sistema normativo, dando a coerência e a unidade neces-

364 Como se vê, Castanheira Neves não adota a terminologia que se tornou canônica, onde *norma* seria o gênero de que são espécies os *princípios* e as *regras*. Porém, isso não significa desvalorizar os princípios, bastando ter em mente que, mesmo não sendo rotulados de *normas*, os princípios integram o sistema normativo numa posição de destaque (como autêntico direito vigente com caráter vinculante). Conforme se verá, a diferenciação entre normas e princípios tem um propósito relevante dentro dessa concepção. Sobre isso, defendendo que “não precisamos de uma compreensão dos princípios como normas... precisamos pelo contrário de romper com o continuum *normas/princípios* (reconhecendo sem equívocos quais são as intenções que lhe correspondem ou que este pretende assegurar)” (LINHARES, 2013, p. 395/420).

sária não apenas para garantir a estabilidade do direito, mas também para reforçar a sua validade. Enquanto fundamentos, os princípios prescrevem os valores que possuem relevância ético-jurídica e que devem ser incorporados no raciocínio jurídico para guiar a solução de casos concretos. Na concepção jurisprudencialista, tais princípios integram o sistema jurídico, fornecendo o seu fundamento de validade, no sentido de que contêm o porquê do agir e do decidir, impondo uma justificação superior e independente das posições simplesmente individuais de cada um. Eles são enunciados através de proposições gerais que expressam as intenções fundamentais do direito, projetando a cultura e os valores da comunidade.

Dizer que os princípios integram o sistema jurídico não significa dizer que somente podem ser considerados como princípios jurídicos os princípios positivos, contemplados expressamente nos códigos legais ou na constituição escrita, pois, se assim fosse, o direito não teria a capacidade de funcionar como instância de validade e controle do poder. Há também princípios transpositivos e mesmo suprapositivos, que compõem a base fundacional do sistema, possuindo uma força normativa mesmo quando não positivados formalmente em documentos jurídicos. Portanto, além do legislador, existem outras instâncias de constituição dos princípios, como o próprio juiz ou a comunidade como um todo. Por isso, esses princípios podem manifestar-se objetivamente em normas jurídicas (nas leis ou na constituição), em decisões judiciais ou mesmo em textos doutrinários, não dependendo de um órgão legislativo para dar-lhes validade.

O outro estrato do sistema jurídico, no jurisprudencialismo, é formado pelas *normas positivas*, institucionalmente prescritas pelas autoridades constituídas. Essas normas integram o núcleo duro do sistema jurídico, prescrevendo em abstrato e hipoteticamente os *critérios normativos* que hão de embasar a solução dos problemas jurídicos. Tais normas são *regras metodológicas* formuladas tanto para determinar o conteúdo normativo da decisão, quanto para orientar normativamente o ato de decidir (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 346/347). Uma norma jurídica é, nesse sentido, um operador técnico disponível que pré-esquematiza a solução.

Numa perspectiva técnica, a prescrição de regras tem diversas vantagens práticas: (a) a padronização das respostas jurídicas economiza tempo, pois o juiz não precisa mais elaborar uma solução específica para cada

problema; (b) possibilita uma estabilização das relações sociais, especialmente se as leis cumprirem sua função social e expressarem as intenções de validade da comunidade; (c) a observância da legalidade garante alguma previsibilidade dos resultados, sobretudo para aquelas situações fáticas que se repetem no tempo, o que é cada vez mais comum nesse período em que até os conflitos sociais são massificados; (d) finalmente, a aplicação isonômica da regra favorece a coerência do sistema na medida em que casos semelhantes tenderão a ter respostas semelhantes.

Já numa perspectiva ideológica, a norma legal apresenta-se como a decisão impositiva de um poder político, produto daquela relação de reciprocidade parasitária entre o direito e a política, institucionalizada pelo Estado de Direito³⁶⁵. Nesse aspecto, a sua vinculação decorre de sua autoridade político-institucional, por razões prático-culturais, e, nessa medida, oferece preferentemente os critérios do sistema jurídico, desde que respeitem os fundamentos da juridicidade.

É oportuno enfatizar que a norma geral, enquanto proposta abstrata de solução paradigmática de um problema típico, não deve ser tratada como um critério definitivo de julgamento, mas como um projeto de solução a ser adaptado e corrigido de acordo com as exigências do caso concreto. E mais: conforme se verá, o critério normativo proposto pela lei pode até mesmo ceder diante de exigências de validade axiológica provenientes dos princípios, que, na qualidade de fundamentos do sistema, condicionam, possibilitam e dão sustentação à interpretação das normas. Aliás, uma das maiores aquisições do pensamento jurídico contemporâneo foi justamente a valorização dos princípios na realização concreta do direito, exigindo de qualquer ato decisório não apenas uma conformidade às leis, mas sobretudo uma conformidade aos princípios. Com isso, quando uma norma se opõe aos fundamentos de um princípio, por uma questão de coerência, tal norma deverá ser considerada inválida, pois há aqui uma prevalência do princípio “como exigência fundamentalmente constitutiva da juridicidade” (LINHARES, policopiado, p. 20).

365 A expressão é de Luhmann apud Linhares, p. 21.

O próximo estrato do sistema é a jurisprudência, constituída no momento da experimentação casuística da realização concreta do direito. Os precedentes corporificam soluções judiciais para problemas jurídicos que ocorreram no passado, cujos fundamentos e critérios podem servir para solucionar casos futuros com base na ideia de que situações semelhantes merecem respostas semelhantes. O dever de obediência aos precedentes decorre, em grande medida, do dever de coerência e de integridade, a exigir que as decisões proferidas pelos juízes sejam coerentes com as decisões que as precederam e busquem uma integração com a rede de valores que compõe o sistema normativo em sua globalidade. Tal dever de coerência e de integridade recomenda a reprodução do critério adotado a casos semelhantes, exceto se existirem motivos fortes para justificar a sua revisão, conforme as regras de contra-argumentação que costumam estar associadas à superação dos precedentes³⁶⁶.

A força normativa do precedente será estabelecida pela cultura jurídica de cada sociedade. Em muitos países, sobretudo nos que seguem o modelo do *common law*, os precedentes são fortemente vinculantes e gozam de grande autoridade e prestígio³⁶⁷. Pela doutrina do “*stare decisis*”, os juízes e tribunais inferiores devem seguir o fundamento jurídico desenvolvido pelos tribunais superiores. Do mesmo modo, de acordo com a mesma doutrina, os tribunais devem sempre observar os seus próprios precedentes, a menos que tenham uma forte razão para alterá-lo³⁶⁸.

366 Ver, por exemplo, ALEXY, 2001, especialmente o capítulo 2.5, em que o autor discorre sobre “os usos dos precedentes”, inclusive “a regra sobre o encargo do uso do argumento”.

367 Há, porém, quem reconheça que, “no mundo anglo-saxónico a doutrina do precedente tem vindo a perder progressivamente o rigor que era sua característica...ao ponto de podermos dizer que este já não é estritamente vinculante, que o é quase só também *presuntivamente* vinculante” (GIOVANNI ORRÙ, 1983, p. 110-111 apud LINHARES, policopiado, p. 22)

368 A vinculação dos precedentes engloba a sua *ratio decidendi*, ou seja, a justificativa nuclear da decisão. Os argumentos marginais, com relevância secundária e incidental para a solução da lide, são conhecidos como *obter dictum* ou *obter dicta* e não têm a força de precedente para orientar o julgamento de casos futuros. Vale ressaltar que, na prática, é extremamente difícil distinguir a *ratio decidendi* e o *obter dictum*, já que tal distinção irá depender essencialmente de uma análise fundamentada da decisão e da forma como os julgadores se comportam diante de casos futuros semelhantes. Sobre o tema: LOPES FILHO, 2012.

Nos países que seguem a tradição do *civil law*, os precedentes também são importantes ferramentas para a solução dos problemas jurídicos, mas não possuem, em regra, uma força vinculante tão intensa. Não há, em princípio, um rígido dever de obediência por parte dos juízes de seguirem a jurisprudência dos tribunais superiores. Apesar disso, por uma questão de praticidade, é muito comum que os precedentes sejam observados na solução dos problemas jurídicos mais típicos.

Finalmente, o último estrato do sistema jurídico dentro da concepção jurisprudencialista é a doutrina, que seria o *locus* específico de manifestação e constituição histórica da “consciência jurídica geral” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 283). A valorização da doutrina jurídica tem como principal preocupação enfatizar a importância do conhecimento especializado para conferir ao direito uma racionalidade sistemática. A doutrina seria, portanto, o momento de reflexão crítica do processo de realização do direito, fornecendo uma base objetiva de conhecimento sistemático a ser usada na solução de problemas reais.

Cada estrato do sistema obedece a mecanismos de presunções (ditas de validade, autoridade, racionalidade e justiça) que somente podem ser afastadas através dos ônus de contra-argumentação. Assim, como explica Aroso Linhares,

com os princípios a beneficiarem de uma *presunção de validade* e a vincularem-nos enquanto validade, as normas a beneficiarem de uma *presunção de autoridade* e a vincularem-nos enquanto autoridade (político-constitucional), o direito da jurisprudência judicial a beneficiar de uma *presunção de justiça* e a vincular-nos a uma realização *justa* (prático-concretamente adequada) e à *casuística* que a objectiva, o direito da jurisprudência doutrinária enfim a beneficiar de uma presunção de *racionalidade* e a vincular-nos prático-culturalmente nos limites discursivos da sua *concludência* ou *fundamentação* críticas... (LINHARES, 2012a).

3.6.4 Os princípios como *jus*

Conforme visto, os princípios ocupam uma posição destacada no sistema normativo, funcionando como fundamentos de validade de toda atividade jurídica. Porém, é preciso esclarecer melhor esse tema, pois a teoria

dos princípios, pelo menos em solo brasileiro, tem-se tornado tão complexa – e ao mesmo tempo tão inconsistente e “poluída”³⁶⁹ – que tende a perder sua utilidade prática se não houver uma proposta capaz de iluminá-la³⁷⁰.

Conforme explica Aroso Linhares, existem pelo menos três maneiras de compreensão dos princípios jurídicos, a saber: (a) princípios como *ratio*; (b) princípios como *intentio*; (c) princípios como *jus*. (LINHARES, 2012a).

A primeira forma de compreensão dos princípios jurídicos é aquela que trata os princípios como *ratio*. Essa perspectiva já é bem conhecida desde o século XIX, pois os princípios, nesse contexto, equivalem aos tradicionais princípios gerais do direito, obtidos a partir de um processo intelectual (seja de “abstração-generalizante ou concentração-classificação” ou mesmo por “indução”) (IDEM), em que se tenta descobrir a *razão de ser* de várias regras específicas, estabelecendo o *critério comum* que as une, que será a formulação simplificada desse conjunto de regras. Assim, os princípios gerais podem ser considerados como proposições jurídicas que sintetizam racionalmente o conteúdo de outras proposições jurídicas menos gerais, nada acrescentando de novidade no plano das “soluções” prático-normativas (IDEM, 2013, p. 395/420). Desse modo, tais princípios como *ratio* não traduzem com fidelidade o verdadeiro sentido da juridicidade, porque faz com que o fundamento do direito seja extraído da norma e não o inverso, ou seja, não seria a norma positiva que buscaria o seu fundamento de validade no princípio, mas o princípio que seria extraído das normas. Nesse sentido, a positividade da norma seria a base da validade (inclusive da validade dos princípios fundamentais), o que significaria, em última análise, reconhecer que o fundamento do direito decorreria da autoridade ou da capacidade de institucionalizar normas positivas.

369 Conforme explica Canotilho, “em termos Wittgensteinianos, diríamos que os princípios transportam uma ‘coroa de fumo à sua volta, o halo das aplicações vagamente sugeridas” (CANOTILHO, 2008a, p. 377).

370 A confusão envolvendo a *teoria dos princípios* certamente não é uma exclusividade da experiência brasileira. Em Portugal, Aroso Linhares, seguindo Canotilho, comenta que a teoria dos princípios assemelha-se a uma “coroa de fumo”, um “ambiente poluído (conceitualmente poluído)” (LINHARES, 2013, p. 395/420; CANOTILHO, 2008a, p. 375/387). No Brasil, merecem destaque, sem pretender desvalorizar o trabalho de outros juristas, as seguintes obras que procuram iluminar a teoria dos princípios: ÁVILA, 2003; NEVES, 2010; SILVA, 2003, p. 607/630; STRECK, 2011.

A segunda concepção é a que trata os princípios como *intentio*. Esse é o modelo que predomina nas principais concepções do positivismo epistemológico, em que os princípios são considerados como materiais pré-jurídicos que integram o *ethos* comunitário, funcionando como diretrizes éticas a orientarem a elaboração das normas jurídicas. A transformação desses princípios em direito vinculante dependeria de fatos sociais que os institucionalizassem, a exemplo de uma deliberação política na esfera parlamentar ou de um reconhecimento de sua validade por autoridades estatais, como os juízes ou outros funcionários públicos. Novamente, o fundamento do direito não seria constituído autonomamente, pois estaria condicionado a um ato de poder emanado de alguma autoridade estatal. A validade do direito seria, nessa perspectiva, fruto da vontade contingente daqueles que detêm o poder político e/ou jurisdicional e, nessa qualidade, teriam a prerrogativa de estabelecer o que é e o que não é o direito.

A terceira compreensão dos princípios, adotada pelo jurisprudencialismo, trata os princípios como *jus*, ou seja, como o próprio fundamento do direito. Tais princípios seriam vinculantes (juridicamente vinculantes), independentemente de sua positividade, pois seriam eles que dariam ao direito (inclusive ao direito legislado e judicial) a sua validade ético-jurídica (axiológica). O processo de obtenção dos princípios fundamentais do direito não é um processo de generalização de normas, mas um processo de justificação material, de busca do fundamento axiológico, de perquirição dos valores que dão ao direito o seu autêntico sentido³⁷¹. O que se busca, portanto, na procura pelo fundamento, é o argumento de validade que justifica a existência de um sistema jurídico. Perguntar pelos

371 Para perceber a diferença entre o princípio como *ratio* e o princípio como *jus*, pode-se desenvolver um exemplo em que um princípio geral do direito não seja compatível com os princípios fundamentais do direito. Tomem-se algumas normas previstas no Código Civil de 1916: “a mulher não pode, sem autorização do marido, litigar em juízo civil ou comercial”, nem “exercer profissão”, nem “contrair obrigações, que possam importar em alheação de bens do casal” (artigo 242). Das referidas normas, é possível extrair um princípio geral de submissão da mulher e, a partir daí, desenvolver outras normas não expressamente previstas no código. Porém, um princípio geral dessa natureza seria totalmente incompatível com o princípio da igualdade de gênero, que não admite tratamento jurídico prejudicial à mulher. À luz do direito contemporâneo, o princípio geral de direito obtido a partir do artigo 242 do CC/1916 violaria um dos fundamentos básicos da própria juridicidade e, portanto, não possuiria validade ético-jurídica. Como se vê, os *princípios fundamentais do direito* cumprem uma função diferente dos antigos *princípios gerais*, pois sua função é mais de justificação do que racionalização.

fundamentos de validade do direito é perguntar pelo sentido do direito. O sentido do direito está relacionado à possibilidade de convivência social entre pessoas racionais. Portanto, o respeito à pessoa, comunitariamente situada, é, em última análise, o fundamento do direito, de modo que os princípios fundamentais do direito devem ser buscados nessa ideia básica de que as pessoas merecem ser tratadas com igual respeito e consideração³⁷².

A compreensão dos princípios como *jus* nos obriga a resistir à tentação de tratar os princípios como normas, pois esse tratamento é fruto de uma visão equivocada que rejeita a autonomia do jurídico em relação ao poder, condicionando a validade jurídica a uma contingente posituação normativa de todo incompatível com o autêntico sentido do direito. Além disso, tratar os princípios como normas pode provocar um grave equívoco metodológico que consiste em mobilizar os princípios como se critérios normativos fossem. É que, embora sejam fundamentos do direito, os princípios não fornecem diretamente os critérios da decisão. Eles fornecem os compromissos axiológicos que os juízes devem assumir para poderem selecionar, interpretar, desenvolver e concretizar os critérios para o justo decidir. Aliás, nem mesmo os critérios disponíveis no sistema fornecem diretamente a solução para os problemas concretos, pois, conforme visto, todas as normas precisam passar por um processo de assimilação ao caso antes de serem simplesmente “acopladas” à decisão. E o valor dos princípios estará, em grande medida, nessa capacidade que eles possuem de funcionarem, ao mesmo tempo, como limites, como motivadores intelectuais e como fundamentos para o justo decidir, criando um “estado de espírito” ou uma “predisposição intencional” que guiará o juiz no processo de realização concreta do direito.

É possível notar que o tratamento dos princípios como normas está fortemente influenciado pela perspectiva normativista que ainda conta-

372 Estabelecer um núcleo duro, relacionado à dignidade, que sirva de base para o desenvolvimento dos princípios fundamentais, é necessário para diminuir a inflação principiológica que os novos ventos de um constitucionalismo voluntarioso têm gerado. Esse fenômeno patológico foi precisamente designado por Lênio Streck de *panprincipiologismo*, que consiste em “inventar” uma infinidade de *standards* interpretativos, apelidando-os de princípios, que surgiriam como panacéia para solução dos mais variados problemas jurídicos (STRECK2011, p. 517 e ss.). Esse problema será retomado no Capítulo 4.

mina diversos debates jurídicos. Percebe-se um esforço intelectual para saber se um determinado enunciado é uma regra ou um princípio, como se isso tivesse uma relevância prática primordial e fosse decisivo para a solução do problema concreto³⁷³. Pressupõe-se que, se estiver diante de uma regra, o critério deve ser aplicado na base do tudo ou nada, em termos definitivos³⁷⁴. Por outro lado, se se estiver diante de um princípio, seria preciso ponderar, pois a dimensão dos princípios é a dimensão do peso e importância ou a da máxima otimização, que se opera em graus e não em termos absolutos. Esse debate ainda está refém do método da subsunção, onde o importante é definir a premissa geral para aplicá-la ao caso concreto. Assim, nessa perspectiva, é a norma e não o caso concreto que orienta a decisão judicial. Quando se adota o caso concreto como *prius* metodológico, não há sentido em falar que o critério normativo se aplica na base do tudo ou nada, pois toda norma precisa passar por um processo de assimilação para se adequar às exigências normativas de uma determinada controvérsia. Somente há sentido em falar que a norma se aplica na base do tudo ou nada após esse processo de assimilação, tanto adaptativa quanto corretiva, pois a norma definitiva somente é estabelecida quando a solução estiver tomada. Vale dizer: uma norma, enquanto pré-esquema decisório, não estipula um critério definitivo a ser subsumido a todo custo

373 No polêmico julgamento da chamada Lei da Ficha Limpa (STF, ADC 29/DF, rel. Min. Luiz Fux, 15 e 16.2.2012), que impedia que candidatos condenados em segunda instância pudessem concorrer a eleições antes do trânsito em julgado da respectiva ação criminal, boa parte do debate foi dedicada à verificação do caráter normativo da presunção de inocência. A discussão, ao invés de valorizar a teoria dos princípios, parece ter criado uma metadiscussão de todo prejudicial à evolução do pensamento jurídico, em que o relevante deixou de ser a solução concreta do problema para se fixar na interpretação da interpretação de determinadas teorias, sobretudo de Dworkin e Alexy. Perde-se mais tempo analisando a obra de autores estrangeiros do que a própria questão de fundo, desviando totalmente o foco. Mira-se em um enunciado constitucional e lança-lhe um carimbo que se tornará o fiel da balança: se for regra, sua aplicação é rigorosa, subsuntiva, mecânica e inflexível; se for princípio, seu valor estará sujeito a um processo ponderativo, sua força normativa será relativa, restringível e condicionada às possibilidades fáticas e jurídicas do momento. A lógica parece ter-se invertido: os princípios estão se tornando meramente contingenciais. E as normas, que deveriam passar por um processo de assimilação adaptativa e corretiva, têm se tornado um critério definitivo tão rigoroso que seria capaz de surpreender até os legalistas mais tradicionais.

374 A influência da proposta de Ronald Dworkin é explícita. Nessa perspectiva, “*rules are applicable in all or nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision*”. Já os princípios, “*have a dimension that rules do not – the dimension of weight or importance*” (DWORKIN, 1977/1978, p. 24 e 26).

ao caso concreto, pois seu valor é relativo e sujeito a mudanças, podendo até mesmo ser afastado quando não estiver em conformidade com os princípios fundamentais do sistema.

A distinção entre norma e princípio é relevante não por levar a uma aplicação subsuntiva ou ponderativa, conforme o caso, mas porque serão os princípios que balizarão o processo de assimilação entre o caso e a norma, estabelecendo os compromissos materiais que o pensamento jurídico deve assumir para a concreta realização do direito justo. Mas é preciso descomplicar a teoria e evitar criar parâmetros de distinção sem qualquer utilidade prática, como a inclusão de diversas categorias jurídicas confusas, como os “princípios que são regras” ou as “regras que são princípios” ou os “híbridos normativos” ou algo do gênero. A distinção proposta pelo jurisprudencialismo é simples e de fácil incorporação ao raciocínio jurídico: normas são critérios que pré-esquemmatizam a solução, e princípios são os fundamentos que dão validade axiológica a esses critérios. Os princípios seriam, nesse contexto, uma formulação concisa dos argumentos de validade mais fortes para uma ação axiologicamente guiada; e as normas seriam uma hipótese de solução provisória e preliminar, sujeita a adaptações corretivas antes de ser assimilada ao caso concreto³⁷⁵.

Essa distinção pode ser ilustrada a partir da metáfora do mapa e da bússola, sugerida por Aroso Linhares, inspirando-se em Drucilla Cornell e Adela Cortina³⁷⁶ (LINHARES, 2008c). De acordo com essa proposta, as normas jurídicas seriam como mapas, que fornecem um itinerário mais ou

375 É nesse contexto que Castanheira Neves defende que princípios são o próprio direito (fundamento do direito) e não fontes do direito, pois “fontes só o podem ser, repita-se, os processos, actos ou modos constitutivos da positividade do direito”, enquanto que os princípios possuem uma existência autônoma em relação à positividade (CASTANHEIRA NEVES, 1995e, p. 53).

376 Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferenças?. Coimbra: Universidade de Coimbra (policopiado), 2008 – Conferência proferida em Ouro Preto. Em outra oportunidade, Aroso Linhares explica a origem dessa inspiração nas obras de Drucilla Cornell e Adela Cortina: “A primeira (com um piscar de olhos a Virgínia Woolf!) a considerar globalmente o problema dos princípios jurídicos, a segunda a referir-se já apenas ao contributo de Kant e à sua construção da ‘Paz perpétua’ ou aos princípios que esta assume (e então e assim a defender Kant de uma ‘injusta’ crítica de Hegel). ‘A principle (...) is not a rule (...). A principle is instead (...) a guiding light. It involves the appeal to and enrichment of the ‘universal’ within a particular nomos. We can think of a principle as the light that comes from the lighthouse, a light that guides us and prevents us from going into wrong direction...’ (CORNELL, 1992, p. 106). ‘La mejor aportación (...) consiste en no ofrecer un solo camino (...), sino en ofrecer una brújula, en vez de un mapa de carreteras.’ (CORTINA, 2005, p. 390)” (LINHARES, 2012a).

menos pormenorizado a ser seguido. Já os princípios seriam como bússolas, funcionando como guias de orientação do caminho a seguir. O problema jurídico seria assim como uma “travessia de um território desconhecido... ainda e sempre por percorrer”, com “especificidades-novidades que se descobrem caminhando... e que nos obrigam a enfrentar-inventar um caminho irrepetível”. (LINHARES, 2012a).

Nessa perspectiva, o princípio seria o ponto de partida e, ao mesmo tempo, o ponto de chegada. É o que motiva e o que direciona a caminhada. É o que justifica o esforço da busca da melhor resposta e, ao mesmo tempo, o que orienta essa busca. Seguindo a metáfora do mapa e da bússola, poderíamos dizer que o princípio é o “para onde se quer ir” enquanto que a norma é o “por onde se pretende ir”. O princípio funcionará como guia para definir e, se for o caso, corrigir pontualmente a solução contida na norma. Quando se está diante de um problema concreto, que exige uma resposta concreta, partimos de um princípio geral de orientação que nos ajudará a escolher, entre os vários caminhos disponíveis, aquele que nos levará na direção correta. Os caminhos disponíveis são as normas, que fornecem os critérios imediatos de solução. Mas esses critérios contidos na norma sempre estarão sujeitos a uma reavaliação e readaptação a fim de se adequarem a situação concreta, pois não é razoável seguir um mapa fielmente quando as condições do terreno mudaram por razões imprevisíveis pelo cartógrafo ou então quando o próprio destino final também mudou. Em situações assim, ainda restam os princípios para orientar as nossas decisões, oferecendo o parâmetro necessário para que possamos readaptar ou corrigir o mapa e continuar no caminho certo.

Não é, portanto, o estilo de redação semântica do texto normativo que irá diferenciar um princípio de uma norma, nem o grau de imprecisão, de abertura, de generalização ou abstratividade. A diferença é qualitativa e não quantitativa. Existem normas altamente imprecisas, como aquelas que contêm conceitos indeterminados ou cláusulas abertas, e princípios com um alto grau de consenso quanto ao seu significado semântico. Nem toda norma fornece um itinerário bem delimitado a ser seguido, ao passo

que há princípios que nos obrigam a seguir sempre a mesma direção³⁷⁷. Assim, é um erro tratar o princípio como um critério mais indeterminado, a exigir um mero esforço de densificação para obter o seu sentido.

A relação entre uma norma e um princípio não é necessariamente de afastamento, mas de interdependência. Normas e princípios são constituídos a partir da solução de problemas e são desenvolvidos dentro de contextos comuns no seio de uma mesma comunidade, como “resultado ético-prático da histórica aprendizagem que o homem faz da sua humanidade” (CASTANHEIRA NEVES, 2002b, p. 19). O princípio, por si só, não soluciona nada, pois sua função é heurística, integrando o processo de realização do direito em todas as fases, mas sempre a depender de outros critérios para permitir a justa solução do caso. Por sua vez, a norma sem um fundamento de validade é vazia de sentido e, talvez, até mesmo contrária ao sentido do direito. Ter a noção dessa mútua relação entre a norma e o princípio é fundamental para, a um só tempo, minimizar o arbítrio judicial e garantir que o direito cumpra a sua autêntica finalidade³⁷⁸.

377 Por exemplo, a regra que determina a punição do congressista que viole o decoro parlamentar ou então a que a prevê a responsabilidade tributária do sócio da empresa em caso de fraude são altamente imprecisas, requerendo um esforço de compreensão intenso para extrair os critérios nelas estabelecidos. Já princípios como o que o proíbe a discriminação ou o que protege a liberdade religiosa possuem um significado relativamente bem conhecido, ainda que também possam gerar discussões pontuais acerca de sua abrangência. A rigor, todo enunciado abstrato é, em si, indeterminado, pois o seu sentido normativo somente poderá ser obtido mediante a compreensão global do caso a decidir. Sobre isso: NEVES, 2010.

378 Como nos alerta Aroso Linhares, ainda seguindo de perto a metáfora da travessia (bússola e mapa), o caminhante deve ter sempre em mente duas advertências: (a) a de não tratar a orientação oferecida pelos princípios-fundamentos como se esta correspondesse ao apoio proporcionado pelos critérios-mapas, pois os princípios não são critérios-regras, nem se distinguem destas apenas por serem indeterminados ou abertos; (b) a de não se satisfazer com os critérios-mapas, tratando “o percurso como se este fosse uma mera desimplicação dos itinerários ou dos mapas! Mesmo que tenha seleccionado itinerários ou mapas e os tenha à sua disposição (e o primeiro passo deve sempre o da procura destes!), não poderá assim dispensar-se de *por um lado* os experimentar no terreno (em dialéctica com as situações-problemas concretos) e de *por outro lado* mobilizar inteligentemente as suas instruções — o que, como veremos, significa sempre atender à luz do farol ou à indicação da bússola... (nunca caminhar em sentido oposto ao destas, sejam quais forem as indicações dos critérios!)” (LINHARES, 2012a).

3.6.5 Da legitimidade política à validade axiológica do direito

O direito não é a ética, mas tem uma dimensão ética – Castanheira Neves, *“Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito”*

O caminho até aqui desenvolvido nos permite concluir que a perspectiva jurisprudencialista afasta-se do normativismo em vários sentidos:

(a) com relação à concepção ideológica do normativismo, que equipara o direito à lei e defende uma estrita obediência e vinculação às prescrições legislativas, vimos que o jurisprudencialismo refuta o legalismo ideológico de forma enfática, sustentando a existência de fundamentos do sistema normativo que são constituídos de forma autônoma e independente do processo político-legislativo. De modo mais específico, a validade jurídica na perspectiva jurisprudencialista está condicionada à obediência de certos pressupostos axiológicos, consistentes no respeito aos princípios fundantes da juridicidade que não de orientar e conformar a compreensão dos critérios normativos prescritos pelas autoridades legislativas;

(b) do mesmo modo, há uma forte negação daqueles modelos metodológicos que se alicerçam no postulado da aplicação (dedutiva) das leis e da interpretação textual dos dados prescritos pelas autoridades legislativas, a partir de uma inversão do *prius* metodológico em que o caso passa a ser o ponto de partida que guiará todo o processo de solução do problema jurídico. Nesse processo, a seleção da «norma aplicável» e a determinação do seu sentido normativo emergem em função do caso, com todo o contexto problemático a ele subjacente, e, por isso, todo critério normativo previamente estabelecido deverá passar por um filtro de adequação (contextual) e de conformação (axiológica) antes de ser simplesmente mobilizado para a solução do problema;

(c) no que se refere ao conceito de direito, Castanheira Neves compreende o direito como uma prática cultural de solução de conflitos concretos destinada a permitir a convivência ética entre pessoas racionais que compartilham um mundo de escassez. A perspectiva adotada é a perspectiva interna, típica daqueles juristas que participam do sistema institucional de solução de conflitos e se sentem responsáveis pelo re-

sultado de sua atividade. Esse engajamento-compromisso obriga que o jurista inclua na sua compreensão do fenômeno jurídico uma intenção à validade, sem a qual o direito perde seu autêntico sentido;

(d) a compreensão do fenômeno jurídico como um fenômeno prático-cultural, destinado à busca de soluções válidas para problemas concretos, implicará uma valorização da dialética problema-sistema, com o reconhecimento de uma dimensão normativa específica do sistema jurídico, que é compreendido como um sistema aberto, dinâmico e constantemente enriquecido com a aquisição de conhecimento produzido a partir da solução de novos casos;

(e) o tratamento dos princípios como *jus* (fundamento do direito) também se afasta da compreensão dos princípios como *ratio* ou como *intentio*, que costumam estar presentes nas propostas normativistas, na medida em que o reconhecimento da sua juridicidade não fica a depender da vontade contingencial daquelas autoridades que têm o poder de positivar as normas jurídicas. Assim, os princípios fundantes do direito não são considerados como elementos extrajurídicos que vêm de fora e somente passam a ser juridicamente vinculantes após serem formalmente integrados ao sistema normativo por um ato autoritário que lhes confira positividade;

(f) a respeito do papel do pensamento jurídico (doutrinário e jurisprudencial), o jurisprudencialismo também se afasta de algumas concepções normativistas na medida em que vai atribuir ao pensamento jurídico uma função judicativo-decisória. Desse modo, a função da doutrina jurídica, na perspectiva jurisprudencialista, não é meramente descritiva, explicativa ou analítica, pois se destina, em última análise, à produção de conhecimento (normativo) que possa servir à justa realização do direito, possuindo também uma intenção à validade (sem prejuízo de possuir, paralelamente, uma intenção à racionalidade, à coerência, à consistência e à sistematicidade)³⁷⁹.

Como se nota, o objetivo nuclear do jurisprudencialismo é reconstruir o sentido do direito a partir do próprio direito. É, portanto, um modelo

379 Isso não impede, nem exclui, obviamente, a possibilidade de se analisar o direito em uma perspectiva externa, com uma feição mais analítica ou descritiva, tal como a do sociólogo, do antropólogo ou mesmo a do positivista epistemológico, que podem complementar e ampliar o campo de visão da perspectiva propriamente judicativo-decisória.

metódico prático-prudencial que busca valorizar o pensamento jurídico, enriquecendo-o com o reconhecimento da importância do contexto (sempre dinâmico) e com a constatação de que a validade jurídica pressupõe o respeito aos princípios fundamentais da juridicidade. Nessa perspectiva, o direito “não pode deixar de pensar-se numa intencionalidade distintiva do humano e do inumano, do justo e do injusto, do válido e do inválido, e essa intencionalidade não só implica, como convoca constitutivamente sempre certos valores e certos princípios normativos – em último termo, aqueles valores e princípios normativos que pertencem ao *ethos* fundamental, ao *epistème* prático de uma certa cultura numa certa época, e assim metapositivos e pressupostos da própria normativa positividade do direito, como que numa autotranscendência ou transcendentalidade prático-normativa em que unicamente pode reconhecer o seu sentido de direito”. (CASTANHEIRA NEVES, 2003a, p. 213).

Como parte integrante do sentido de direito, os princípios compõem a estrutura do próprio sistema normativo como verdadeiros direitos vinculantes e exigíveis. É esse tratamento dos princípios como *jus* que permite que a validade jurídica deixe de ser uma mera validade legal, autoritariamente imposta pelo jogo de forças políticas, para se converter em uma validade axiológica, comunitariamente constituída e intencionalmente guiada pelo respeito à pessoa. Nas palavras de Castanheira Neves, “a exigida validade do direito é de sentido material (axiológico-normativamente material), e, como tal, fundamento não só de legitimidade instituinte, mas verdadeiramente de validade constituinte (constituente do seu próprio conteúdo normativo de direito)” (CASTANHEIRA NEVES, 2003a, p. 211). Essa validade axiológica obriga que toda atividade jurídica seja guiada pela força vinculante dos princípios, dentro daquilo que Castanheira Neves denomina de “interpretação conforme os princípios”.

3.6.6 Interpretação conforme os princípios

O direito, na autonomia do seu sentido e na globalidade da sua normatividade, terá de procurar-se para além e fora da constituição – Castanheira Neves, “*Uma Reconstituição do Sentido do Direito*”

A interpretação conforme os princípios exige que os critérios jurídicos positivos sejam compreendidos sempre à luz daqueles valores fundamentais que dão sentido à juridicidade (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 189). Por conta disso, a interpretação conforme os princípios pode acarretar até mesmo a correção, preterição ou superação da norma legal para que os critérios nela previstos se conformem aos fundamentos do direito. E como os princípios fazem parte da estrutura do sistema normativo, a decisão *contra legem*, justificada pelos princípios, é validada pelo próprio sistema. Isso significa que há uma prevalência do fundamento em relação ao critério, vale dizer, há uma prevalência da validade axiológica sobre a validade política, da justiça em relação à segurança³⁸⁰.

Há uma inegável semelhança entre a interpretação conforme os princípios e a interpretação conforme a Constituição, já que ambas possuem uma preocupação análoga de fazer com que os fundamentos do sistema prevaleçam em relação aos critérios. Aliás, como muitos princípios fundamentais da juridicidade são, ao mesmo tempo, princípios constitucionais, a interpretação conforme a Constituição equivalerá, em muitas situações, à interpretação conforme os princípios. Apesar disso, na perspectiva jurisprudencialista, a interpretação conforme a Constituição não substitui a interpretação conforme os princípios (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 195/196).

Aliás, é precisamente nesse ponto que a proposta jurisprudencialista dá o salto que, na nossa ótica, possibilitaria a transformação da ética em direito. Os princípios que fundamentam a realização concreta do direito, mesmo sendo parte integrante do sistema normativo, não se confundem com as prescrições normativas impostas pelas autoridades constituídas. Tais princípios são desenvolvidos autonomamente pela comunidade, a partir de contextos problemáticos reais, e possuem validade jurídica mesmo quando não avalizados ou reconhecidos pelas autoridades estatais. Sua origem não é um ato de poder que o legislador de ocasião resolve tornar obrigatório, mas sim um produto cultural desenvolvido pela

380 "(...) a legitimidade (política) não pode preterir a validade (normativa), já que se àquela é lícito decidir entre várias possibilidades de positiva determinação prescritiva, orientada pela teleologia justamente político-jurídica, o âmbito dessa possibilidade é definido pela validade axiológico-normativamente pressuposta e a decisão teleologicamente prescritiva que viole esse âmbito de validade torna-se já por isso normativo-juridicamente arbitrária (inválida)" (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 192).

consciência jurídica geral, mediante um processo de reflexão e de diálogo produzido em referência a experiências práticas de solução conflitos intersubjetivos. A consciência jurídica geral seria a objetivação histórico-comunitária do princípio normativo do direito, ou seja, seria a síntese de todos os valores e princípios normativos que, numa dada comunidade, dão sentido fundamental ao direito, conferindo o seu sentido de juridicidade (IDEM, p. 280). A partir dessa consciência jurídica geral, seria possível reconhecer um conjunto de valores, princípios éticos, exigências morais, intenções ético-culturais, concepções sociais sobre o válido e o inválido etc., que informam o *ethos* comunitário durante o determinado tempo. Esses valores, princípios, padrões éticos etc., ao serem assimilados pela consciência jurídica geral, convertem-se em princípios e critérios jurídicos, dentro daquilo que temos denominado de transformação da ética em direito³⁸¹, ou seja, é conversão do *ethos* (a validade) em *jus* (direito concretizado) (CASTANHEIRA NEVES, 1995e, p. 69).

Esses valores que integram a consciência jurídica geral são valores historicamente situados, já que são frutos de um contexto problemático específico, mas possuem alguns elementos que parecem vencer as barreiras históricas e geográficas. É o caso da valorização da pessoa humana, com reconhecimento do ser humano como sujeito de direito e não um mero objeto disponível; do reconhecimento da autonomia como nota essencial da dignidade humana; da busca da igualdade, da segurança e da paz como princípios fundamentais da ideia de direito e assim por diante. São esses valores que compõem a consciência axiológico-jurídica da comunidade.

A conversão desses valores em princípios jurídicos não se confunde com a já mencionada compreensão dos princípios como *intentio*, pois a validade dos princípios (como *jus*) independe de um fato social (ou de uma

381 Castanheira Neves não usa a expressão “transformar ética em direito” e provavelmente não endossaria todas as conclusões que esse projeto pretende representar, conforme será melhor explicado no Capítulo 5. Porém, há uma passagem em sua obra que descreve com perfeição esse processo: “Por outro lado, afirmando-se embora estes valores, princípios, padrões, modelos, etc., as mais das vezes originariamente como pré-jurídicos, o certo é que se vêem continuamente objecto de uma assimilação jurídica (é o que acontece desde logo, na determinação das ‘cláusulas gerais’, p. ex., da ordem pública, da boa fé, dos bons costumes, etc.) e alimentam uma não menos importante conversão ou ‘transformação’ específica em princípios e critérios jurídicos, conversão ou transformação em que a sua possibilidade de fundamentos para uma juridicidade constituinta claramente se afirma e comprova” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 282, p. 280/281).

regra de reconhecimento) que os *positive* ou *institucionalize*. É certo que muitos destes princípios foram positivados em documentos jurídico oficiais, como as declarações de direito, os tratados internacionais ou mesmo as constituições nacionais, transformando-se em direito positivo por um ato político específico e formalmente reconhecido pelas autoridades estatais. Apesar disso, como explica Castanheira Neves,

seria um erro pensar que esses mesmos valores e princípios jurídicos fundamentais, que ao direito indefectivelmente importam, se reduzem aos dessa forma reconhecidos ou que só mediante esse reconhecimento poderão ser juridicamente relevantes. Até porque a última expressão da juridicidade não pode, desde logo, identificar-se com a constitucionalidade. Para além da normatividade constitucional, e a submetê-la, há que referir a axiologia transpositiva da consciência axiológico-jurídica de que não dispõe o positivo constitucional ou de que não é titular sem limites o poder constituinte. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 282)

Poder-se-ia sugerir que o jurisprudencialismo não passa de uma sofisticada proposta jusnaturalista, que invoca um conjunto de princípios suprapositivos em substituição ao direito natural. Assim, o direito natural, absolutamente justo, proveniente de Deus, da natureza ou da razão, que daria validade ao jusnaturalismo, seria substituído pelos valores derivados de uma mística “consciência jurídica geral”. Trata-se de um equívoco. O jurisprudencialismo não procura um direito justo para além da lei ou acima da lei, pois, nessa perspectiva, o direito é concebido como uma resposta culturalmente humana (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 64). O que ele propõe é uma avaliação da *juridicidade* da lei positiva, interrogando se a intenção normativa da lei positiva é compatível com a intenção normativa da juridicidade como um todo, sobretudo com os seus princípios fundamentais (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 569). Sua proposta não se preocupa apenas com a descrição, sistematização e compreensão do *direito que é*, nem apenas com a elaboração ou descoberta de um direito que deveria ser. Nem a pura positividade (do direito positivo), nem a pura metafísica (do direito natural). O jurisprudencialismo conexiona essas duas dimensões da juridicidade para reconhecer que o direito, enquanto projeto de justiça que só faz sentido quando se realiza, não pode deixar de ser um

dever ser que é (CASTANHEIRA NEVES, 1995d, p. 281; IDEM, 1995e, p. 8). Dito de modo mais enfático:

afirmamos, assim, a existência de *um só direito*. Não há outro direito senão aquele que se traduz na realização normativa e histórica da intenção axiológico-comunitária do Espírito humano. Nesse sentido todo o direito é *direito positivo*. Mas não se segue daí que apenas o direito legal seja direito, ou que o direito positivo se deva identificar com o que o legalismo entende por tal. Só será direito o normativo histórica e concretamente realizado como válida expressão da juridicidade. (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 570)

Mas não se pode fugir das perguntas fundamentais daí decorrentes: qual o sentido da intencionalidade do direito? Como identificar uma situação em que o direito positivo não se fundamenta na ideia de direito?

De acordo com Castanheira Neves, as respostas a essas perguntas não devem ser buscadas nem em uma justiça platônica, idealizada e desvinculada de seu contexto histórico, nem em uma mera legalidade estrita, onde a juridicidade seria identificada com o poder³⁸². A legítima titular da juridicidade e do projeto que constitui e funda o direito é a comunidade; logo, as perguntas fundamentais envolvendo a intencionalidade do direito devem ser desenvolvidas pela comunidade ético-social onde o direito se realiza. (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 571)

A noção de validade comunitária exerce uma função essencial dentro da proposta jurisprudencialista. A partir dela, muda-se completamente o eixo de validação do direito: quem valida o direito é, em última, análise a própria comunidade. Não se trata de uma validade subjetivamente constituída, mas construída comunitariamente a partir de uma discussão pública eticamente orientada. Os valores que dela emanam são compartilhados e reconhecidos como juridicamente válidos não pela sua formal positividade, mas pela sua importância axiológica, integrando a consciência ético-jurídica da comunidade e compondo uma base comum de justificação pública que há de orientar a realização concreta do direito. Assim,

382 "Não será direito, nem uma mera 'Justiça' ideal não positivada (que se não realize histórico-concretamente), nem uma positividade que não seja determinada pela intenção de 'Justiça' ou que não realize o justo: não se poderá afirmar como direito tanto o que for a justiça positivada, como o que não for uma positividade justa" (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 576).

nessa perspectiva, as respostas às perguntas fundamentais da ideia de direito devem ser buscadas a partir de uma análise da consciência ético-jurídica da comunidade. Por isso, não se pode elencar de forma taxativa todos os princípios de integram o sentido da juridicidade, já que isso dependerá da história cultural de cada povo. É possível, no entanto, apontar alguns princípios fundamentais que têm sido valorizados por diversas sociedades contemporâneas, fazendo parte do patrimônio jurídico-axiológico geral de vários povos. Todos esses princípios estão relacionados à existência humana em comunidade, mais precisamente à convivência ética entre pessoas racionais. O primeiro deles e talvez o mais importante é o do respeito incondicional da pessoa humana, pois “o direito não pode sequer pensar-se se não for pensado através da pessoa e para a pessoa” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 572). Castanheira Neves lembra, a esse respeito, o imperativo ético do direito formulado por Hegel: “sê pessoa e respeita os outros como pessoa”, para concluir que:

nestes termos, pode-se dizer que esta é a mais funda dimensão ética do direito e através da qual o podemos mesmo compreender em último termo como uma expressão do amor – o ‘amor aos homens’ é sempre e essencialmente ‘conhecimento da pessoa’, ‘ordenação ao outro’. A amor ao próximo, verdadeiramente. Pelo que, distinguindo-se embora o direito da ética, na sua perspectiva intencional e na sua normatividade específica – e uma coisa e outra em virtude da condição mundanal –, nem por isso deixa ele de ser afinal na ética a sua constituinte possibilidade. O direito não é ética, mas tem uma dimensão ética. (CASTANHEIRA NEVES, 2008d, p. 36)

Por força do dever de incondicional respeito à pessoa, qualquer obstáculo ao livre desenvolvimento da personalidade moral do indivíduo deve ser visto com desconfiança. Assim, “a autonomia da concreta pessoa moral e o seu respeito incondicional é o primeiro e fundamental princípio de validade, e mesmo de justificação, do direito” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 573). A comunidade que sacrifica a autonomia pessoal também destrói um dos fundamentos da vida comunitária. Além disso, quando a comunidade sacrifica uns em benefício de outros, desaparece o *ethos* fundamentalmente da vida comunitária. O princípio da igualdade – a exigir que ninguém seja arbitrariamente excluído da proteção jurídica e a repelir qual-

quer discriminação de estatuto em razão de raça, classe, gênero, grupo social etc. – também não pode ser dissociado do sentido da juridicidade. E junto com a igualdade surge também a ideia de reciprocidade e responsabilidade: a pessoa não é apenas um sujeito de direito e, nessa condição, titular de pretensões exigíveis perante e contra o estado. A pessoa também é chamada a responder em termos comunitários, razão pela qual *os deveres* são para ela tão originários quanto os direitos (CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 14; 2008d, p. 38). Esse equilíbrio dinâmico entre liberdade e igualdade, direitos e deveres, autonomia e responsabilidade, indivíduo e comunidade, comporia o sentido de justiça: “a intenção, e a exigência, normativamente integrante e dinâmica, do reconhecimento de cada um perante os outros e da responsabilidade de cada um perante os outros na coexistência em um mesmo todo comunitário constituído por todos”. (IDEM, 2008d, p. 38)

3.6.7 A responsabilidade ético-jurídica do juiz pela justa realização do direito: o problema da lei injusta

Conforme visto no Capítulo 2, a estrita vinculação do juiz à lei era um dos principais postulados ideológicos do modelo de legitimação alicerçado no consentimento político. A função jurisdicional, naquele modelo, tinha uma feição instrumental, funcionando como mecanismo de *enforcement* das prescrições legislativas e não de controle axiológico do poder. No fundo, não se considerava que o juiz tivesse efetivamente poder de decisão. Seu poder era nulo, conforme dizia a famosa passagem de Montesquieu, pois ele não dispunha de autonomia, já que sua atividade era estritamente vinculada à lei. A definição do lícito/ilícito era estabelecida na esfera política, cabendo ao juiz, na solução de casos concretos, ater-se fielmente ao que fora aprovado pelos legisladores. Era o jogo do poder, portanto, que fornecia os contornos normativo-materiais para a concreta realização do direito.

Dentro desse modelo, as virtudes judiciais estariam relacionadas à capacidade do juiz de se curvar à vontade legislativa. A humildade seria a aptidão para ser “escravo da lei”, sem desejos ou pretensões de afrontar a vontade do seu senhor, o legislador. A inteligência seria a habilidade

de conhecer e dominar todos os códigos legais, a fim de cumpri-los rigorosamente. A racionalidade seria predisposição para captar o sentido da lei sem ser influenciado por emoções estranhas ao texto normativo. A coragem seria a qualidade de ser capaz de impor a lei implacavelmente, custe o que custar. A competência seria o talento de aplicar com eficácia e diligência as regras legais. A igualdade seria a obediência uniforme da regra geral contida na lei, empregando-a indistintamente a todos os seus destinatários. A independência seria a prerrogativa de julgar livre de qualquer tipo de influência, a não ser a influência da lei. A imparcialidade seria a capacidade de julgar o caso com isenção e neutralidade, observando objetivamente a deliberação parlamentar. Aos poucos, a insensibilidade do juiz perante a injustiça tornou-se uma espécie de virtude. Sentenças notoriamente injustas eram proferidas sem maiores crises de consciência. Afinal, a responsabilidade decisória não seria do juiz, mas do legislador.

A imputação da responsabilidade ao legislador pelo resultado da concretização do comando normativo conferia ao juiz um conveniente anestesiante ético para que ele pudesse seguir em frente, com a consciência tranquila e o sentimento de dever cumprido, mesmo quando suas decisões causavam as maiores injustiças em nome da lei. Por sua vez, o distanciamento do legislador em relação ao caso concreto dava-lhe a frieza necessária para aprovar leis opressivas sem o desconforto psicológico de ver o sofrimento no rosto daqueles que mais seriam atingidos pelas suas deliberações. Assim, aquele que praticava a maldade não era, a rigor, o mesmo que estabelecia as regras³⁸³.

Também havia no pensamento jurídico uma forte crença na força moral da legislação, que contribuía ainda mais para amenizar a sensação negativa causada pela prática da injustiça em nome da lei. A legislação representava as aspirações morais do grupo que detivesse mais força política e, na maioria das vezes, os magistrados também faziam parte desse mesmo grupo. Assim, o respeito incondicional à lei não significava apenas uma forma de deferência ao legislador, mas também uma crença de que

383 Merece ser lembrado o estudo de Stanley Millgran, citado no capítulo 2, que demonstra que, quanto mais longe da dor e do sofrimento, menor é a capacidade do indivíduo de se impor contra a maldade por ele causada (MILGRAM, 1983).

aquela prescrição representava, efetivamente, os valores de justiça que deveriam pautar a vida social. Essa crença na força moral da legislação impedia o juiz de questionar a correção daquela medida, pois, para ele, a moralidade da lei coincidia com a sua própria moralidade. No fundo, na sua percepção, a justiça era a lei.

É fácil perceber que esse modelo transforma o juiz em um funcionário autômato a serviço do poder, como uma peça das engrenagens de um sistema maior de padronização forçada da moral dominante. E se a moral dominante, positivada na lei, fosse excludente, opressiva e discriminatória, obviamente a função jurisdicional também seria excludente, opressiva e discriminatória³⁸⁴.

O modelo clássico de separação dos poderes, ao defender a distinção entre o momento de criação da norma do momento de aplicação da norma, tentava criar mecanismos de desoneração da responsabilidade, conforme já visto, minimizando a importância do julgador no processo de realização concreta do direito. Hoje, esse tipo de transferência de culpas não pode ser mais aceito, pois, se o juiz faz parte de um sistema de opressão institucionalizada e se todo aquele que contribui para uma injustiça também deve ser responsabilizado por seus

384 Para ilustrar essa conclusão, pode-se citar um fato histórico recente no direito brasileiro: o tratamento normativo conferido à mulher casada pelo Código Civil de 1916, que vigorou por quase todo o século XX. Uma das regras prevista naquele código proibia a mulher casada de exercer atividade remunerada sem o consentimento do marido, além de impor outras obrigações que colocavam a mulher casada numa situação de submissão perante o homem. Hoje, percebe-se que se trata de uma norma altamente ideológica e discriminatória, que impedia, na prática, a emancipação econômica e social da mulher. Referido texto legal, nitidamente violador da ideia de igualdade de gênero, fora aplicado pelos juízes brasileiros durante quase um século, sem qualquer preocupação crítica, apesar de existir na constituição princípios relacionados à igualdade, que poderiam ter sido mobilizados para invalidar aquela prescrição discriminatória. O próprio Supremo Tribunal Federal, reforçando a vigência da referida norma, possui decisões no sentido de que a mulher casada “precisa de autorização do marido para obrigar-se cambialmente”, ou então que a mulher casada não poderia comprar automóvel sem a outorga do marido, ou ainda que “a mulher casada não pode litigar em juízo a não ser nos casos previstos em lei” (STF, RE 30108, Rel. Min. Afrânio Costa, julgado em 01/10/1957; STF, RMS 6350, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado em 28/08/1959; STF, RE 46746, Rel. Min. Cândido Mota, julgado em 22/06/1961). É possível notar, com um olhar distanciado e eticamente mais comprometido com a igualdade de gênero, que as referidas decisões colocavam as mulheres em uma posição de indignidade, como se fossem seres inferiores que precisam da tutela do homem para viver. O Judiciário brasileiro, nessa questão, foi incapaz de se impor contra a mentalidade machista até então dominante, atuando como mero *reprodutor de hierarquias*, para utilizar uma expressão de Duncan Kennedy (KENNEDY, 1990).

atos, ele – o juiz – também é responsável pela maldade praticada, na medida de sua culpabilidade e participação.

Essa responsabilidade é irrenunciável. Afinal, toda decisão implica uma escolha, e toda escolha, envolvendo problemas reais, implica um juízo de valor. Não há liberdade de não decidir, pois até mesmo a inação já é uma decisão capaz de afetar a vida de outras pessoas. Também não há como renunciar ao juízo, pois a própria escolha de agir de acordo com o juízo de valor de outra pessoa (de um legislador ou de um profeta, por exemplo) já é um juízo de valor, que depende das intenções do sujeito para se transformar em decisão. Por isso, toda pessoa dotada da capacidade de ação e decisão tem o dever de fazer um uso responsável (moralmente responsável) dessa faculdade de agir, pois “a dimensão axiológica é uma presença eminente e imediata em todo o decidir e agir” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 472). Assim, o descompromisso ético, assumido em nome de uma suposta neutralidade e objetividade, não assegura ao jurista a irresponsabilidade, “antes será ele inevitavelmente arguido de omissão (digamos de abdicação) da atitude que o seu próprio estatuto social e moral lhe prescreve: dirigir o direito ao serviço do homem. O mesmo é dizer que lhe cumpre assumir e realizar a ideia de direito – sendo certo que o direito não é um ‘dado’ que o jurista tenha de receber, é uma *tarefa* que o concita a um esforço e uma responsabilidade”. (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 32)

Mas, afinal, como os juristas devem se comportar diante de uma situação em que o direito legislado se afasta da ideia de justiça? O que fazer quando as normas em vigor levam ao caminho da opressão e da subjugação de outros seres humanos?

Certamente, essa é uma das questões mais importantes para o direito e há respostas bem fundamentadas em todos os sentidos, desde as mais legalistas, para quem haveria um dever incondicional de obedecer a todas as leis, até as mais anarquistas, que não reconhecem nenhuma autoridade que não a consciência individual. No meio desses extremos, encontram-se várias posições intermediárias que defendem que as leis injustas devem ser desobedecidas em alguns casos e obedecidas em outros, conforme a gravidade da injustiça e as circunstâncias e consequên-

cias relacionadas ao descumprimento³⁸⁵. Mesmo aqueles que defendem um dever de desobediência em relação às leis injustas, reconhecem que, para o indivíduo, o poder de decisão encontra-se limitado pela ameaça de sanção que pode advir de seu comportamento e, diante da força institucionalizada, pouco resta a fazer a não ser curvar-se ao inevitável ou então lutar por outros meios para alterar o quadro na medida de suas possibilidades e capacidades³⁸⁶.

A partir da segunda metade do século XX, o debate ganhou um novo ingrediente, pois deixou de ser focado na atitude do indivíduo que presencia ou sofre uma injustiça para focar-se na atitude do jurista que tem o poder de decisão. Em termos concretos, a discussão passou a girar em torno do tratamento jurídico de uma lei injusta. Nesse ponto, as divergências conceituais entre os positivistas epistemológicos e os não positivistas acentuam-se, embora, muitas vezes, levem a resultados semelhantes, conforme se verá.

Os positivistas epistemológicos tendem a conceituar o direito partir dos fatos sociais observados, evitando embutir qualquer elemento valorativo como propriedade necessária para a caracterização do fenômeno jurídico. Mesmo nas versões inclusivistas ou incorporacionistas do positivismo epistemológico, as conexões entre o direito e a justiça são meramente contingenciais, de modo que uma ordem jurídica injusta não

385 Nesse sentido, Jeremy Bentham defendia que o respeito às leis deveria estar condicionado a uma análise de adequação do seu conteúdo com o princípio da utilidade. O princípio da utilidade, como se sabe, é o princípio “que aprova ou desaprova toda e qualquer ação, segundo a tendência que parece ter para aumentar ou diminuir a felicidade da parte cujo interesse está em questão” (BENTHAM, 2000, p. 14). Assim, para Bentham, a obediência à lei não seria, em si, algo relevante: o importante, seja sob o aspecto pessoal, seja sob o aspecto político, seria maximizar o bem-estar geral ou a felicidade coletiva, através de um cálculo operacional entre o prazer e a dor provocada pela ação. Se a desobediência à lei proporcionasse mais felicidade geral em relação ao seu fiel cumprimento, então a conduta correta a ser adotada seria desobedecê-la. Sua receita geral para uma vida governada por leis era: “*obedecer pontualmente; criticar livremente*”.

386 Na sua análise do “Problema da Obrigação Política”, Bobbio descreve cinco grupos de teorias sobre a obrigação de respeitar as ordens do soberano: (1) teorias que afirmam que a ordem do soberano é, enquanto tal, sempre justa e, por isso, o súdito não tem outro dever além de prestar-lhe obediência; (2) teorias que afirmam que a ordem do soberano pode ser injusta, mas ainda assim deve ser obedecida; (3) teorias que afirmam que a ordem do soberano pode ser injusta e pode ser desobedecida, mas a punição deve ser aceita por causa da desobediência cometida; (4) teorias que afirmam que a ordem do soberano pode ser injusta e, no caso de injustiça, tem-se o direito de resistir a ela, sendo tal direito natural; (5) teorias que afirmam que a ordem do soberano pode ser injusta, que, no caso de injustiça, se tem o direito de resistir contra ele e que o direito de resistência é positivo (BOBBIO, 2000, p. 32/37).

deixaria, só por isso, de ser direito. A própria validade jurídica seria tratada como um conceito neutro, pois seu reconhecimento não dependeria do conteúdo da norma, a não ser que o próprio direito positivo estabelecesse algum elemento ético como pressuposto da validade. O teste de identificação para saber o que vale e o que não vale como direito em uma dada sociedade não estaria necessariamente condicionado a nenhum tipo de prerequisite substancial. Alguém que observasse o sistema institucional de resolução de conflitos no estado nazista preceberia que as leis anti-semitas eram tratadas pelos funcionários públicos, pelos juízes e pela população em geral como qualquer outra norma jurídica vigente, de modo que seria arbitrário, nessa perspectiva, afirmar que tais leis não possuíam validade jurídica na ótica daqueles a quem elas se dirigiam. Como o observador externo tem uma preocupação eminentemente descritiva, evitando embutir juízos de valor a respeito do fenômeno observado, rotular um determinado sistema normativo de direito ou de jurídico não significaria, nessa perspectiva, aprová-lo moralmente, muito menos endossar o seu conteúdo.

Nesse contexto, os positivistas epistemológicos costumam fazer uma distinção entre o dever jurídico de obedecer às leis e o dever moral de obedecer às leis. Norbert Hoerster, por exemplo, defende essa distinção para dizer que, embora possa existir um dever moral de obedecer às leis, esse dever não seria absoluto, pois pode se chocar com outros deveres morais (HOERSTER, 2000, p. 157). Assim, à luz de uma situação concreta, a decisão sobre seguir ou não seguir um mandamento legal injusto não se situaria no campo da juridicidade, mas da moralidade. No mesmo sentido, Herbert Hart defendia que, de um modo geral, as leis injustas não deveriam ser obedecidas. Porém, ao invés de defender que os juízes teriam um dever jurídico de negar aplicação às normas injustas, Hart sugeriu que esse dever seria, na verdade, um dever moral, de modo que qualquer pessoa que vivesse em um regime de extrema injustiça não teria qualquer razão para obedecer a não ser o medo, e teria todas as razões morais para revoltar-se. Para Hart, esse dever só se tornaria um dever jurídico se houvesse uma regra jurídica que atribuísse aos juízes esse poder de negar aplicação a uma lei extremamente injusta. Não havendo uma regra desse tipo, então o juiz somente poderia se negar a seguir a lei injusta por

razões morais e não propriamente jurídicas. Na mesma linha, Waluchow distingue a força moral da força institucional do direito para defender que, mesmo quando a força moral do direito seja fraca ou inexistente, por conta de alguma perversão do sistema, ainda poderia persistir uma força institucional a obrigar os juízes e cidadãos a respeitá-lo. Assim, o dever de obediência às leis injustas não poderia ser considerado como um dever moral, mas meramente como um dever institucional que nem sempre há de se sobrepor ao dever moral de negar obediência a uma lei injusta. (WALUCHOW, 1996, p. 33/42).

A proposta jurisprudencialista, defendida por Castanheira Neves, adota, em linhas gerais, a mesma conclusão, ou seja, as leis injustas devem ser desobedecidas, mas discorda da tese segundo a qual essa discussão seria meramente moral, pois, para o jurisprudencialismo, a referida discussão é uma questão eminentemente jurídica.

Seguindo os argumentos de Castanheira Neves, inicialmente seria preciso distinguir duas situações geralmente relacionadas com o problema da lei injusta: (a) o critério legal pode ser abstratamente justo, mas a sua aplicação rigorosa a um determinado caso concreto pode gerar uma consequência indesejada; (b) o critério legal pode ser essencialmente abominável e, seja qual for a interpretação dada, a aplicação da lei sempre acarretará uma injustiça, sobretudo em relação às pessoas prejudicadas.

A primeira hipótese (da lei abstratamente justa que pode se tornar injusta em um determinado caso concreto) não envolveria profundas reflexões, pois pode ser solucionada mediante uma simples adequação ou correção do critério legal a fim de compatibilizá-lo ao caso concreto, conforme já visto (assimilação por correção ou adaptação).

Já a segunda situação (da lei essencialmente injusta) é a que gera mais dificuldade para o mundo prático do direito, caracterizando genuinamente o problema da lei injusta. Em situações assim, onde o critério legal é irremediavelmente iníquo, não havendo possibilidade de correção ou adaptação interpretativa, a decisão judicial ou segue a lei, e se torna também injusta, ou desobedece à lei, tornando-se *contra legem*. Assim, só há que se falar em lei injusta quando se estiver diante de uma opção normativa insuscetível de resolver-se por técnicas de correção ou adequação da lei.

De acordo com Castanheira Neves, deve-se considerar como lei injusta “toda a norma legal positiva que não realize ou não permita realizar concretamente a ideia de Direito”. Essas normas não teriam qualquer caráter juridicamente vinculante, por carecerem totalmente de validade e de obrigatoriedade. Seriam uma degradação e uma perversão do direito, usados para dar cobertura a intenções e comportamentos malévolos, sem validade ética e inumanos (CASTANHEIRA NEVES, 1995a, p. 177). Exemplo de normas dessa natureza seriam aquelas que, porventura, recusassem a dignidade da pessoa moral a qualquer pessoa, grupo, classe ou raça, excluindo-os da qualidade de sujeitos autônomos para os reduzirem a mero objeto de coação política ou administrativa (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 577).

Na perspectiva jurisprudencialista, a única atitude legítima diante de uma lei injusta é a de recusar a sua aplicação: “a ‘lei injusta’ faz surgir no pensamento jurídico em geral o *poder* e o *dever* de lhe recusar validade e aplicação, de decidir *contra legem*” (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 45), pois a lei só vincula juridicamente “se e enquanto nela se puder ver a expressão autêntica (intencional-material) do direito” (CASTANHEIRA NEVES, 1995g, p. 285). Nessa ótica, o dever de negar aplicação a uma norma legal injusta seria um dever não apenas moral, mas também jurídico.

A razão disso envolve uma complexa compreensão do sentido do direito em que o titular da intenção do direito não é o estado, o legislador ou o juiz, mas a comunidade autônoma onde o direito se realiza. O estado nada mais seria do que a resposta dada pela comunidade em forma institucional ao problema do direito. Dito de outro modo: “o direito é a dimensão axiológica de uma comunidade que se estrutura numa certa forma de Estado” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 540). Sendo a comunidade a legítima titular do autêntico sentido do direito, o sistema jurídico existiria, em primeira linha, em função dos membros da comunidade e não do estado. A finalidade do direito, ou seja, do sistema institucional de solução de conflitos jurídicos, não é servir ao estado, como um instrumento de legitimação do poder, mas servir à comunidade, possibilitando a convivência ética entre pessoas racionais que compartilham a mesma experiência mundanal.

Mesmo o princípio da separação dos poderes, que já está incorporado ao patrimônio comum dos países democráticos e é, sem dúvida, um dos principais mecanismos da contenção do poder estatal, não deveria ser encarado como um instrumento de legitimação absoluta do estado, conferindo uma validade incondicional às prescrições emanadas do Poder Legislativo. O princípio da separação dos poderes visa, antes de tudo, impedir “o total domínio político-jurídico da comunidade por uma só particular força política” e não necessariamente estabelecer uma prevalência político-jurídica da função legislativa. (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 540). Quando um grupo de poder se apropria das instituições oficiais, inclusive das instituições legislativas e judiciais, usando o estado para o benefício de alguns (de uma elite, de uma raça, de uma classe etc.), a juridicidade desse sistema desaparece, ainda que a forma, a burocracia, a retórica e a estrutura adotadas para a conservação desse poder arbitrário sejam travestidas dos aspectos formais do direito. O fim autêntico do direito consiste em cumprir uma racionalidade ético-social que integre os interesses humanos de todos: uma comunidade só será autônoma, de autonomia conotada pelo Estado-de-Direito, desde que todos os que nela participam possam reivindicar, e tenham de cumprir apenas, o que for “de direito”. (IDEM, p. 539/540).

Se a autêntica missão do direito é servir a comunidade e não a qualquer poder constituído, então todas as funções estatais – a função legislativa, a função de governo e a função judicial – são corresponsáveis pela realização desse objetivo, devendo, nas respectivas esferas de competência, agir em conformidade com os valores de juridicidade estabelecidos pela consciência jurídica geral. Assim, nem deveria haver uma prevalência do Poder Legislativo sobre o Judiciário, nem uma prevalência do Poder Judiciário sobre o Legislativo. Todos os órgãos estatais, nas suas respectivas funções, estão a serviço de um fim maior que é a realização dos princípios viabilizadores da convivência ético-comunitária. O Poder Legislativo só se legitima quando respeita a consciência jurídica geral, e o Poder Judiciário também só cumprirá o seu dever funcional “enquanto reconheça como seu fim último a realização dessa mesma intenção e nunca abdicando de a respeitar”. (IDEM, p. 542)

Em termos práticos, isso significa que a função legislativa deve ser considerada apenas como um instrumento a serviço da juridicidade. Quando o legislador desvia-se de sua autêntica finalidade, que é criar as condições normativas para a convivência ética entre pessoas autônomas e racionais, cabe à função judicial questionar a validade do ato normativo proposto. Desse modo, a função judicial também deve ser tratada como coparticipante da realização concreta do direito e não pode abrir mão da tarefa de controlar a juridicidade dos comandos emitidos pelos demais poderes. Por isso, se o legislador usa o seu poder de elaborar leis para a satisfação de interesses particulares, beneficiando uns e prejudicando outros, isso seria um típico caso de “abuso de direito legislativo”, a invalidar juridicamente o ato do legislador. O Judiciário seria coautor desse abuso se não assumisse uma função de controle, limitando-se a aplicar a lei em nome de uma cômoda postura de deferência. Ao agir assim, o Judiciário estaria, na verdade, renunciando ao seu papel comunitário de servir como instância imparcial de medida do poder.

Para o jurisprudencialismo, o controle judicial da validade da lei não exige uma “fuga do direito”, nem mesmo a invocação de uma dimensão metafísica idealizada. Afinal, conforme já visto, apenas uma visão estreita da juridicidade confundiria o direito com a legalidade para atribuir à lei a possibilidade de decidir problemas que a transcendem. Dito de outro modo: “as leis não são válidas apenas porque são leis promulgadas pelo Estado, mas porque são leis promulgadas pelo Estado com respeito dos seus limites axiológico-jurídicos”. (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 552)

Na perspectiva jurisprudencialista, o problema da lei injusta é, portanto, um problema de metodologia jurídica e não um problema filosófico, já que a validade jurídica estaria necessariamente vinculada aos limites axiológicos presentes na comunidade. Tentar resolver o problema da ‘lei injusta’ metajuridicamente, como comumente fazem os jusnaturalistas ou os juspositivistas, seria o mesmo que afirmar que a juridicidade confunde-se com a legalidade e que só na lei se pode buscar o fundamento do direito. É preciso, pois, superar essa estreita mentalidade que só considera como jurídico o que passar por algum processo de validação institucional para reconhecer que a juridicidade transcende a positividade. Essa vali-

dade transcendental da juridicidade não é metafísica ou supra-humana, mas histórico-cultural: é uma validade comunitária.

Assumir a natureza jurídica dessa validade comunitária significa trazer para dentro do direito, como parte integrante e indissociável da atividade do jurista, a dimensão ética que dá fundamento ao sistema normativo. Esse tratamento da validade comunitária como parte integrante do direito afeta o próprio sentido daquilo que comumente se costuma designar de argumento jurídico ou razão jurídica. O positivismo, ao vincular a juridicidade à positividade, exigindo, como pressuposto da validade jurídica, um tipo específico de manifestação institucionalizada e oficialmente reconhecida, seja através das constituições, dos tratados, das leis, dos precedentes etc., transforma o direito em um conjunto de dados (impostos ou prescritos), cujos limites separam o jurídico do extrajurídico. Como esse conjunto de dados é insuficiente para responder a todos os problemas jurídicos que surgem, o positivismo remete à solução de muitas questões jurídicas relevantes para fora do direito, afirmando que quaisquer razões ou argumentos que não possam ser derivados de uma regra de reconhecimento ou de uma norma fundamental estariam situados no campo da não juridicidade.

A diferença entre essa perspectiva e o jurisprudencialismo é notória: para o jurisprudencialismo, o direito não é um conjunto de dados e não se manifesta necessariamente em prescrições institucionalizadas, pois o seu fundamento transcende a positividade. O direito, para o jurisprudencialismo, é a resposta intencionalmente válida para os problemas jurídicos que surgem, o que não significa dizer que tal resposta, para ser juridicamente válida, precise necessariamente encontrar um suporte normativo previamente dado e prescrito no sistema jurídico. A razão e o argumento jurídicos não se restringem ao conjunto de informações que podem ser extraídas das normas positivas, pois os princípios que fundamentam a validade comunitária e que também integram o sentido do direito estão em outro nível do sistema e não perdem a juridicidade apenas porque não foram contemplados em textos legais ou constitucionais.

É preciso insistir que não são as normas jurídicas que dão fundamento aos princípios, mas os princípios que fundamentam as normas jurídicas e, nessa qualidade, estabelecem o parâmetro de validade de toda prescrição autoritariamente imposta.

Essa proposta dá um grande salto metodológico em relação à chamada “Fórmula Radbruch”, desenvolvida pelo jurista alemão Gustav Radbruch³⁸⁷, que conclama os juristas a negarem a juridicidade de normas que atinjam um nível tão alto de injustiça que não mereçam ser tratadas como normas jurídicas³⁸⁸. Pela fórmula de Radbruch, pequenas injustiças eventualmente presentes nas leis deveriam ser toleradas em nome da segurança jurídica. Porém, quando o grau de justiça se tornasse extremo, tal como ocorreu durante o nazismo, por exemplo, o direito positivo deixava de ser direito e deveria ser sacrificado em nome da justiça. Os princípios fundamentais da moral humanitária deveriam ser considerados como parte integrante do próprio conceito de direito, e nenhuma lei positiva, embora formalmente elaborada conforme as normas do próprio ordenamento jurídico, poderiam ser consideradas válidas se violassem flagrantemente os princípios éticos básicos. Assim, os juízes e tribunais teriam o dever de se negar a aplicar uma lei extremamente injusta. E esse dever seria um dever jurídico, já que leis extremamente injustas seriam desprovidas de qualidade jurídica.

O problema central a ser resolvido por Radbruch consistia em saber se alguém que ocupe um cargo de juiz em um regime injusto deveria obedecer ou não às leis mais opressoras impostas por esse regime. A origem dessa questão está no comportamento dos juristas alemães que ocuparam cargos judiciais durante o nazismo e, sem qualquer crise de consciência, aplicaram as leis antisemitas com rigor e eficiência, contribuindo

387 O jurista alemão Gustav Radbruch fora, na sua juventude, entusiasta do positivismo jurídico. Ele sustentava que a desobediência a uma lei injusta era um assunto de consciência pessoal a ser pensado pelo indivíduo como um problema moral e não propriamente jurídico. Porém, ao fim da Segunda Guerra, Radbruch houve por bem rever o seu conceito e passou a adotar uma concepção de direito mais próxima ao jusnaturalismo, pois ficou chocado com o que presenciou naquele período negro da história, onde o estado funcionou como uma máquina do mal (Uma análise da vida e obra de Gustav Radbruch pode ser lida em: MARTÍNEZ BRETONES, 2003). Para ele, o positivismo tinha sido incapaz de impedir a ascensão de um regime legal tão desumano e até tinha contribuído para facilitar ainda mais as coisas, pois deu um tom de validade àquilo tudo. Em razão disso, já na fase mais madura de sua carreira, o jusfilósofo alemão desenvolveu uma fórmula para servir como parâmetro de medição do grau de juridicidade de um regime.

388 A fórmula pode ser assim enunciada: “O conflito entre a justiça e a segurança jurídica deve ser resolvido em favor do direito positivo, promulgado pela autoridade competente, mesmo nos casos em que o seu conteúdo e finalidade são injustos, exceto naqueles casos onde a discrepância entre o direito positivo e justiça atinge um nível tão insuportável que o direito positivo deve ceder em favor da justiça”.

para dar um manto de legalidade às atrocidades de Hitler. Pela “fórmula Radbruch”, o direito nazista conteria tantas injustiças que não poderia ser considerado como direito. Portanto, os juristas que ocuparam cargos oficiais durante o nazismo deveriam, por razões jurídicas, se negar a aplicar as leis nazistas, já que elas não continham o requisito da juridicidade³⁸⁹.

A conclusão de Radbruch parece compatível com a solução proposta pelo jurisprudencialismo, mas tem uma diferença substancial. O debate tal como formulado a partir da juridicidade do sistema legal nazista enfoca o problema das grandes perversões ou das flagrantes injustiças dos sistemas legais, mas olvida aquilo que é mais relevante para as situações de normalidade institucional, que são as “pequenas injustiças” ou as distorções pontuais e concretas que qualquer regime jurídico enfrenta. Essas “pequenas injustiças” talvez sejam até mais iníquas do que as grandes injustiças, pois causam um mal a conta-gotas, sem gerar uma comoção social capaz de denunciá-la. Aquele contra quem a injustiça é praticada sofre, em geral, sozinho, sem poder contar com o apoio de outras pessoas na sua revolta interior.

As “pequenas injustiças” afetam o cotidiano do trabalho do jurista, causando crises diárias de consciência e dúvidas concretas acerca do que fazer diante de uma situação real. Nos dias atuais, em que a consciência jurídica e moral da humanidade parece ser unânime em afirmar o caráter perverso do nazifascismo e de outras ditaduras opressivas, o perigo do uso distorcido do direito não está tanto nas atrocidades de larga escala, mas nas violações “menores” dos direitos fundamentais. Por envolverem sujeitos específicos em situações particulares, essas “pequenas injustiças” passam quase despercebidas pelo debate jusfilosófico, mas são muito mais relevantes para a prática jurídica do que saber se o sistema legal nazista era ou não direito. Um juiz que está diante de um

389 De certo modo, a conclusão de Radbruch é bastante semelhante à de Hart, que também defendia que um jurista, diante de leis tão abomináveis quanto aquelas aprovadas durante o nazismo, teria toda razão para revoltar-se e negar obediência a suas prescrições, ainda que por razões morais. Como sugeriu Alexy, para um juiz que exerça a jurisdição em um Estado injusto, não existe uma diferença essencial entre invocar Hart para se negar a aplicar uma lei extremamente injusta por razões morais, ou invocar Radbruch, para justificar o afastamento da lei por razões jurídicas. Nas duas situações, tal juiz fará sacrifícios pessoais e a disposição para assumi-los não depende apenas da definição do conceito de direito (ALEXY, 2002, p. 49).

dilema entre respeitar uma diretriz legal injusta ou construir uma solução mais adequada para o caso concreto encontrará farto material doutrinário para decidir na hipótese de essa diretriz legal ser gritantemente excludente como uma lei nazista, mas talvez não encontre muita ajuda se a injustiça não for tão flagrante. E deve-se convir que, atualmente, especialmente nas democracias constitucionais contemporâneas que levam a sério a proteção jurídica dos direitos fundamentais, há poucas leis flagrantemente injustas em vigor, de modo que o debate sobre as grandes injustiças não gera tantos efeitos práticos.

A perspectiva jurisprudencialista tem o mérito, em relação à “fórmula Radbruch”, de não olvidar as pequenas injustiças. Qualquer lei injusta, seja de que proporção for, perde a sua juridicidade e, portanto, não pode servir como critério para solução de problemas jurídicos concretos. A avaliação da juridicidade da lei passa a integrar a atividade jurídica como um passo metodológico normal no processo de realização concreta do direito, não sendo preciso esperar pelas grandes perversões do sistema jurídico. Uma lei que proíba uma mulher casada de litigar em juízo pode ser, para muitos, uma pequena injustiça, mas é uma injustiça e, portanto, referida lei é destituída de juridicidade. Uma lei que criminalize o ato homossexual entre adultos pode ser, numa perspectiva individual, uma injustiça de pequena proporção, mas, na medida em que sacrifica a autonomia da pessoa moral, perde o seu caráter jurídico, sendo obrigação do juiz negar-lhe aplicação³⁹⁰.

A grande vantagem do jurisprudencialismo é precisamente esta: imputar ao jurista a responsabilidade moral e jurídica pela concreta realização do direito. Os juristas não devem agir como robôs alienados que apenas seguem sem questionamentos as instruções detalhadas que são impostas de cima para baixo. Como agentes racionais conscientes e capazes de reflexão e detentores de um conhecimento qualificado acerca do justo e do injusto, os juristas não podem se submeter a regras de conduta sem questionar o seu fundamento e sem investigar o que está por detrás da visão oficial. Quem aceita seguir, como um bovino

390 Pode-se aqui invocar um questionamento formulado por Amartya Sen: “*If catastrophic moral horrors are adequate for abandoning the reliance on the allegedly right institutions altogether, could it be the case that bad social consequences that are not absolutely catastrophic but still quite nasty might be adequate grounds for second-guessing the priority of institutions in less drastic ways?*” (SEN, 2009, p. 85).

domesticado, os programas normativos impostos arbitrariamente pelos governantes de plantão, sem verificar a maldade, a opressão ou a injustiça que eventualmente estejam contidas nesses programas, perde aquilo que possui de mais humano, que é poder de pensar por conta própria e de se revoltar contra tudo o que viola a sua consciência³⁹¹. O jurista que assume a perspectiva jurisprudencialista deve estar sempre pronto a desafiar e a criticar as leis, colocando pontos de interrogação nos critérios escolhidos pelo legislador sem submeter cegamente a uma norma apenas por ter sido aprovada pelo parlamento. Sua função não é de servir aos “interesses do socialmente mais forte, como porta-voz da *Weltanschauung* dominante”. Ao invés disso, o autêntico jurista assume uma função de crítica social e de crítica ideológica, tornando-se um “anti-ideológico por profissão”³⁹² (MAIHOFFER apud CASTANHEIRA NEVES, 1995a, p. 221). Afinal, “é vocação do *judicium* exorcizar o poder só como poder e mais ainda a força arbitrária impondo razões de validade e críticas à ação na inter-acção”³⁹³ (CASTANHEIRA NEVES, 1998a, p. 1).

Isso não significa estimular o arbítrio ou o decisionismo judicial. Embutir no pensamento jurídico uma preocupação axiológica para confrontar a razão política com a razão ético-jurídica não é o mesmo que conferir total discricionariedade ao juiz para julgar como quiser, nem mesmo para se guiar conforme sua própria consciência ou sua própria noção de

391 Não se pode deixar de lembrar aqui a máxima de vida “Sapere Audere” (“Ouse Pensar”). Como defendeu Kant, a pessoa que, por comodidade, opta por renunciar à capacidade de pensar por si próprio é um covarde que pode ser equiparado a um animal domesticado. Por isso, ele conclamava as pessoas a exercerem um senso crítico para pensar e tomar decisões com autonomia, fugindo da preguiça intelectual de sempre seguir passiva e acriticamente a orientação de outras pessoas. Essa ideia foi desenvolvida no texto “Resposta à Pergunta “O que é Iluminismo?”, que pode ser encontrado em: KANT, 2002, p. 11-19.

392 Também Fernando Bronze compartilha do mesmo otimismo, sugerindo que o direito, “em cada época e com maior ou menor êxito consoante o grau de nitidez contrastante alcançado, toca a axiologia mas não a decalca, olha a religião mas não a professa, ouve a política mas não se lhe verga, e pesa a economia mas não se lhe venda” (BRONZE, 2012, p. 424).

393 E mais: “uma função judicial independente é, pois, a *instituição de poder* de que o direito necessita para se impor. Mas não bastará só a ela, nem poderá cumprir validamente a sua missão se não se apoiar e não for esclarecida por uma *instituição crítica* – aquela crítica que explicita e fundamenta o próprio projecto comunitário do direito. E já vimos que essa é a função do jurista em geral. Só que temos por certo que o jurista a não poderá cumprir se não lograr também ele impor-se institucionalmente, já que o *ius respondendi* pessoal não é mais do nosso tempo – penso nas instituições de juridicidade que são as universitárias Faculdades de Direito, com a intencionalidade axiológica e crítica que deve ser, incondicionalmente, a sua” (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 46).

justo. O raciocínio jurídico pode intencionar a justiça sem cair num pragmatismo contrário à autonomia do direito. A decisão pode ser principiológicamente guiada sem cair em voluntarismos, destituídos de fundamento. O importante é exigir dos juristas em geral e dos juízes em particular um compromisso com os princípios da juridicidade. Um dos maiores equívocos das propostas alicerçadas no consentimento político é pretender retirar do juiz aquela autonomia que é inerente a qualquer ser racional, criando artificialmente subterfúgios para expiar sua culpa por eventuais injustiças decorrentes de sua atuação concreta. Quando o juiz renuncia ao juízo, a função jurisdicional ao invés de servir de medida de poder, curva-se ao poder, perdendo a sua principal razão de ser. O jurisprudencialismo corrige esse equívoco, enfatizando que a atividade jurídica somente faz sentido se for intencionalmente comprometida com o justo decidir.

3.7 O jurisprudencialismo sob um olhar crítico

O presente capítulo destacou os méritos da proposta jurisprudencialista e endossou boa parte de suas premissas metodológicas. A valorização do contexto problemático e a incorporação dos princípios fundamentais na realização do direito justo são aquisições valiosas que o pensamento jurídico não pode dispensar. A adoção da perspectiva do juiz comprometido com a sua atividade e engajado numa sincera busca por uma intenção de validade e de um sentido autêntico para o direito também deveriam fazer parte do arsenal de ferramentas intelectuais do bom jurista. Do mesmo modo, a crença de que as instituições jurídicas são capazes de desempenhar um papel de controle de validade (ético-jurídica) das deliberações tomadas por outras instâncias de poder não poderia jamais deixar de fundamentar as esperanças daqueles juristas que se sentem responsáveis pelos resultados da tarefa que desempenham.

É preciso reconhecer, contudo, que tal proposta não é imune a críticas, pois existem sérios problemas que decorrem da adoção de uma perspectiva jurisprudencialista do direito. Há problemas de legitimação, problemas de método, problemas de interpretação e argumentação, problemas epistemológicos, problemas de operacionalização, problemas até mesmo éticos. Nos capítulos que se seguem, algumas objeções ao

jurisprudencialismo serão exploradas, inclusive para que se possa pensar em “ir além”, pois, para construir um modelo de jurisdição fundado no consentimento ético-jurídico e comprometido com um projeto de expansão do círculo ético, será necessário deixar de lado algumas premissas adotadas por Castanheira Neves e seguir um caminho próprio, sem deixar de reconhecer que esse “passo adiante” somente foi possível após a compreensão da proposta jurisprudencialista.

Por ora, basta reconhecer que há, na proposta jurisprudencialista, um forte apelo a uma certa utopia, baseada em uma atitude de crença na capacidade de reconstrução do sentido do direito pela convocação de sua vocação originária³⁹⁴. Uma utopia que, embora assumidamente concreta e realista (otimismo realista), nem sempre condiz com a realidade nua e crua, tão bem denunciada e diagnosticada pelos sociólogos e pelos juristas mais críticos. Essa realidade mais perversa que costuma circundar o mundo prático do direito talvez seja fruto, muitas vezes, de uma percepção distorcida ou então de uma crise contingente proveniente de um contexto particular e excepcional. Apesar disso, tais perversões não podem deixar de ser levadas em conta para uma correta compreensão da realização concreta do direito, pois nos forçam a pensar os próprios limites do direito e dos juristas que, invocando o nome do direito, pretendem impor sua vontade através do estado³⁹⁵.

394 Tal utopia, vale enfatizar, não significa um utopismo que constrói a resposta “para além do problema: o utopismo, com a hipertrofia escatológica (o imediatismo do absoluto); a abstração utópica do hiporrealismo voluntaris (a proclamação do projecto prefere à solução)” (CASTANHEIRA NEVES, 2008e, p. 118). Assim, Castanheira Neves distingue, inspirando-se em Tillisch, o “espírito de utopia”, que seria um momento dialético indispensável, pois sem ele não há projeto de futuro, do “utopismo”, em que o já imaginário se torna absoluto. Esse utopismo, assumido como virtude suprema, “sempre tem acabado, na história, no dogmatismo e este tem como consequência prática o niilismo ou o terror” (CASTANHEIRA NEVES, 2003b, p. 144).

395 Ressalte-se que a crítica aqui não vai dirigida à utopia em si, até porque a utopia incorporada pela proposta jurisprudencialista é necessária e promissora, já que não se conforma com o que está posto, acredita na capacidade humana de transcender a realidade e luta com suas armas intelectuais para tornar a vida comunitária possível. A crença no poder de emancipação do direito não é apenas um “nobre sonho” irrealizável e ingênuo. Trata-se, no fundo, de uma *aposta* à semelhança da aposta de Pascal, em que as vantagens de crer superam e muito as desvantagens da descrença (CASTANHEIRA NEVES, 2002a, p. 52). É ainda uma *aposta* de esperança – “sem excessivo optimismo, mas sem ceder também ao pessimismo” – de que é possível recuperar o sentido do direito e construir, a partir dele, um novo caminho de vida e futuro (CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 238).

Em função disso, não se pode deixar de concluir o presente tópico, já preparando o terreno para o próximo, com uma crítica-provocação à visão otimista adotada por Castanheira Neves em relação ao mundo do direito, que parece ser excessivamente idealizada, ainda que não totalmente descolada da realidade, já que o seu sentido é eminentemente prático-normativo e não analítico-descritivo³⁹⁶.

A proposta jurisprudencialista é uma proposta que exalta a função jurisdicional, conferindo enorme poder e responsabilidade aos juízes, ao mesmo tempo em que enaltece as virtudes da comunidade de juristas. Os juristas, em um modelo autenticamente jurisprudencialista, seriam “mediadores da convivência ética”, funcionando como um canal legítimo para captar a “consciência jurídica geral” e para elaborar os princípios da juridicidade que servirão como fundamentos da validade comunitária. Nessa atividade, atuariam como profissionais “anti-ideológicos” por vocação, estando acima das disputas partidárias e do jogo de poder. O juiz, por sua vez, seria o sujeito imparcial capaz de captar a intencionalidade axiológica do direito, independentemente de qualquer ideologia política, partido ou classe. Apenas dos tribunais seria “lícito esperar a neutralidade ideológica”, funcionando como instância oficial de controle axiológico do poder (CASTANHEIRA NEVES, 1995a, p. 236/237). Nas mãos dos “magistrados da justiça”, seria depositada a suprema responsabilidade de ser a voz do autêntico direito³⁹⁷. (CASTANHEIRA NEVES, 1995g, p. 286)

Por outro lado, o mundo do direito – mundo cotidiano, real e vivo – não é composto por pessoas de bom caráter que desejam viver comunita-

396 Seria injusto não alertar que o otimismo de Castanheira Neves é mais de esperança do que de ingenuidade. Certamente, o jusfilósofo português tem plena consciência do caráter ambivalente dos sistemas jurídicos reais, tanto que reconhece uma *crise de sentido* da juridicidade em sua atual circunstância, “a justificar um forte pessimismo” (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 11). É justamente essa situação de crise que impõe ao jurista um esforço crítico de recuperação de sentido, em que o capital problema da autonomia do direito emerge, na perspectiva de Castanheira Neves. A questão que se deve colocar em dúvida é essa perspectiva otimista em relação à capacidade dos juristas de superarem a eterna crise do direito que, em grande parte, também é causada pela classe dos juristas.

397 O otimismo de Castanheira Neves em relação à função judicial pode ser percebido facilmente nesta passagem: “Eis como está nas vossas mãos, magistrados da justiça, o supremo valor e a suprema responsabilidade. E dizendo-vos isto, com a convicção de que tudo o que tivestes a bondade de ouvir garante a autenticidade, quero prestar-vos a minha homenagem, que é simultaneamente um apelo e uma confiança” (CASTANHEIRA NEVES, 1995g, p. 286).

riamente observando os valores de mútuo respeito. Assassinos, latrocidias, pedófilos, esturpadores, funcionários corruptos (inclusive juízes), estelionatários e outros facínoras são protagonistas reais do espetáculo jurídico. O sofrimento e o drama de suas vítimas não são apenas um jogo de cena.

Os juízes, como seres humanos falíveis que habitam o mundo terrestre, também estão inseridos em um sistema de violência institucionalizada que, com frequência, causa sofrimento³⁹⁸. A ordem de prisão, o despejo de uma família, a penhora do patrimônio do indivíduo, a definição sobre a guarda de uma criança são medidas concretas que são implementadas cotidianamente em nome do direito. Os juristas lidam com a justiça, mas também com a injustiça; com o bem e com o mal; com o que há de mais íntegro no ser humano, mas também com o que há de mais repugnante. No mundo do direito, há pessoas honestas e bem-intencionadas, mas também há muitas pessoas ambiciosas que não estão nem um pouco preocupadas com o interesse alheio. O direito é humano, demasiadamente humano: utopicamente idealista na teoria, mas astutamente materialista na prática, como diria Nietzsche (apud CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 50). As formulações utópicas sobre a natureza da justiça e sobre as possíveis virtudes daqueles que são responsáveis por realizar o direito, que costumam recheiar os livros jurídicos, não são suficientes para mascarar a realidade, onde o sentido do direito é diariamente distorcido por pessoas egoístas, ávidas por ganhar dinheiro e satisfazer seus interesses nem sempre nobres.

O caráter ambivalente do papel exercido pelos juristas ao longo da história é notório. É relativamente comum haver um estreito laço entre os profissionais do direito e os detentores do poder, seja o poder político,

398 *“Legal interpretation takes place in a field of pain and death. This is true in several senses. Legal interpretive acts signal and occasion the imposition of violence upon others: A judge articulates her understanding of a text, and as a result, somebody loses his freedom, his property, his children, even his life. Interpretations in law also constitute justifications for violence which has already occurred or which is about to occur. When interpreters have finished their work, they frequently leave behind victims whose lives have been torn apart by these organized, social practices of violence. Neither legal interpretation nor the violence it occasions may be properly understood apart from one another”* (COVER, 1986). No mesmo sentido, David Howarth: *“The law purports to tell non-lawyers what to do and to justify state action against those who fail to comply. Law has real and often painful consequences for millions of people, people who do not understand it. Legal theory often seems obsessed with inputs into legal decision-making – the place of rules, principles, discretion, fidelity to law, political and moral commitments and so on – but the outputs – loss, pain and defeat, gain, joy and triumph – matter more to the world beyond the court”* (HOWARTH, 2000, p. 264).

seja o poder econômico. Uma análise direta da história das instituições jurídicas demonstrará que a comunidade de juristas raramente adota uma postura de confronto ou mesmo de independência em relação ao poder constituído. A pretendida autonomia do jurídico em relação ao político ou ao econômico parece ser uma quimera, quando vista sob o olhar da realidade nua e crua. Em geral, há uma conformação (*akrasia*), quando não um apoio direto, às práticas institucionalizadas, inclusive as mais preconceituosas e excludentes. A formação jurídica – muitas vezes, elitista, formalista, tecnicista e acrítica – colabora ainda mais para que os juristas percam o seu papel de “mediador da convivência ética” para se tornarem uma mera engrenagem de um sistema de poder muito maior e nem sempre legítimo. Mesmos que se esforcem por adotar um perfil *anti-ideológico*, os juristas não estão livres dos preconceitos comunitários que tradicionalmente vinculam o direito ao poder. Basta dizer, sem pretensão de generalizar, que a comunidade dos juristas, ao longo da história, endossou a escravidão, a discriminação contra as mulheres e endossa, ainda hoje, a discriminação contra os homossexuais, contra os estrangeiros, contra os animais, para ficar com os principais exemplos notórios.

Essas críticas ao mundo jurídico, embora possam afetar em alguma medida a proposta de Castanheira Neves, podem ser minoradas com a constatação de que é precisamente contra esse estado de coisas que o jusfilósofo de Coimbra se insurge. O papel que ele reserva aos juristas é um papel muito mais nobre e diferente do que se costuma presenciar na prática forense. Mesmo assim, é muito arriscado adotar uma postura excessivamente otimista em relação às virtudes do mundo jurídico. O melhor é assumir uma atitude de desconfiança, sem, contudo, perder a utopia, nem a esperança na capacidade humana de construir um mundo melhor.

No próximo capítulo, essa atitude de desconfiança será enfatizada para que possamos compreender alguns problemas que afetam diretamente o debate sobre a legitimidade da jurisdição.

4 E se o Leviatã vestir a toga? Riscos e limites da jurisdição

Le cœur se flétrit, et la main tremble, quand on se rappelle combien d'horreurs sont sorties du sein des lois mêmes. Alors on serait tenté de souhaiter que toute loi fût abolie, et qu'il n'y en eût d'autres que la conscience et le bon sens des magistrats. Mais qui nous répondra que cette conscience et ce bon sens ne s'égareront pas? Ne restera-t-il d'autres ressources que de lever les yeux au ciel, et de pleurer sur la nature humaine? – Voltaire, “Prix de La Justice”

Filocléone: Engano-me quando administro a Justiça?

Bdelicléone: Não compreendes que és o joguete desses homens a quem presta quase um culto. Sem dares por isso, não é mais que escravo. – Aristófanes, “As Vespas”

4.1 A ambivalência da jurisdição

O capítulo precedente analisou o pensamento jurídico na perspectiva do jurista comprometido com o sistema institucional de resolução de conflitos, adotando um tom otimista em sua maior parte. Defendeu-se um papel fundamental da jurisdição para o controle do poder e para a realização do direito justo. Os juízes foram tratados como sujeitos responsáveis, tanto numa perspectiva jurídica quanto numa perspectiva moral, pelo resultado material de suas decisões, assumindo um compromisso ético-jurídico de buscar nos princípios da juridicidade os fundamentos do juízo decisório. Os princípios, positivados ou não, foram incluídos como parte do sistema normativo

(que seria aberto e dinâmico) e funcionariam como verdadeiros direitos a vincularem os julgadores na determinação dos critérios de julgamento dos casos concretos. Apenas no tópico final, quando se esboçaram algumas críticas ao jurisprudencialismo, foram lançadas dúvidas sobre as potenciais virtudes da função jurisdicional, mas ainda de uma maneira muito geral e sem o necessário aprofundamento que o tema requer.

O presente capítulo terá um estilo e um enfoque diferentes, pois aprofundará aquelas críticas e, para isso, adotará uma perspectiva exterior, mirando os pontos negativos do sistema jurídico real, sem qualquer compromisso em avaliar as práticas existentes, mas, pelo contrário, enfatizando as perversões do sistema. Esse afastamento (crítico-reflexivo) se justifica para que possamos enxergar melhor os problemas da jurisdição, revelando o caráter ambivalente do sistema jurídico, onde ora ele funciona como mecanismo indispensável para uma convivência pacífica, ora ele funciona como um mecanismo de opressão do forte sobre o fraco. A perspectiva do juiz nem sempre é a melhor perspectiva para explorar os escombros do direito, pois o juiz, por obrigação profissional, está moralmente comprometido e engajado com os resultados de sua atividade e, por isso, nem sempre possui o necessário distanciamento para avaliar seu papel criticamente.

O tom será crítico não necessariamente por assumir um posicionamento contrário à jurisdição, mas sim para demonstrar que qualquer proposta de valorização da atividade jurídica, mesmo tendo seus méritos, também possui seus riscos, que não podem ser camuflados. Nas mãos das pessoas certas, a jurisdição pode proporcionar um bem inestimável para a proteção da dignidade e para a limitação do poder. Mas também é preciso ter consciência de que esse poder, eventualmente, pode estar em mãos erradas, e os efeitos daí decorrentes podem ser extremamente danosos. Como disse Castanheira Neves (1995a, p. 177), o direito, como obra do homem, é “uma possibilidade sempre em perigo”.

Assim, a tradicional atitude de deferência e veneração à autoridade a que estamos habituados precisa ser substituída por uma atitude mais crítica e questionadora, até para que o excesso de confiança nas autoridades constituídas não crie um monstro: o Leviatã de Toga.

Essa abordagem aparentemente contradiz tudo o que vem sendo defendido, mas, na verdade, reforça a tese central que orienta toda a disser-

tação, qual seja: o fundamento do poder não deve ser buscado nem em procedimentos nem em instituições, mas na capacidade do poder de dar respostas aos problemas jurídicos condizentes com o princípio ético de respeito à dignidade. Lançar dúvidas sobre as virtudes da jurisdição nos faz lembrar que o que deve ser valorizado é o sujeito ético e não as instituições.

Urge, pois, desmistificar o discurso laudatório que idolatra os direitos fundamentais e beatifica a figura do juiz para perceber que existem inúmeros problemas que exigem uma abordagem menos dócil, não necessariamente para negar os méritos da jurisdição, muito menos dos direitos fundamentais, mas para que se possa, num passo seguinte, tornar essas propostas mais sólidas e menos perigosas, caso isso seja possível. A dúvida, como bem nos lembra Castanheira Neves, obriga-nos a um esforço de lucidez e nos abre a todas as possibilidades (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 10). Colocar em dúvida as virtudes da jurisdição é um passo necessário ou para superá-la ou, o que é igualmente importante, para consolidá-la como um mecanismo indispensável para a convivência ética, especialmente depois de aparar as arestas opressoras que obstaculizam a realização de seu autêntico papel.

No intuito de compreender todos os problemas da jurisdição, será colocada uma lupa nos aspectos críticos desse modelo decisório, usando uma perspectiva caricatural (de exagero nos defeitos) e satírica (de denúncia da hipocrisia), que certamente distorcerá a realidade, mas, ao mesmo tempo, nos permitirá identificar os detalhes mais dissimulados da prática judicial. Talvez, ao fim da análise, surja um sentimento de que a jurisdição tal como é praticada somente possui defeitos e nenhuma virtude, mas pensar assim é um equívoco. O Judiciário, como qualquer instituição humana, possui vários problemas, mas também é capaz, em dadas circunstâncias, de cumprir seu autêntico papel. Neste momento, a fim de que os problemas aflorem com mais nitidez, os pontos positivos da jurisdição serão deixados de lado para serem retomados no próximo capítulo³⁹⁹.

399 Mas é preciso tomar cuidado para não ser afetado pela chamada *heurística da disponibilidade* de que falam os psicólogos sociais. Como explica Daniel Kahneman, “definimos a heurística da disponibilidade como o processo de julgar a frequência pela ‘facilidade com que os exemplos vêm à mente’”. E mais: “as experiências, as imagens e os exemplos nítidos pessoais encontram-se mais

A análise terá como pano de fundo, sobretudo, a experiência brasileira. Apesar disso, serão invocados, com frequência, problemas semelhantes que ocorrem em outros países para demonstrar que as críticas podem transcender as particularidades de um modelo institucional específico. O foco será a jurisdição como um todo, mas com particular atenção para a jurisdição constitucional. É que, conforme visto, a jurisdição constitucional tornou-se o discurso dominante na comunidade jurídica, sendo a causa principal do grande aumento de poderes da função jurisdicional nas últimas décadas e, conseqüentemente, da judicialização da ética que lhe seguiu.

4.2 Principais críticas à jurisdição

São muitas e graves as acusações feitas contra a jurisdição que merecem ser analisadas com cautela antes de se partir para um modelo de solução de conflitos em que o órgão jurisdicional ocupa um papel fundamental, ao ponto de lhe permitir corrigir os critérios gerais estabelecidos pelo legislador a fim de adequá-los aos princípios que fundamentam a juridicidade. Para fins de sistematização, as críticas serão divididas em seis grupos: (a) objeções políticas (relativas aos valores democráticos); (b) objeções morais (relativas às qualidades morais dos julgadores e dos julgamentos); (c) objeções institucionais (relativas aos problemas prático-operacionais da jurisdição); (d) objeções epistemológicas e de método (relativas à subjetividade dos valores, ponderação e incomensurabilidade); (e) objeções de déficit de justificação (relativas à argumentação jurídica, ao decisionismo e à dissimulação ética); (f) objeções de resultado (relativas à segurança jurídica e ao enfraquecimento dos direitos).

disponíveis do que os incidentes que acontecem aos outros, ou meras palavras, ou estatísticas. Um erro judicial que vos afeta corroerá a vossa fé no sistema judicial mais do que um incidente semelhante acerca do qual leram no jornal" (KAHNEMAN, 2012, p. 176/177). Nesse sentido, há luz da *heurística da disponibilidade*, parece ser um exagero pensar que todas as decisões judiciais não passam de preconceito empacotado de forma esteticamente apresentável, embora seja indiscutível que as decisões judiciais nem sempre sejam inspiradas por razões eticamente fundadas.

4.2.1 Objeções políticas (relativas aos valores democráticos)

Beyond that, however, we may grant until we're blue in the face that legislatures aren't wholly democratic, but that isn't going to make courts more democratic than legislatures
– John Hart Ely, “Democracy and Distrust”

A objeção mais óbvia refere-se à própria essência da jurisdição como técnica de controle do poder. Alega-se que esse modelo, que atribui à jurisdição o poder de exercer um controle de validade dos critérios normativos estabelecidos pelo legislador, retiraria do povo a capacidade de deliberação e seria antidemocrático por excelência, por alguns motivos básicos que apontam para aquilo que ficou conhecido como “dificuldade contramajoritária” (“*the counter-majoritarian difficulty*”⁴⁰⁰): (a) os juízes não são eleitos pelo povo, nem têm um compromisso político em sentido forte, razão pela qual, a rigor, não precisam prestar contas a ninguém, já que seus membros são vitalícios e somente podem perder seus cargos em situações excepcionais, gerando um sentimento de apropriação e perpetuação do poder, incompatível com a pretensão de alternância que está na base dos modelos democráticos⁴⁰¹; (b) os juízes poderão anular leis aprovadas pelos parlamentares, que foram escolhidos pelo povo para tomarem as decisões políticas essenciais e elaborarem as normas jurídicas gerais; (c) por não estarem submetidos à lógica do jogo democrático eleitoral, os juízes impediriam ou pelo menos dificultariam o controle popular sobre o exercício do poder, especialmente porque não possuem, em geral, nenhum temor direto da insatisfação popular com o seu desempenho; (c) ao revisar a obra do legislador, o Judiciário estaria desenvolvendo um novo “discurso legitimador” e um novo “juízo de valor” diferentes daqueles que

400 “*The root difficulty is that judicial review is a counter-majoritarian force in our system*” (BICKEL, 1962, p. 16).

401 Nem todo modelo de jurisdição confere vitaliciedade aos julgadores, pois, em alguns sistemas, os membros das cortes exercem um mandato com prazo determinado. No Brasil, há previsão constitucional expressa de vitaliciedade para todos os membros do Judiciário, inclusive os membros do Supremo Tribunal Federal (artigo 95, inc. I, da CF/88). Apesar disso, também existe uma regra prevendo a aposentadoria compulsória aos 70 anos a todos os servidores públicos, aqui abrangidos os membros do Poder Judiciário (art. 40, § 1º, inc. II, da CF/88).

já haviam sido definidos pelos representantes do povo, que possuiriam a representação democrática e já debateram, refletiram e decidiram a questão no contexto do debate parlamentar; (d) finalmente, o povo teria pouca participação e pouca chance de acesso ao processo judicial, fazendo com que a solução se torne um monopólio de especialistas sem um compromisso popular mais forte.

A objeção democrática da jurisdição, especialmente da jurisdição constitucional, tem sido uma constante nos debates políticos em torno da legitimidade desse modelo⁴⁰². Alega-se que, mesmo que a jurisdição constitucional possa ser, em determinados aspectos, benéfica (especialmente na proteção de pessoas com baixa representatividade político-eleitoral e na desobstrução de canais democráticos⁴⁰³), existiria um risco de o Judiciário, sem legitimidade, se transformar numa espécie de superpoder onipresente e onipotente, apresentando soluções para problemas sociais que não passaram pelo crivo de aprovação e de participação popular tão necessário num ambiente democrático. Assim, esse modelo seria politicamente ilegítimo no que se refere aos valores democráticos, pois, ao privilegiar a decisão de um pequeno número de juízes não-eleitos que não prestam contas ao povo, privaria os cidadãos comuns de seus direitos e violaria importantes princípios de representação e igualdade política na resolução final de questões sobre direitos. (WALDRON, 2006, p. 1353).

Tal objeção agrava-se ainda mais na medida em que uma das principais notas características da jurisdição é a sua pretensão de definitividade, decorrente de seu poder de fazer coisa julgada. Num sistema que atribui a um órgão jurisdicional a guarda da Constituição, isso significa o poder de dar a última palavra sobre praticamente qualquer assunto que seja levado a julgamento. Sendo assim, os críticos da jurisdição constitucional questionam: quem controlaria o controlador? *Quis custodiet ipsos custodes?* A quem recorrer no caso de o órgão jurisdicional proferir uma sentença injusta já que ele é a última instância de julgamento? Se a tarefa

402 Para uma visão geral do debate brasileiro: VIDAL, 2009; BINENBOJM, 2004; MORO, 2004; MENDES, 2011.

403 A esse respeito, ver ELY, 1980.

de dizer o direito compete aos juízes, quem poderia dizer que aquilo que os juízes decidiram é conforme ao direito?

Há quem invoque, contra esse argumento, a possibilidade de desconstituição de uma decisão jurisdicional por tribunais internacionais, especialmente, no sistema interamericano, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A questão não é pacífica, pois o *status* jurídico das decisões proferidas pela CIDH ainda está em debate⁴⁰⁴. Porém, mesmo que se admitisse a superioridade dos órgãos de jurisdição internacional sobre a jurisdição doméstica, ainda assim o problema não estaria resolvido, mas apenas postergado, pois a legitimidade democrática das cortes internacionais também é passível de questionamento pelos mesmos motivos⁴⁰⁵.

Outro contra-argumento que poderia ser utilizado em relação à falta de controle institucional das decisões proferidas no exercício da jurisdição seria a possibilidade de mudar o entendimento da corte por meio de uma emenda constitucional que alterasse a interpretação dada pelos juí-

404 Encontra-se, inclusive, em aberto um conflito relevante entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da punição dos militares que cometeram graves violações a direitos humanos no período da ditadura. Em abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal, por 7 a 2, julgou improcedente a ADPF 153/2008, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, declarando que a Lei de Anistia não teria perdido a sua validade jurídica, de modo que os crimes praticados por militares com motivação política durante a ditadura teriam sido anistiados, não podendo os seus autores serem processados ou condenados criminalmente. Em novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), julgando um caso que lá tramitava desde março de 2009 [*Caso Gomes Lund e Outro* (“Guerrilha do Araguaia”) v. Brasil], entendeu que “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”. A CIDH determinou ainda que o Brasil deverá “conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja”. Até o presente momento, não existe solução oficial para esse conflito de decisões.

405 Aliás, o déficit democrático dos tribunais internacionais de direitos humanos talvez seja ainda maior do que o das cortes constitucionais, já que seus membros estão bem mais distantes do controle popular do que os membros dos tribunais nacionais e mesmo assim estão decidindo questões que podem afetar toda a população de um país. Isso sem falar que, em geral, os membros dos tribunais internacionais são de sociedades e de culturas diversas daquelas que estão sendo julgadas e são escolhidos sem uma participação direta da população que será afetada pela decisão. Em função disso, as objeções democráticas à jurisdição constitucional aplicam-se com mais razão à jurisdição internacional dos direitos humanos.

zes. Isso é plausível em muitos casos. Há, inclusive, situações concretas na experiência constitucional brasileira em que emendas constitucionais foram aprovadas para alterar o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal em determinadas matérias⁴⁰⁶. Porém, há uma peculiaridade no sistema constitucional brasileiro capaz de afastar esse contra-argumento. É que o Supremo Tribunal Federal se auto atribuiu a prerrogativa para declarar a inconstitucionalidade de emendas constitucionais que violem as cláusulas pétreas⁴⁰⁷. Com isso, a palavra final, mesmo no que se refere à validade das emendas constitucionais, continua sendo do Supremo

406 É o caso, por exemplo, da contribuição dos inativos, da verticalização partidária e da força jurídica dos tratados internacionais. No caso da contribuição dos inativos, o Supremo Tribunal Federal havia reconhecido a inconstitucionalidade de uma lei que criara um novo tributo sobre os proventos dos aposentados (STF, ADC 8 MC, rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 13/10/1999). Após essa decisão, o Congresso Nacional aprovou uma emenda constitucional autorizando a criação do mesmo tributo, levando o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a sua constitucionalidade (STF, ADI 3.105, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004). No que se refere à verticalização partidária, em razão do entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a constitucionalidade de uma resolução do Tribunal Superior Eleitoral que determinou a verticalização das coligações partidárias no âmbito municipal, estadual e federal (STF, ADI 2.626, rel. Min. SYDNEY SANCHES, rel. p/ acórdão: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2004), o Congresso Nacional aprovou a Emenda Constitucional 52/2006, pondo fim à obrigatoriedade da verticalização partidária, mudando o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Do mesmo modo, diante do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ao conferir aos tratados internacionais de direitos humanos o *status* de lei ordinária (STF, HC 72.131-1/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 23 de novembro de 1995), o Congresso Nacional, por meio da Emenda Constitucional 45/2004, criou um mecanismo para possibilitar que os tratados internacionais pudessem ter uma força constitucional, bastando que sejam aprovados pelo quórum qualificado previsto no artigo 5º, §3º, da CF/88. Diante disso, o próprio Supremo Tribunal Federal reviu seu antigo posicionamento acerca da força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, reconhecendo a sua superioridade jurídica em face da legislação ordinária (STJ, HC 87.585/TO, rel. Min. Marco Aurélio, 3.12.2008, entre vários outros).

407 A norma constitucional que fundamenta esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal é esta: “artigo 60 – § 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais”. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 939/DF, julgada em 15/12/1993, o Supremo Tribunal Federal declarou, pela primeira vez, a inconstitucionalidade de uma emenda constitucional, por violar uma cláusula pétrea, mais especificamente por violar o princípio da anualidade tributária, que foi considerado pelos ministros do STF uma garantia individual do contribuinte. De 1993 a 2011, pelo menos cinco emendas constitucionais foram declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal por violarem cláusulas pétreas: ADI 1.946 MC, rel. Min. SYDNEY SANCHES, julgado em 29/04/1999 (Inconstitucionalidade parcial da EC 20/1998 – Teto previdenciário e licença gestante); ADI 3.685, rel. Min. ELLEN GRACIE, julgado em 22/03/2006 (Inconstitucionalidade parcial da EC 52/2006 – Anualidade eleitoral e verticalização partidária); MS 24.875, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 11/05/2006 (Inconstitucionalidade parcial da EC 41/2003 – Irredutibilidade salarial dos magistrados); ADI 2.356 MC, rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. AYRES BRITTO, julgado em 25/11/2010 (Inconstitucionalidade parcial da EC 30/2000 – Parcelamento de Precatório).

Tribunal Federal, que poderia, em tese, impedir definitivamente que o seu posicionamento fosse alterado no Congresso Nacional⁴⁰⁸. Nesse ponto, pode-se afirmar que, na prática, em face do modelo constitucional adotado no Brasil, não existem mecanismos institucionais previstos para alterar o entendimento do Supremo Tribunal Federal envolvendo a interpretação de uma cláusula pétreia, exceto uma eventual mudança de entendimento dos próprios membros do tribunal ou uma ruptura com o modelo atualmente consolidado.

Os críticos da jurisdição constitucional defendem ainda que se não forem criados mecanismos para que o próprio povo aprenda com seus erros, preferindo-se, pelo contrário, estimular um sistema de tutela judicial em que apenas algumas pessoas possuem a autoridade para decidir sobre as questões mais sensíveis da sociedade, jamais será possível construir um modelo de auto-regulação popular plenamente democrático. Sustenta-se que o excesso de judicialização sufocaria a sociedade, retirando-lhe a possibilidade de decidir por si própria. Fala-se, inclusive, num tom crítico, que está ocorrendo uma espécie de “colonização do ‘mundo da vida’ pelo sistema jurídico” (Habermas), ou então “*la penetración de los derechos fundamentales em los espacios más amplios de la sociedad*” (OST, 1993, p. 191). Em outros termos, se os juízes continuarem com essa pretensão de quererem “carregar o mundo sobre seus braços estendidos”⁴⁰⁹, o povo jamais aprenderá a andar com as próprias pernas, de modo que, em nome da soberania popular, não deveriam ser colocados freios à democracia, pois o povo deveria ser totalmente livre para decidir as questões políticas como bem lhe aprouver.

Esse tipo de objeção pode ser contornado se tivermos em mente um modelo de jurisdição que valorize o sujeito ético, que é justamente o que defende o modelo de legitimação fundado no consentimento ético-jurídico. De acordo com essa proposta, a legitimidade da jurisdição está condicionada ao atendimento de determinados pressupostos ético-jurídicos, em especial a sua capacidade de devolver ao sujeito ético o poder de decidir sobre questões que lhes dizem respeito. Assim, ao invés de impedir

408 Para uma crítica desse modelo: MENDES, 2008, especialmente páginas 139/146.

409 A expressão é de OST, 1993, p. 170.

que os indivíduos “caminhem com as próprias pernas”, a jurisdição criaria as condições necessárias para que essa caminhada seja livre, consciente, bem informada, saudável, decente e autêntica.

Mas não se pode negar que a jurisdição, mesmo aquela comprometida com o consentimento ético-jurídico, tem o risco de gerar uma enorme concentração de poderes nas mãos de uns poucos juízes iluminados, abrindo espaço para o surgimento de uma espécie de *tiranía judicial*. Como os juízes seriam, no sentido eleitoral, politicamente irresponsáveis e como seus limites de atuação somente poderiam ser definidos por eles próprios, já que eles são intérpretes das normas que estabelecem suas competências e atribuições⁴¹⁰, teme-se que a jurisdição em bases tão amplas e sem controles claros possa criar uma espécie de *ditadura do Judiciário*, ou ainda uma *Juristocracia* (HISRCHL, 2004), ou uma *Courtocracy* (SCHEPPELE, 2000), ou *Supremocracia* (VIEIRA, 2008, p. 441/464), colocando a magistratura numa situação de super poder despoticamente esclarecido, soberano e ilimitado, tal qual um *Leviatã de Toga*.

A invocação do *Leviatã de Toga* não é uma mera figura retórica para, hiperbolicamente, enfatizar os poderes da jurisdição. Trata-se, na verdade, de uma constatação prática de que o órgão de última instância tem o poder de solucionar as controvérsias jurídicas com pouquíssimos constrangimentos concretos. Seu poder de decisão é quase absoluto, no sentido de que ele pode até mesmo impedir que suas decisões sejam alteradas por outras instâncias de poder. Afora um compromisso de respeitar a integridade do sistema, não há nenhum dever em sentido forte que proíba os julgadores de seguirem seus próprios entendimentos, deixando de lado os critérios e fundamentos aceitos pela comunidade. Mesmo que se invoque um suposto direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada⁴¹¹, esse direito seria reivindicado junto ao mesmo órgão que teria o dever de protegê-lo e respeitá-lo, de modo que a corte seria juíza de si própria nessa questão. Afinal, de que adianta falar-se em direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada se o órgão que

410 Como bem captou o juiz norte-americano Charles Evans Hughes: “*We are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*” (SPEECH, 1907).

411 Essa é a proposta de: STRECK, 2011, p. 617.

irá definir se esse direito foi respeitado é o mesmo que forneceu a resposta? Não parece natural reconhecer que aquele que diz que a resposta é adequada confirmará que a resposta é adequada quando chamado a se pronunciar sobre o tema? Por conta disso, sem qualquer excesso linguístico, um órgão tão poderoso pode ser comparado a um Leviatã de Toga.

A jurisdição constitucional, nesses termos, seria um mecanismo de “freios e contrapesos” sem os necessários contrapesos. Seria um órgão de produção normativa, sem as necessárias responsabilidades políticas dos órgãos legislativos. Faltaria aos órgãos jurisdicionais, nesse modelo constitucional, aquilo que se pode chamar de “*countervailing power*”⁴¹², ou poder de pressão, tão necessário a colocar limites a qualquer instituição detentora de um enorme poder de decisão⁴¹³. Esse superpoder estaria acima até mesmo do poder constituinte, já que teria a missão de interpretar a Constituição em última instância, e a tarefa de interpretar e reinterpretar a Constituição poderia ser equiparada, em muitos senti-

412 A expressão é de John Kenneth Galbrith.

413 No caso dos parlamentares, o controle popular seria virtualmente possível por meio do voto e a censura política a ele inerente. Assim, por exemplo, quando o legislador toma uma decisão que possa ir de encontro aos anseios da sociedade, o povo poderia substituí-lo e escolher novos representantes para mudar a lei. Em outras palavras: os parlamentares podem ser responsabilizados perante aqueles que o elegeram. Isso faz com que o sistema representativo se torne um arranjo institucional que possibilita, pelo menos em tese, a mudança de poder sem derramamento de sangue. Invoca-se aqui o pensamento de Karl Popper: “existem apenas duas espécies de instituições governamentais: aquelas que permitem uma mudança de governo sem derramamento de sangue e as que não o permitem. Mas se o governo não puder ser mudado sem derramamento de sangue, não poderá, na maioria dos casos, ser destituído de modo nenhum. Não precisamos discutir palavras, ou pseudo-problemas como o significado verdadeiro ou essencial da palavra ‘democracia’. Podemos escolher as designações que quisermos para os dois tipos de governo. Eu, pessoalmente, prefiro chamar ‘democracia’ ao tipo de governo que pode ser afastado sem violência, e ‘tirania’ ao outro. Mas, tal como disse, não se trata aqui de uma discussão de palavras, mas sim de uma importante distinção entre dois tipos de instituições” (POPPER, 2006, p. 460). Porém, com relação aos membros do Judiciário, isso não ocorreria, pois não existiriam meios institucionais e populares de mudar uma decisão transitada em julgado. Essa observação também se encontra em Charles Beard: “Se o presidente erra, seu mandato expira em quatro anos, e ele e seu partido tornam-se responsáveis perante o povo nas urnas. Se os membros do Congresso erram, também eles respondem por isso perante seu eleitorado. Mas os membros do Judiciário Federal são vitalícios, e ainda que o sentimento popular seja capaz de mudar todos os membros dos outros dois grandes poderes, toda uma geração passará antes que o povo tenha a oportunidade de assumir o controle do Judiciário, que tem um irresponsável e irrestrito poder de veto sobre a ação dos demais poderes – irresponsável porque até o *impeachment* se tornou impossível, e, ainda que possível, não poderia ser invocado contra decisões errôneas, exceto em caso de corrupção comprovada. O controle das políticas governamentais já não está, pois, nas mãos do povo, mas nas mãos de um pequeno corpo de homens não escolhidos pelo povo, e ocupando seus cargos pelo resto da vida” (BEARD, 1912, p. 8, tradução nossa).

dos, à própria atividade de criar normas constitucionais⁴¹⁴. Ocorrendo isso, o guardião da Constituição se transformaria no senhor absoluto da Constituição (CARL SCHMITT)⁴¹⁵.

Além disso, alguns alegam ainda que a interferência judicial em questões polêmicas acarretaria uma espécie de letargia legislativa, ou seja, o legislador, sabendo que os órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional irão se encarregar de solucionar as divergências envolvendo direitos fundamentais, preferirá se omitir a ter que enfrentar os ônus políticos de uma decisão que possa desagradar uma grande parcela de eleitores.

414 Essa é a opinião de Carl Schmitt: “toda instância que coloca, autenticamente, um conteúdo legal duvidoso fora de dúvida, atua no caso como legislador. Caso ela coloque o conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida, então ela atua como legislador constitucional” (SCHMITT, 2007, p. 67).

415 No debate constitucional brasileiro contemporâneo, essa crítica foi mobilizada para questionar o julgamento do Supremo Tribunal Federal envolvendo o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Ao interpretar o texto constitucional, o STF entendeu que as uniões estáveis homoafetivas merecem a mesma proteção jurídica dada às uniões estáveis entre homem e mulher (STF, ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Brito, j. 4 e 5/5/2011). Diversos autores sustentaram que o STF teria extrapolado a sua missão constitucional e violado os “limites semânticos da constituição”, “reescrevendo o texto da Constituição sem legitimidade para tanto” e “criando um direito até então inexistente”. Mesmo alguns autores simpáticos à causa dos homossexuais questionaram o *modus operandi* da decisão, pois, segundo eles, seria necessária uma revisão constitucional para reconhecer a validade jurídica das uniões homoafetivas ou, pelo menos, uma alteração legislativa, de modo que, de uma forma ou de outra, caberia ao parlamento e não ao Judiciário decidir a matéria. Nesse sentido, qualquer equiparação judicial das relações homoafetivas às uniões estáveis entre homem e mulher fragilizaria o princípio democrático que exige que tais decisões sejam deliberadas na instância popular, de modo que o reconhecimento das uniões homoafetivas na esfera judicial provocaria “uma instabilidade institucional pela fissura provocada no texto da Constituição através de um protagonismo da Corte Constitucional”, gerando “um tipo de mal-estar institucional gravíssimo” (STRECK; OLIVEIRA; BARRETO, p. 75-83). Outros, notoriamente antipáticos à causa dos homossexuais, pegaram carona nas críticas e iniciaram uma verdadeira cruzada contra a jurisdição constitucional, alegando que os ministros do Supremo Tribunal Federal, “à luz da denominada ‘interpretação conforme’, estão conformando a Constituição Federal à sua imagem e semelhança, e não àquela que o povo desenhou por meio de seus representantes” (Ives Gandra da Silva Martin).

No próximo capítulo, será analisada a fundo a decisão sobre uniões homoafetivas, a fim de demonstrar que as referidas críticas podem ser refutadas. Porém, o que está em questão aqui não é o mérito em si do julgamento, mas a fissura que a jurisdição constitucional pode causar aos valores democráticos. Em tese, o STF poderia ter adotado um entendimento contrário aos direitos dos homossexuais, exigindo uma emenda constitucional para reconhecer a validade jurídica das relações homoafetivas. Se isso ocorresse, a luta dos homossexuais pelo reconhecimento de seus direitos, que tem sido uma batalha difícil mesmo nas vias ordinárias, tornar-se-ia quase impossível, dadas as dificuldades de aprovação de mudanças constitucionais. A solução poderia ainda ser pior: hipoteticamente, os ministros do STF poderiam ter decidido que as relações homoafetivas seriam contrárias às *leis da natureza* e, por isso, não poderiam ser reconhecidas nem mesmo por emenda constitucional. Enfim, a convicção moral de uns poucos membros da corte poderia barrar qualquer pretensão de reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Assim, ao invés de “perderem tempo” em debates intermináveis sobre os direitos dos homossexuais ou sobre as hipóteses aceitáveis de interrupção da gravidez, os parlamentares optarão por concentrar seus esforços em questões mais populares, que possam gerar bônus eleitoral, como a distribuição de verbas do orçamento ou a aprovação de medidas assistenciais. A consequência disso seria a transferência do centro de poder decisório, pelo menos em temas de alta complexidade moral e política, do parlamento para os tribunais, reduzindo o poder deliberativo do órgão político em favor do órgão jurisdicional. Com isso, há um grave risco de se transformar o órgão jurisdicional no órgão centralizador do processo de tomada de decisão e, com o passar do tempo, o próprio povo deixará de encarar o parlamento como órgão por excelência de deliberação política, depositando suas expectativas na solução jurisdicional⁴¹⁶.

416 Um exemplo desse fenômeno ocorreu com o debate brasileiro em torno da pesquisa com células-tronco embrionárias. Durante o período em que a questão estava sendo debatida no parlamento, praticamente não houve mobilização popular, exceto manifestações pontuais dos setores mais especificamente interessados no tema (cientistas, grupos religiosos, portadores de doenças graves etc.). Por outro lado, tão logo a Lei de Biossegurança, que autorizou a realização de pesquisa com células-tronco, foi submetida ao controle concentrado de constitucionalidade, grande parcela da sociedade passou a acompanhar de perto o julgamento, manifestando-se intensamente sobre o mérito da questão no intuito de influenciar a decisão a ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Nota-se, nesse caso, um curioso fenômeno em que o processo judicial, geralmente mais discreto e austero, tornou-se mais intenso e conturbado do que o processo legislativo, com audiências públicas bastante movimentadas e manifestações constantes de diversos grupos na porta de entrada do Supremo Tribunal Federal. É provável que isso tenha ocorrido em virtude da percepção, pela sociedade, de que, ao final, quem teria a “última palavra” seria o Supremo Tribunal Federal e não o Congresso Nacional, de modo que seria mais produtivo tentar influenciar os onze ministros do que os quinhentos parlamentares.

Ao final, o Supremo Tribunal Federal, por 6 a 5, confirmou a escolha legislativa, reconhecendo a constitucionalidade da Lei de Biossegurança (STF, ADI 3.510/DF, rel. Min. Carlos Britto, 28 e 29.5.2008). Com algum exagero e notória autoconfiança a respeito de sua própria legitimidade, o ministro Gilmar Mendes, que presidiu a sessão de julgamento no Supremo Tribunal Federal, assim sintetizou o sentimento da Corte: “Os pronunciamentos dos senhores advogados, do Ministério Público, dos *amici curiae* e dos diversos cientistas e expertos, assim como os votos magistrais de Vossas Excelências, fizeram desta Corte um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas. (...) É em momentos como este que podemos perceber, despidos de qualquer dúvida relevante, que a aparente onipotência ou o caráter contra-majoritário do Tribunal Constitucional em face do legislador democrático não pode configurar subterfúgio para restringir as competências da Jurisdição na resolução de questões socialmente relevantes e axiologicamente carregadas de valores fundamentalmente contrapostos. (...) dentro de sua competência de dar a última palavra sobre quais direitos a Constituição protege, as Cortes Constitucionais, quando chamadas a decidir sobre tais controvérsias, têm exercido suas funções com exemplar desenvoltura, sem que isso tenha causado qualquer ruptura do ponto de vista institucional e democrático.(...) O Supremo Tribunal Federal demonstra, com este julgamento, que pode, sim, ser uma Casa do povo, tal qual parlamento. Um lugar onde os diversos anseios sociais e o pluralismo político, ético e religioso encontram guarida nos debates

Em contraposição à letargia legislativa, pode ocorrer outro fenômeno diametralmente oposto que alguns pensadores norte-americanos denominaram de *efeito backlash*, que é uma espécie de efeito colateral indesejado das decisões judiciais em questões polêmicas, decorrente de uma reação do poder político contra a pretensão do poder jurídico de controlá-lo. Michael Klarman, um dos principais idealizadores da *backlash thesis*, defendeu que algumas decisões judiciais em matérias polêmicas, ainda que bem-intencionadas e progressistas, podem gerar um efeito contrário ao esperado, prejudicando o grupo que supostamente estaria sendo protegido. Esse efeito colateral indesejado decorreria de uma forte reação política ao conteúdo da decisão, fazendo surgir medidas legislativas contrárias ao interesse do grupo beneficiado, bem como a ascensão política de pessoas que defendem a tese conservadora, ganhando seguidores graças ao discurso crítico à deliberação judicial. Dentre os vários exemplos que Klarman apresenta⁴¹⁷, o mais representativo do efeito *backlash* refere-

procedimental e argumentativamente organizados em normas previamente estabelecidas. As audiências públicas, nas quais são ouvidos os expertos sobre a matéria em debate, a intervenção dos *amici curiae*, com suas contribuições jurídica e socialmente relevantes, assim como a intervenção do Ministério Público, como representante de toda a sociedade perante o Tribunal, e das advocacias pública e privada, na defesa de seus interesses, fazem desta Corte também um *espaço democrático*. Um espaço aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral, com ampla repercussão na coletividade e nas instituições democráticas. Ressalto, neste ponto, que, tal como nos ensina Robert Alexy, 'o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente'. (...) O debate democrático produzido no Congresso Nacional por ocasião da votação e aprovação da Lei nº 11.105/2005, especificamente de seu artigo 5º, não se encerrou naquela casa parlamentar. Renovado por provocação do Ministério Público, o debate sobre a utilização de células-tronco para fins de pesquisa científica reproduziu-se nesta Corte com intensidade ainda maior, com a nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental própria de uma Jurisdição Constitucional. Não há como negar, portanto, a legitimidade democrática da decisão que aqui tomamos hoje".

417 No artigo "Courts, Social Change, and Political Backlash", Michael Klarman cita cinco casos em que o efeito *backlash* pode ser verificado:

- (a) *Brown v. Board of Education* (1954) – a decisão judicial que proibiu a segregação racial, teria gerado, como efeito colateral indesejado, o retardamento do progresso racial no sul do país, além de haver permitido a ascensão política de radicais segregacionistas;
- (b) *Miranda v. Arizona* (1966) – a decisão que ampliou as garantias processuais dos presos gerou um clima para ascensão de políticos defensores da "lei e da ordem", como Richard Nixon, sobretudo pelo fato de ter havido um aumento na taxa de criminalidade após a decisão da Suprema Corte;
- (c) *Furman v. Georgia* (1972) – na referida decisão, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de diversas leis estaduais que previam a pena de morte, gerando, como reação indesejada, uma proliferação de leis prevendo a referida punição em um curto espaço de tempo;
- (d) *Roe v. Wade* (1973) – a decisão que permitiu o aborto em determinadas situações gerou e ainda gera a ascensão política do partido republicano em diversas eleições, usando como discurso a defesa do movimento "*pro life*";

-se aos direitos dos homossexuais. Quando há uma tendência de proteção judicial dos homossexuais, geralmente crescem, em reação, propostas legislativas, inclusive emendas constitucionais, para barrar os avanços e até mesmo reduzir os direitos já reconhecidos, podendo até mesmo diminuir ainda mais a proteção jurídica desse grupo. No fundo, o efeito *backlash* é uma reação do sistema político contra a tentativa do direito de querer controlar o poder e, certamente, no jogo de forças daí decorrente, o resultado nem sempre é previsível⁴¹⁸.

Além da letargia legislativa e do efeito *backlash*, o exercício desmesurado da jurisdição constitucional, com a pretensão de estender os seus tentáculos nos mais diversos campos sociais, pode gerar também uma apatia popular, vale dizer, um desinteresse dos indivíduos pelos problemas da vida pública. Afinal, um dos grandes méritos da democracia, que decorre da participação popular nos destinos da comunidade, é o sentimento de cumplicidade que motiva os indivíduos a darem o melhor de si para fazer

(e) *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) – a decisão, que reconheceu o direito à igualdade nas relações homoafetivas, acarretou um movimento para a aprovação de emendas constitucionais em diversos estados no intuito de proibir e banir o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na ótica de Klarman, decisões judiciais sobre questões que geram massiva resistência possivelmente acarretarão retrocessos, ao menos no curto prazo, além de produzirem efeitos imprevisíveis na arena política (KLARMAN, 2011)

418 No Brasil, o efeito *backlash* também pode ser percebido em diversas questões, especialmente em relação aos direitos dos homossexuais, onde as decisões judiciais favoráveis à diversidade sexual têm gerado, em contrarreação, o crescimento de um discurso político de intolerância e de preconceito que até então era muito mais discreto. Aliás, o efeito colateral negativo não se manifesta apenas no meio político. A cada conquista jurídica dos homossexuais, aumenta-se, lamentavelmente, a reação violenta contra as minorias sexuais, inclusive o número de assassinatos e de agressões. Mas é preciso compreender bem o fenômeno para não considerar que a mera existência do efeito *backlash* é suficiente para justificar uma postura conservadora de autocontenção judicial. O que ocorre é que, muitas vezes, o *status quo* é conveniente ao pensamento reacionário, de modo que o discurso de intolerância não precisa vir à tona. Assim, como a situação é cômoda para aqueles que não fazem parte do grupo oprimido, o preconceito fica latente, oculto e submerso na hipocrisia da sociedade. As decisões judiciais que afrontam esse *status quo* e tentam desmascarar a hipocrisia certamente acarretam uma reação contrária (efeito *backlash*), mas, se não fosse por elas, dificilmente se conseguiria a necessária mobilização social para que a situação fosse abertamente discutida. Nessa situação, inverte-se o ônus do constrangimento, pois quem tem que sair da situação de comodidade é o grupo reacionário que precisará assumir seus pontos de vista sem subterfúgios. Desse modo, o efeito *backlash* nada mais é do que uma reação contra a mudança social, que exigirá, para o grupo reacionário, a necessidade de assumir a defesa de uma situação odiosa que era encoberta por um discurso dissimulado. Se isso pode gerar algum tipo de prejuízo aos homossexuais, decorrente de um eventual crescimento político dos conservadores, certamente a situação de opressão também é inadmissível. O preconceito oculto é tão ou mais danoso quanto o preconceito escancarado.

valer aquelas escolhas sociais que ajudaram a construir. Quanto maior é a participação popular na deliberação pública maior é a sensação de que faz parte de um projeto comum e, por isso, também é responsável pelo seu sucesso ou pelo seu fracasso. O modelo de deliberação que orienta a jurisdição constitucional nem sempre possibilita que esse sentimento de participação popular aflore. Em muitas situações, a decisão é tomada nos bastidores do poder, com pouco ou nenhum contato com aqueles que podem ser chamados de *povo* e que, afinal, serão os destinatários finais daquela deliberação. Os membros da comunidade são excluídos quase completamente do processo decisório e, por isso, não sentem qualquer compromisso com o seu resultado, sobretudo porque já estão demasiadamente ocupados com seus afazeres privados. Nesse aspecto, a jurisdição constitucional, de fato, seria antidemocrática e antipopular.

Mas não devemos nos iludir ao ponto de achar que a solução está em valorizar um modelo de deliberação fundado no consentimento político. A democracia representativa também não estimula esse sentimento de engajamento. Nesse modelo, a participação popular opera-se em fases incipientes e relativamente insignificantes do processo deliberativo. Na verdade, a vontade popular limita-se à escolha dos representantes, não havendo interferência do povo no mérito da deliberação, nem mesmo no caminhar do processo legislativo, exceto audiências públicas contingenciais e de pouca influência prática, que também ocorrem no modelo de jurisdição constitucional⁴¹⁹. Em razão disso, é incoerente criticar a jurisdição por ser antidemocrática e não fazer o mesmo em relação ao sistema de deliberação parlamentar. Ambos os modelos são técnicas decisórias que, no fundo, evitam a direta participação popular no resultado da deliberação. O sistema de legislação tem a vantagem de permitir a participação popular na escolha dos representantes, mas igualmente possui inúmeras falhas, conforme já visto, de modo que seu perfil antipopular não pode ser camuflado. Por sua vez, o sistema de jurisdição tem o mérito de permitir

419 A possibilidade de audiências públicas no âmbito da jurisdição constitucional brasileira é expressamente prevista na Lei 9.868/99, que regula o controle concentrado de constitucionalidade (ações diretas). Nos casos mais polêmicos, o Supremo Tribunal Federal tem convocado, com frequência, audiências públicas para ouvir a opinião dos principais especialistas na questão controvertida. As audiências costumam ser bastante concorridas e de alta qualidade informativa.

que aquele que será atingido pela decisão possa apresentar diretamente seus argumentos ao julgador, mas também possui seus defeitos, sobretudo quando assume para si uma função legislativa e não adota procedimentos transparentes e abertos à influência da comunidade.

A verdade é que uma autêntica democracia pressuporia alguns arranjos, ideias que parecem não existir nas sociedades contemporâneas, conforme já assinalava Rousseau há mais de duzentos anos. Uma deliberação popular direta, com indivíduos sensatos e bem informados, livres de seus interesses pessoais, decidindo com imparcialidade e bom senso, preocupados com os direitos fundamentais e com o bem-estar de todos, num espaço público de ampla liberdade e igualdade, sem assimetria de poder político, intelectual ou econômico, e com tempo suficiente para se dedicar ao debate sem se preocupar com outros assuntos, não se parece com nenhum modelo que existe neste momento presente. Afirmar que a jurisdição constitucional ou o modelo parlamentar equivalem a esse espaço público ideal não apenas esconde a verdade como também oculta o caráter aristocrático dessas técnicas deliberativas. Isso não impede que façamos um esforço para aproximar o debate jurisdicional e o debate político desse modelo de deliberação ideal, através do desenvolvimento de ferramentas para melhorar a qualidade do procedimento, aumentando a paridade de armas dos indivíduos, a transparência do debate, a quantidade de informações disponíveis, diminuindo a assimetria de poder, a manipulação retórica, o sectarismo e assim por diante. O relevante é ter consciência de que nenhum modelo de deliberação real será uma cópia fiel de modelos ideais. E ter consciência disso nos obriga a reconhecer que o procedimento, ainda que de extrema relevância, nunca é, por si só, suficiente para garantir um resultado correto, razão pela qual qualquer técnica de decisão pública deve ser avaliada não só pelo seu procedimento, mas também (e sobretudo) pelo seu resultado. Não há poder heterônimo legítimo de *per se*⁴²⁰.

420 Um argumento ingênuo geralmente invocado para defender a jurisdição constitucional apela para a “vontade da constituição” como fonte de legitimidade do poder jurisdicional. Referido argumento não se sustenta por diversas razões. Em primeiro lugar, a expressão “vontade da constituição” ou “vontade constitucional” não tem densidade semântica suficiente para justificar o que quer que seja. Além disso, do ponto de vista dos sujeitos envolvidos na elaboração da constituição e da aprovação das leis, não haveria uma diferença substancial entre o processo

Outra séria objeção a um modelo de controle de poder que atribui a uns poucos a tarefa de decidir questões socialmente sensíveis é o argumento da *guardiania*⁴²¹. Para muitos, esse tipo de deliberação não passaria de uma maneira dissimulada de transferir o poder de deliberação do povo para uma casta de juristas supostamente mais “sábios”, adotando, por vias transversas, a odiosa proposta platônica de se estabelecer um “governo dos que sabem”⁴²². Ao reavaliar a opção legislativa, o julgador estaria realizando um novo juízo de valor diferente daquele feito pelos parlamentares, e esse novo juízo de valor decorreria de uma opção axiológica controvertida, razão pela qual a melhor arena para debatê-la seria o Congresso Nacional e não o Judiciário. Uma questão como o aborto, por exemplo, em que há argumentos de princípio tanto a favor quanto contra a criminalização dessa conduta, deveria ser ponderada e decidida na esfera parlamentar, já que qualquer opção valorativa, seja a favor da proteção à

constituente e o processo legislativo ordinário, já que, pelo menos à luz da realidade brasileira, os congressistas que participaram da elaboração da Constituição Federal de 1988 – e que têm o poder de mudá-la – são os mesmos que aprovam a legislação ordinária. Por isso, a mera invocação da autorização constitucional, embora seja uma saída muito cômoda, não satisfaz, com toda certeza, a um público inquieto e exigente que não aceita uma mera legitimação formal obtida por um consentimento político. Afinal, o que está em jogo é o fundamento da própria autorização normativa conferida pela constituição. Se a mera autorização formal fosse suficiente, a mesma crítica que os juristas sempre fizeram ao formalismo (e que justificou o próprio surgimento da jurisdição constitucional) se voltará, como um bumerangue, para aqueles que procuram fundamentar o exercício da jurisdição constitucional em bases estritamente positivas. Essa observação (de que a mera autorização normativa não gera, por si só, a legitimidade da jurisdição constitucional) torna-se ainda mais consistente quando se analisa o controle concentrado de constitucionalidade. Afinal, a defesa da criação de um órgão específico para exercer o controle abstrato de constitucionalidade é justificada com base na ideia de que o controle difuso gera insegurança, decisões incoerentes entre si e possível violação da isonomia (casos semelhantes poderão receber respostas diferentes). Mas esse argumento da coerência, da segurança, da estabilidade do sistema, da uniformidade de critérios de julgamentos também são os mesmos argumentos invocados pelos adeptos do legalismo que são tão criticados pelos defensores da jurisdição constitucional. Por que, para justificar a jurisdição constitucional concentrada, invocam-se tais valores, mas, ao mesmo tempo, critica-se o legalismo? Não seria a jurisdição concentrada uma continuação do legalismo com atores diferentes, ou seja, com a mera substituição dos legisladores pelos juízes constitucionais? O juiz servo dos precedentes não seria também um juiz tão formalista quanto o juiz “boca da lei” de Montesquieu?

421 Para uma compreensão da *guardiania*: DAHL 2012, p. 100/126.

422 A esse respeito, numa dura crítica ao *judicial review*, o Juiz Learned Hand, em sua *Holmes Lecture*, proferida em 1958, pronunciou as seguintes palavras que se tornaram famosas: “*For myself it would be most irksome to be ruled by a bevy of Platonic Guardians, even if I knew how to choose them, which I assuredly do not. If they were in charge, I should miss the stimulus of living in a society where I have, at least theoretically, some part in the direction of public affairs. Of course, I know how illusory would be the belief that my vote determined anything; but nevertheless when I go to the polls I have a satisfaction in the sense that we are all engaged in a common venture*” (HAND, 1958, p. 73/74).

vida do feto, seja a favor da proteção à liberdade de escolha da gestante, seria válida nessa perspectiva. Afinal, não seria precisamente o papel da função legislativa realizar ponderações acerca dos bens jurídicos em disputa a fim de fornecer uma diretriz genérica que todos os membros da sociedade deveriam seguir, pelo menos nas situações típicas? Não haveria uma séria ruptura com os pilares do estado de direito se o Judiciário, a todo momento, substituísse o juízo de valor realizado na esfera política por outros critérios não validados nas urnas? Diante disso, os críticos mais radicais da jurisdição constitucional defendem que, para devolver ao povo a sua autonomia deliberativa e a capacidade de autogoverno, seria necessário resgatar a dignidade da legislação (WALDRON, 1999) e “afastar a constituição dos juizes” (TUSHNET, 1999), restituindo à esfera política a atribuição de decidir as regras da vida social⁴²³.

Os argumentos mais fortes para superar esse tipo de objeção são aqueles que apelam para a importância da jurisdição como espaço de proteção de determinados valores comunitários que não podem ficar à disposição do jogo político. Essa questão já foi enfrentada no Capítulo 2, quando foi desenvolvida a ideia de consentimento ético-jurídico como justificativa para o surgimento da jurisdição constitucional. Naquela ocasião, tentou-se demonstrar que o principal fator de aceitação do controle jurisdicional dos atos do poder é capacidade do órgão jurisdicional, por sua independência, fornecer respostas imparciais aos conflitos sociais, à luz de uma preocupação principiológica com o tratamento igualitário de todos os afetados pela decisão. Mas será que o Poder Legislativo, que é um poder eleito pelo povo, não teria condições de cumprir o mesmo papel?

423 De acordo com os críticos, haveria, ainda, uma clara contradição no discurso pró-jurisdição constitucional. Ao mesmo tempo em que acusam a premissa majoritária, argumentando que o critério numérico pode levar à opressão de grupos minoritários, os defensores da jurisdição constitucional esquecessem-se que também os julgamentos colegiados são baseados no critério quantitativo, ou seja, a tese jurídica que receber o apoio do maior número de juizes será a tese vencedora. Essa contradição também foi identificada por Waldron (1999). Logo, se a maioria parlamentar é potencialmente opressora em relação aos grupos com pouco poder de influência, também a maioria judicial não estaria livre do mesmo mal. A objeção, contudo, não parece ser tão relevante, pois o que está em jogo são os fundamentos adotados para motivar e justificar o voto. No caso do jogo político, o voto segue o raciocínio instrumental-estratégico; no caso da deliberação jurisdicional, pelo menos em tese, o voto segue a lógica do raciocínio axiológico (ético-jurídico), conforme se defendeu no Capítulo 2.

Essa questão tem sido discutida por vários pensadores contemporâneos, que buscam “resgatar a dignidade da legislação”, a fim de recolocar o Poder Legislativo no centro decisório, tentando assim conciliar a proteção aos direitos fundamentais com um modelo de democracia deliberativa orientada pela busca de soluções justas. No debate norte-americano, Jeremy Waldron é o principal representante dessa proposta⁴²⁴. Ao criticar o controle de constitucionalidade forte, que é aquele que implica um julgamento *contra legem* em favor dos direitos fundamentais, Waldron parte de uma série de pressupostos baseados no bom funcionamento do sistema democrático representativo, dentro daquilo que ele chama de *democracia funcional* (“*functional democracy*”). Por exemplo, ele parte do princípio de que o sistema funciona bem, de que as pessoas estão seriamente comprometidas com a busca da melhor resposta e de que estão interessadas em debater com sinceridade. Na sua ótica, o problema do *judicial review* não envolve ser contra ou a favor dos direitos fundamentais, mas saber quem deve ter a prerrogativa de fornecer soluções institucionais quando surgem divergências legítimas quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais em jogo. Existiriam, segundo Waldron, conflitos morais razoáveis, vale dizer, pessoas comprometidas com os direitos fundamentais podem entrar em desacordos sobre questões fundamentais, como o aborto, a eutanásia etc. Tais divergências, que são naturais numa sociedade plural, seriam mais bem solucionadas numa arena mais aberta de debate, mais política, mais numerosa, em que as soluções não fossem mascaradas com subterfúgios técnico-hermenêuticos, nem fossem proferidas por um punhado de juízes sem qualquer tipo de controle popular. Segundo Waldron, por mais que as deliberações parlamentares possuam seus defeitos, ainda assim elas se mostrariam mais legítimas do que as deliberações judiciais, pois proporcionariam uma maior efetivação dos valores democráticos. A estratégia que Waldron usa para defender seu ponto de vista é tentar elevar a dig-

424 Vale ressaltar que a sua proposta não é radicalmente contra o controle de constitucionalidade das leis. Ele aceita um controle de constitucionalidade fraco, como o que é praticado, por exemplo, na Nova Zelândia, em que os juízes não podem deixar de aplicar uma lei que, eventualmente, se choque com a carta de direitos fundamentais, mas têm o dever de interpretar as leis em conformidade com aquela carta. Assim, a declaração de direitos funcionaria como um mecanismo capaz de afetar a realização concreta do direito, na medida em que direciona a interpretação judicial, mas não justificaria a anulação da lei em caso de inconstitucionalidade.

nidade da legislação, enaltecendo suas virtudes e vantagens comparadas ao modelo do *judicial review*. Nesse ponto, ele se contrapõe abertamente a um grupo de juristas norte-americanos que idealizam o sistema do *judicial review* e demonizam a atividade parlamentar. Em particular, Waldron se contrapõe a Dworkin, que é um dos maiores defensores do *judicial review* em solo norte-americano. Dworkin, como se sabe, desenvolveu a ideia do Juiz-Hércules para ilustrar, numa perspectiva idealizada, as potencialidades da jurisdição constitucional. Diante disso, Waldron aponta a incoerência de também não ser criado um modelo ideal de legislador equivalente ao Juiz-Hércules.

A partir do que já foi dito, especialmente no Capítulo 2, onde foi desenvolvida hipótese de fundamento do poder alicerçado no consentimento ético-jurídico, é possível perceber que a preocupação de Waldron de tentar resgatar a dignidade da legislação falha por uma série de motivos relevantes. Em primeiro lugar, Waldron alicerça suas ideias em uma suposta força moral do princípio majoritário (a física do consentimento apresentada por Locke) que não parece ser compatível com o modelo de legislação tal como observado na prática atual das principais democracias representativas. Waldron desconsidera a influência das lideranças políticas no processo legislativo, ou a força das comissões técnicas, ou mesmo dos *lobbies*, que podem gerar decisões contramajoritárias no âmbito do próprio parlamento. Também não leva em conta as distorções pontuais dos sistemas políticos contemporâneos no que se refere à distribuição de vagas por território, fazendo com que nem sempre o candidato mais votado consiga se eleger, o que derruba claramente a ideia da força moral do princípio majoritário⁴²⁵.

425 Já houve caso, no Brasil, de deputado federal eleito com trezentos votos e deputado, de outro estado, com mais de cem mil votos que não teve a mesma sorte. Além disso, tentando seguir o raciocínio a partir da premissa desenvolvida por Waldron, os candidatos mais votados têm o mesmo valor, na contagem de votos no âmbito parlamentar, do que os candidatos menos votados. Assim, o voto de um deputado federal que foi eleito com 90% de votos de todo o eleitorado terá o mesmo peso do voto de um deputado federal que foi eleito com 0,1% de voto. O princípio majoritário se dissolve após a escolha dos parlamentares, de modo que a deliberação legislativa reproduzirá não a vontade da maioria da população (que justificaria a dignidade da legislação na visão de Waldron), mas a vontade dos mais habilitados membros do parlamento. Perceba-se que não se precisa nem mesmo invocar as distorções do sistema eleitoral para demonstrar que o parlamento não representa fielmente a vontade majoritária do povo. Mesmo que o processo eleitoral transcorra bem, sem fraudes ou abuso de poder político ou econômico,

Waldron, certamente, teria mais sucesso na sua cruzada contra o *judicial review* se, ao invés de tentar elevar a dignidade do parlamento, incluindo virtudes que, muito provavelmente, não podem ser observadas numa sociedade real, desmistificasse a imagem dos órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional. Certamente, não é invocando Kant, Aristóteles ou Locke que Waldron conseguirá aumentar as qualidades morais dos parlamentares eleitos ou o nível dos debates dentro do processo legislativo. Não será criando um ilusório “Legislador-Hércules”, em substituição a um igualmente falso “Juiz-Hércules”, que o problema desaparecerá.

É importante perceber que nem a legislação, nem a jurisdição são modelos autenticamente democráticos, no sentido pretendido por Waldron. Tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Judiciário são poderes heterônomos e, portanto, potencialmente violadores da noção de autonomia que circunda o sujeito ético. As avaliações que devem ser feitas sobre as respostas fornecidas por essas instituições não podem ser romantizadas. É preciso partir do pressuposto de que tanto o legislador quanto o juiz podem errar e, por isso, não são incondicionalmente legítimos, sendo fundamental avaliar a sua atuação à luz dos resultados que produzem.

Se, como pretende Waldron, os valores de participação política de uma democracia representativa que adota critérios político-majoritários para a solução dos conflitos são mais importantes, ou pelo menos mais confiáveis e legítimos, do que outros valores que, porventura, os juízes constitucionais pretendam proteger, seria de se esperar que, no mínimo, fosse reconhecido à jurisdição constitucional um papel instrumental de desobstrução dos canais democráticos. Afinal, as disfunções democráticas são bem conhecidas de Waldron e ele próprio sugere que a dignidade da legislação somente faz sentido quando as instituições representativas funcionam bem, o que, infelizmente, está longe de ser uma realidade universal. Sendo assim, por mais que se questione a interferência judicial

o parlamentar mais votado será apenas um parlamentar entre tantos outros. Isso sem falar que, no regime representativo, vota-se em um candidato que se apoia, mas não há uma votação de rejeição. Assim, um candidato por ser eleito com o voto de 1% do eleitorado, apesar de 99% dos eleitores não se sentirem representados por ele, seja por sua má-índole, desonestidade ou ideologia. Ao ser eleito, esse parlamentar torna-se um legítimo representante da sociedade apesar da forte rejeição popular. Será isso compatível com ideia da força moral do princípio majoritário pressuposto por Waldron?

no mérito das deliberações políticas, recomendando-se a mais rigorosa deferência para com as escolhas tomadas pelo Legislativo, dever-se-ia aceitar alguma forma de atuação jurisdicional no controle do próprio *processo político*, eliminando aqueles obstáculos que possam gerar resultados incompatíveis com a própria democracia, sobretudo quando esses obstáculos são causados pelos próprios representantes eleitos no intuito de se perpetuar no poder e impedir qualquer mudança.

A constatação de que o processo político pode conter distorções e que, em determinadas situações, o controle judicial pode ser um importante mecanismo para viabilizar a própria participação popular no exercício do poder foi a tese defendida por John Hart Ely (1980) no influente livro *“Democracy and Distrust: a theory of judicial review”*, publicado em 1980. Na referida obra, Ely questiona uma opinião muito comum que sugere que o controle de constitucionalidade implica necessariamente uma escolha difícil entre valores substantivos concorrentes e controversos. Para ele, o papel dos juízes constitucionais não seria o de arbitrar conflitos morais em questões complexas, mas tão somente garantir o regular funcionamento das instituições democráticas, pois a sociedade norte-americana seria refratária à noção de que existiriam princípios substanciais objetivamente válidos e passíveis de serem descobertos por um grupo de pessoas iluminadas, pelo menos não ao ponto de servirem para derubar as decisões dos representantes eleitos (ELY, 1980, p. 54). De acordo com Ely, nem os valores próprios do juiz, nem a ideia de direito natural, nem eventuais princípios neutros⁴²⁶, nem uma suposta razão do direito, nem a tradição consolidada, nem eventuais “valores amplamente partilhados”, nem qualquer noção de progresso moral (valores do futuro), seriam capazes de fornecer uma base segura apta a justificar a substituição da deliberação parlamentar pela deliberação judicial. Segundo ele, todas essas abstrações conteriam algum tipo de juízo arbitrário e, por não terem

426 A noção de “princípios neutros” (*“neutral principles”*) é uma alusão ao famoso artigo de Herbert Wechsler, considerado um dos mais influentes artigos do direito norte-americano: *“Toward Neutral Principles of Constitutional Law”* (1959). No referido artigo, Wechsler defende que as decisões judiciais devem fundar-se em princípios que, por sua generalidade e neutralidade, possam transcender qualquer resultado imediato da causa decidida, ou seja, a solução deve poder ser aplicada a outras situações semelhantes em que o mesmo princípio poderia ser mobilizado (WECHSLER, 1959, p. 1/34).

sido aprovadas pelo povo, seriam certamente antidemocráticas⁴²⁷. A solução, na sua ótica, não seria estimular uma interferência judicial de fundo, decorrente de um desejo de impor determinados valores substantivos considerados importantes pelos juízes, mas sim uma interferência *processual*, visando desobstruir os canais da mudança política, corrigindo certos tipos de discriminação contra minorias e garantindo a mais ampla e plural participação popular no processo representativo. O espírito original da Constituição norte-americana, sustenta Ely, seria precisamente estabelecer um arranjo institucional capaz de estruturar o governo e a sociedade de tal modo que as mais diferentes vozes pudessem ser ouvidas sem serem caladas por uma eventual coalização majoritária. Assim, não seria tarefa da Constituição ou do direito constitucional preservar os valores substanciais, mas tão somente estabelecer procedimentos legítimos que possibilitem que as escolhas de fundo sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo. O controle judicial teria como foco a análise das condições procedimentais necessários para que a democracia representativa funcione corretamente. O mau funcionamento da democracia representativa ocorreria toda vez que surgem motivos para desconfiar do processo político, especialmente quando (1) os incluídos estão obstruindo os canais da mudança político para assegurar que eles continuarão incluídos e os excluídos continuarão de fora, ou (2) mesmo que ninguém tenha a voz calada ou o voto negado, a maioria política consiga sistematicamente aprovar medidas desvantajosas a alguma minoria por simples hostilidade ou recusar, por puro preconceito, a igual proteção jurídica conferida a outros grupos (ELY, 1980, p. 103). Com base nisso, Ely defende a intervenção judicial para o desbloqueio dos canais da mudança política, o que significa, na prática: (a) exercer o controle das restrições à liberdade de expressão, de imprensa, de reunião e de associação política; (b) assegurar que a ninguém se negue sem motivo convincente seu direito de voto e garantir

427 Ressalte-se que Ely não parte do princípio de que todas as deliberações parlamentares, apenas por terem sido aprovadas dentro de um processo legislativo, são necessariamente democráticas. Ele reconhece que existem diversas influências antimajoritárias no parlamento e aponta vários obstáculos que distorcem o caráter democrático do Poder Legislativo. Porém, segundo ele, o fato de o parlamento não ser completamente democrático não fará com que os tribunais sejam mais democráticos do que o Legislativo. E mais: considerar que o Legislativo não fala em nome do povo, enquanto o Judiciário assim o faz, seria, na sua ótica, ridículo (ELY, 1980, p. 67/68).

que os votos tenham pesos semelhantes dentro da contagem política; (c) proporcionar a transparência no processo legislativo, garantindo o acesso às informações necessárias para que seja possível analisar e controlar os motivos das opções parlamentares; (d) facilitar a representação das minorias, melhor dizendo, dos grupos que historicamente têm sido menosprezados e prejudicado por parte da maioria política.

A proposta de Ely, dentro de um modelo constitucional como o norte-americano, sobretudo tendo como pano de fundo a famosa *Corte Warren*, possui méritos que não podem ser minimizados, pois representa uma saudável tentativa de estabelecer um equilíbrio entre a democracia representativa e o *judicial review*, sem atribuir demasiados poderes/virtudes nem à legislação, nem à jurisdição. Há uma clara preocupação em diminuir o ativismo judicial, alertando para os perigos de um modelo que autoriza a substituição pura e simples dos valores aprovados na esfera política por outros valores endossados por um punhado de juízes não eleitos, cuja atuação está longe de ser perfeita. Apesar de interessante, a proposta de Ely talvez seja insuficiente, pelo menos em face de um modelo político-constitucional como o brasileiro, no qual as disfunções políticas são muito mais graves.

Em primeiro lugar, mesmo que se considere que o papel da jurisdição constitucional deve se limitar à desobstrução dos canais democráticos, a fim de que os procedimentos políticos funcionem adequadamente, diversas outras questões deveriam fazer parte do rol de matérias que justificariam a interferência judicial. A título ilustrativo, sendo notório que algumas privações básicas, como a pobreza, a falta de educação ou mesmo de saúde, são fatores que impedem o pleno exercício da participação política, a atuação judicial, em nome do adequado funcionamento da democracia, deveria incluir também instrumentos para promover alguns direitos econômicos, sociais e culturais. De nada adianta, por exemplo, proteger a liberdade de expressão, garantindo a todos o direito de manifestar seu pensamento sem restrições indevidas ou de ter acesso, sem censura, a informações de conteúdo político, se existe um número considerável de eleitores que se incluem no rol de analfabetos funcionais. Além disso, sendo a assimetria de poder econômico uma das principais causas para o mau funcionamento da democracia, a atuação judicial também deveria, de algum modo, ser capaz de controlar, de for-

ma eficiente, o abuso do poder econômico, o que implicaria uma ampla fiscalização judicial dos financiamentos de campanha e a imposição de outras restrições capazes de equilibrar as forças. Além disso, a imensa força política de alguns grupos de interesse gera uma distorção que deveria justificar algum tipo de controle capaz de proporcionar um maior equilíbrio na distribuição do poder de influência.

Mas é possível desenvolver uma objeção ainda mais séria à proposta de Ely, pelo menos se essa proposta for interpretada tão restritivamente ao ponto de impedir a apreciação de qualquer outra matéria que não aquelas por ele apresentadas. Em alguns temas, o que está em jogo é a própria legitimidade da democracia representativa para tomar decisões em nome do sujeito ético, substituindo a reflexão pessoal por uma reflexão coletiva. Se o que se deseja proteger, em última análise, é o direito à autodeterminação e à autonomia, devem ser estabelecidos limites à interferência do legislador, cuja violação deveria ser passível de controle judicial.

Essa questão será retomada no próximo capítulo, onde se dependerá a existência de um direito à independência ética, tal como proposto por Ronald Dworkin (2001 e 2012). Por enquanto, é importante perceber que as objeções democráticas à jurisdição (como contrapoder) são relevantes e precisam ser levadas em conta, pois, em muitas situações, os juízes constitucionais estão mesmo usurpando os poderes legislativos, sobretudo quando assumem um papel legiferante (de estabelecer prescrições normativas abstratas com efeitos *erga omnes* e visando à solução de casos futuros)⁴²⁸. Em face disso, não se pode simplesmente ignorar as referidas

428 Para uma crítica da função legislativa exercida pelo Judiciário, indispensável é a leitura de: CASTANHEIRA NEVES, 1983. Na referida obra, Castanheira Neves defende a inconstitucionalidade dos “assentos”, que é um instituto previsto na legislação portuguesa através do qual um tribunal, resolvendo um “conflito de jurisprudência”, e no intuito de uniformizar a jurisprudência e estabilizar o debate jurídico, emite, com efeitos *erga omnes* e visando à solução de casos futuros, uma prescrição normativa abstrata, “com força obrigatória geral”, universalmente vinculantes. Para o Professor de Coimbra, os “assentos” padecem, pelo menos, dos seguintes problemas: (a) o sentido normativo dos *assentos* estaria vinculado a uma concepção do direito própria do legalismo estrito, que é incompatível com a concepção que hoje se reconhece como válida; (b) os *assentos* pressupõem um modo de aplicação do direito lógico-subsuntivo que se sabe metodologicamente ultrapassado e inválido; (c) se o legalismo é incorreto, ilusório e ineficaz, também incorreto, ilusório e ineficaz deve ser um modelo que, no nível da jurisprudência, pretende antecipar e fixar em abstrato o conteúdo juridicamente concreto das decisões judiciais; (d) finalmente, os *assentos* seriam a própria negação da decisiva e decerto irredutível tarefa que também se ignora caber por essência à função judicial. “Não sendo ela a mera aplicadora de um direito todo feito e dado

objeções democráticas, embora não se deva nunca perder de vista que a legitimidade deve ser buscada no consentimento ético-jurídico (medido pela capacidade do poder de dar respostas condizentes com a dignidade) e não no consentimento político (medido pela soma de votos em uma assembleia). Além disso, não se pode também abrir mão do conceito de validade comunitária desenvolvido por Castanheira Neves, a fim de perceber que a validade jurídica não decorre do jogo de poder que orienta o sistema político, mas de um conjunto de princípios desenvolvidos autonomamente no seio da própria comunidade a partir da solução de problemas concretos. De qualquer modo, é necessário definir com mais precisão, especialmente quando o que está em jogo são os valores fundamentais da sociedade, os limites e possibilidades da jurisdição, o que será feito no próximo capítulo. Por enquanto, é necessário prosseguir nas críticas, apontando as objeções morais à função judicial.

4.2.2 Objeções morais (relativas às qualidades morais dos julgadores e dos julgamentos)

Que falta nesta cidade?... Verdade. Que mais por sua desonra?... Honra. Falta mais que se lhe ponha... Vergonha. (...) E que justiça a resguarda?... Bastarda. É grátis distribuída?... Vendida! Quem tem, que a todos assusta?... Injusta. Valha-nos Deus, o que custa, O que El-Rei nos dá de graça, Que anda a justiça na praça Bastarda, Vendida, Injusta – Gregório de Matos Guerra, “Obra Poética”, págs. 56 e 57

O discurso pró-jurisdição constitucional costuma ter um efeito sedutor nos ambientes jurídicos, pois, em geral, são destacados apenas os benefícios que esse modelo pode proporcionar para a proteção dos direitos fundamentais e para a desobstrução dos canais democráticos. Costumam-se enaltecer as boas decisões, mas as decisões odiosas são jogadas para debaixo do tapete, como se fossem meros acidentes de percurso⁴²⁹. No

uma vez por todas na legislação, sendo antes chamada a complementar mediação constitutiva, no assumir da concreta e socialmente histórica experiência problemática do jurídico, é negar-lhe essa sua função específica e convertê-la num arremedo de legislador” (CASTANHEIRA NEVES, 1983, p. 272).

429 O curioso é que, quando se critica a atividade legislativa, são realçadas as leis mais perversas, omitindo-se as diversas leis justas aprovadas pelo parlamento. Há aqui dois pesos e duas me-

Brasil em particular, costuma haver um discurso laudatório a favor dos órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional como se tais órgãos fossem sempre os guardiães-mor da democracia e dos direitos fundamentais e os principais responsáveis pela proteção da dignidade humana, como paladinos de uma moralidade superior⁴³⁰. No fundo, porém, os tribunais constitucionais são como quaisquer outros, compostos por seres humanos ideologicamente comprometidos e tão suscetíveis ao erro quanto qualquer pessoa que detém um grande poder em suas mãos. Seria muita ilusão acreditar que os juízes, uma vez nomeados para ocuparem uma cadeira nos suntuosos salões de julgamento, tornam-se super-heróis, com poderes mágicos capazes de ter uma visão além do alcance e imunes às tentações vividas pelos demais seres humanos.

Embora seja inquestionável que as soluções do Legislativo e do Executivo possam eventualmente violar direitos fundamentais, nada é capaz de assegurar que as soluções do Judiciário também não possam ser opressivas⁴³¹. Se os órgãos políticos podem cometer erros de avaliação,

didias, pois, no âmbito judicial, a injustiça é tratada como um tropeço accidental, ao passo que, no âmbito parlamentar, a justiça é que se apresenta como algo eventual. Enquanto os membros dos demais poderes são vistos como seres ávidos por poder, lutando com unhas e dentes por seus interesses nem sempre nobres, os membros da jurisdição constitucional são vistos como seres imparciais, dotados de habilidades sobrehumanas e qualidades quase divinas, que estão preocupados apenas em fazer valer a vontade do povo, objetivada no texto constitucional. Sobre esse ponto: WALDRON, 1999.

430 Em terras brasileiras, Rui Barbosa, que foi um dos pioneiros e mais influentes expoentes da defesa da jurisdição constitucional, tinha uma visão claramente romantizada dos juízes e do Poder Judiciário, como bem percebeu Lêda Boechat (RODRIGUES, 1958). Na fase mais recente do constitucionalismo brasileiro, Luís Roberto Barroso talvez seja o principal representante dessa tendência e tem sido, na prática e na teoria, um dos principais responsáveis pelo aumento de importância da jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal. Na academia, Barroso tem adotado um tom otimista, ainda que não necessariamente ingênuo, sobre as possibilidades da atuação judicial. Na qualidade de advogado, Barroso tem patrocinado, com sucesso, causas polêmicas que reforçam o papel estratégico do Poder Judiciário na proteção dos direitos fundamentais, inclusive causas de grande repercussão midiática, como a defesa do reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas, a descriminalização do aborto em caso de anencefalia, a possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias, a proibição de nepotismo no serviço público, entre outras. Ver, por exemplo: BARROSO, 2009, p. 71-91; BARROSO, 2008, p. 25-66; BARROSO, 2005, p. 13; BARROSO, 2001; BARROSO, 1998a. Em 2013, Luís Roberto Barroso tornou-se ministro do Supremo Tribunal Federal.

431 Aliás, analisando o passado, percebe-se que os mesmos argumentos que justificaram a criação da jurisdição constitucional para proteger o indivíduo contra o legislador também foram invocados pelos pensadores iluministas ao desenvolverem a ideia de legalidade para proteger o indivíduo contra o poder arbitrário do juiz do *ancien régime*. Uma simples releitura dos escritos de Beccaria, Montesquieu e Rousseau seria suficiente para comprovar isso. Nos referidos textos, há

também não há garantias de que os juízes acertem sempre, até porque não possuem “preparo técnico” para solucionar determinadas questões mais complexas, nem haveria uma garantia absoluta de “preparo ético”⁴³², pois os juízes também possuem limitações e não estão imunes de serem atraídos pelas tentações do poder.

A esse respeito, Hoerster defendeu que não existiria nenhuma forma de assegurar que a moral do juiz seja mais “esclarecida” do que a moral estabelecida na prescrição legislativa, pois embora possam existir juízes que, confrontados com “leis nazistas”, prefiram obedecer a uma moral humana. Também existiriam os juízes que, confrontados com “leis democráticas”, prefiram obedecer a uma moral nazista! (HOERSTER apud ALEXY, 2002, p. 53). Robert Alexy critica essa ideia dizendo que esse tipo de juiz, pelo menos em um Estado que já assimilou a tradição dos direitos fundamentais, não teria sucesso em vencer o amplo consenso construído em torno desses direitos (ALEXY, 2002, p. 55). Porém, a crítica de Alexy não é suficiente para refutar o argumento de Hoerster quando se trata de órgão jurisdicional de última instância, cuja palavra final é definitiva. Em tese, os juízes de uma corte constitucional poderiam proferir uma decisão reproduzindo a seguinte ideia: “o respeito à dignidade humana pressupõe o direito de uma raça superior subjugar uma raça inferior, pois esta é a lei da natureza”. Hoje sabemos que essa conclusão é uma clara perversão da dignidade humana. Mesmo assim, se a maioria dos membros da mais alta corte do país decidir algo tão absurdo, essa ideia se tornará o posiciona-

uma clara desconfiança em relação aos magistrados, e o remédio encontrado para minimizar os arbítrios judiciais foi o princípio da legalidade e a criação de mecanismos para forçar os juízes a respeitarem a lei. Agora, os papéis se invertem: desconfia-se do parlamento e o remédio contra o abuso legislativo é a limitação constitucional, com a criação de um mecanismo de controle de constitucionalidade realizado pelos antigos algozes do abuso do poder.

432 Essa questão foi enfrentada por Jeremy Waldron (2009a, p. 2/24; 2009b, p. 69/82). Nos referidos ensaios, Waldron defendeu que os juízes não estão, necessariamente, em melhor posição para julgar questões envolvendo conflitos morais não porque são incapazes de raciocinar moralmente, mas porque o método jurídico, com suas técnicas legalistas, encobre os aspectos essenciais da discussão, limitando artificialmente o cerne da controvérsia. Por isso, ele sugere que os juízes sejam mais sinceros a respeito do que efetivamente estão julgando, ao invés de dissimularem a discussão com técnicas esotéricas comumente adotadas na interpretação de leis. A referida crítica não atinge a proposta jurisprudencialista, pois, conforme visto, o jurisprudencialismo também denuncia esse desvio de foco hermenêutico. De acordo com o jurisprudencialismo, o problema jurídico deve ser encarado em sua integralidade e não apenas na sua feição meramente linguístico-textual.

mento oficial e definitivo do estado, já que não existem meios de impugnar esta decisão. Para mudar o julgamento, seria necessário esperar que esses juízes se aposentassem ou morressem, até que a composição fosse alterada e a jurisprudência revista.

Não se trata de um risco tão implausível. Uma análise crítica de algumas decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos, que foi o berço da jurisdição constitucional, demonstrará a existência de inúmeras decisões eticamente insustentáveis, ainda que recheadas de apelos ao discurso dos direitos. Eis alguns exemplos de decisões que confirmam essa hipótese: o caso *Dred Scott*⁴³³, de 1857, que negou cidadania aos negros e declarou a inconstitucionalidade de uma lei abolicionista sob o argumento de que tal lei violaria o direito de propriedade dos donos de escravos⁴³⁴; o caso *Plessy v. Ferguson*⁴³⁵, de 1896, que deu suporte constitucional às leis segregacionistas,

433 *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857). On-line: <http://tinyurl.com/bdk5syd>

434 Ressalte-se que, no referido julgamento, iniciou-se a construção do chamado *substantive due process*. A cláusula do devido processo foi adotada para declarar a inconstitucionalidade do “*Missouri Compromise*”, que proibia a escravidão em novos territórios existentes acima de determinada latitude nos Estados Unidos. O fundamento citado pelo juiz Taney, relator do caso, foi este: “um ato do Congresso que priva um cidadão dos Estados Unidos de sua liberdade ou propriedade meramente porque ele foi ou levou sua propriedade para um território específico dos Estados Unidos, e que não cometeu nenhuma ofensa contra as leis, dificilmente poderia ser dignificado como devido processo legal”. No Brasil, é costume no meio jurídico elogiar a construção “substantiva” da cláusula do devido processo como se fosse o melhor instrumento para barrar as leis materialmente irrazoáveis. Mas o que poucos sabem é que essa ideia não foi criada para anular uma lei substancialmente injusta. O propósito, pelo menos no caso *Dred Scott*, foi o de invalidar uma lei que era totalmente a favor dos direitos fundamentais, já que proibia a escravidão em determinados territórios.

435 *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896). On-line: <http://laws.findlaw.com/us/163/537.html>. No referido caso, a Suprema Corte, com apenas um voto contrário, decidiu que a reserva de acomodações “separadas, mas iguais” para negros nos transportes ferroviários seria compatível com o princípio da igualdade, já que essa teria sido a intenção dos legisladores que aprovaram a cláusula da igualdade. Os fatos que deram origem ao processo judicial, pelo menos em sua versão mais conhecida, foram estes: um senhor chamado Homer Plessy, que tinha ascendência negra, comprou uma passagem de trem na primeira classe. Quando já estava no vagão, a polícia foi chamada, pois aquela área era privativa de pessoas brancas. Plessy se negou a sair do vagão e, por isso, foi preso e condenado por violar a lei estadual que autorizava a reserva de áreas exclusivas para brancos em transportes coletivos. No caso em questão, a Suprema Corte confirmou a punição sofrida pelo senhor Plessy (informações obtidas a partir de: IRONS, 1999). O único juiz da Suprema Corte que não concordou com o julgamento foi Jonh Harlan, que, além de ter afirmado que a Constituição é cega quanto a cor dos indivíduos (“*color-blind*”), foi profético ao assinalar no seu voto: “*Na minha opinião, o julgamento que hoje se concluiu se mostrará, com o tempo, tão pernicioso quanto a decisão tomada neste tribunal no Caso Dred Scott. A presente decisão não apenas estimulará a discriminação e a agressão contra os negros como também permitirá que, por meio de normas estatais, sejam neutralizadas as benéficas conquistas aprovadas com as recentes mudanças constitucionais*”. Desde então, como bem profetizou o juiz Harlan, várias medidas segregacionistas foram adotadas por diversos Estados e reconhe-

observando a lógica do “*equal but separate*”, com base na ideia de que “se uma raça é socialmente inferior a outra, a Constituição não pode colocá-los no mesmo plano” (conforme voto condutor); e o caso *Lochner v. New York*⁴³⁶, de 1905, que deu início a uma série de decisões contrárias ao reconhecimento de direitos trabalhistas, sob a alegação que tais leis violariam o direito de liberdade econômica. Pode-se acrescentar a esse rol de decisões censuráveis a que foi proferida no caso *Korematsu v. United States*⁴³⁷, de 1944, que reconheceu a constitucionalidade de uma política de segurança adotada pelo governo federal norte-americano que ordenava o encarceramento de japoneses, em campos de concentração construídos em pleno solo norte-americano, durante a Segunda Guerra Mundial⁴³⁸.

As referidas decisões, hoje, estão ultrapassadas, pois foram revogadas posteriormente pelo mesmo Tribunal ou então por emendas constitucionais. Mesmo assim, algumas delas vigoraram por longos períodos e foram responsáveis pela consolidação de um sentimento de discrimi-

cidas como válidas pela Suprema Corte. Pode-se mencionar, por exemplo, o caso *Berea College v. Kentucky* (1908), onde foi aceita uma lei do Estado de Kentucky que proibia que as escolas particulares admitissem brancos e pretos na mesma instituição, bem como o caso *Gong Lum v. Rice* (1927), que equiparou as crianças de origem chinesas aos negros para fins de matrícula escolar. No caso *Corrigan v. Buckley* (1926), a Suprema Corte disse que não violava o devido processo nem o princípio da igual proteção, uma cláusula contida em contrato de compra e venda de imóvel que proibia o aluguel ou a transferência do imóvel para qualquer pessoa negra.

436 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). On-line: <http://tinyurl.com/9wtcdza>. Nesse caso, a Suprema Corte anulou uma lei do Estado de Nova Iorque que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. A lei atacada reconhecia que os padeiros tinham o direito de trabalhar no máximo 60 horas por semana ou 10 horas por dia. E ainda assim foi declarada inconstitucional, pois os juízes entenderam que qualquer interferência estatal no contrato de trabalho não seria razoável. Para a Corte, a adoção de leis que protegiam os trabalhadores representava uma interferência indesejada na vontade livre das partes contratantes, violando um suposto “*economic substantive due process*”. Diversos casos foram julgados seguindo essa lógica. No caso *Hammer v. Dagenhart* (1918), por exemplo, foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei que proibia o trabalho de crianças abaixo de 14 anos em fábricas. No caso *Adkins v. Children's Hospital*, julgado em 1923, a Suprema Corte invalidou uma lei que reconhecia pisos salariais mínimos para mulheres e crianças. Nesse período, a Suprema Corte norte-americana ficou conhecida como o Tribunal do “*Laissez-Faire*”, pois os valores do liberalismo econômico foram alçados à categoria de dogma constitucional. Esses exemplos foram extraídos de: SUNSTEIN, 2004.

437 *Korematsu v. United States*, 323 U.S. 214 (1944). On-line: <http://tinyurl.com/avrpcjv>

438 Em voto dissidente, o juiz Frank Murphy apontou abertamente o caráter discriminatório daquela decisão, apontando que se trataria de uma verdade legalização do racismo. Segundo ele, a exclusão dos japoneses da proteção constitucional configuraria racismo da pior espécie, assemelhando-se ao tratamento abominável e desprezível de grupos minoritários pelas tiranias ditatoriais que os Estados Unidos estariam combatendo na guerra.

nação que ainda hoje marca a sociedade norte-americana⁴³⁹. Aliás, uma investigação profunda das origens mais remotas do *judicial review* pode demonstrar que os principais argumentos favoráveis a esse modelo tinham uma feição aristocrática. Os *Founding Fathers* da nação norte-americana representavam os grandes interesses conservadores e comerciais do país e receavam que a massa de eleitores prejudicasse seus interesses econômicos e violasse os seus direitos de propriedade (BEARD, 1912, p. 76). O receio que os fundadores manifestavam em torno da democracia – e da tirania da maioria a ela sempre vinculada – não era o mero receio de que a maioria oprimisse minorias desfavorecidas, mas sim que o povo, por meio da legislação, limitasse os privilégios da elite dominante, especialmente em questões como a distribuição da terra, manutenção da escravatura, tributação, liberdade econômica e assim por diante⁴⁴⁰. Esse perfil aristocrático foi incorporado pelo Judiciário estadunidense desde o início e somente foi abrandado em meados do século XX, com a *Corte Warren*. As decisões proferidas em *Dred Scott* ou *Plessy* claramente ilustram essa posição conservadora, realçando a forte ideologia discriminatória e escravocrata adotada pelos juízes daquela época. Do mesmo modo, os juízes que fizeram parte da *Era Lochner* transferiram para os seus julgados um posicionamento nitidamente hostil às classes trabalhadoras, favorecendo os interesses de setores economicamente poderosos, cujos *lobbies*, não tendo obtido êxito na batalha política travada na esfera parlamentar, buscaram refúgio para a proteção de seus interesses nos salões aristocráticos da Suprema Corte.

439 É difícil estabelecer até que ponto as referidas decisões são responsáveis por essa mentalidade ou se são apenas reflexo dela. Apesar disso, não há dúvida de que quando o principal órgão jurídico do país despreza a dignidade de seres humanos por causa da cor de sua pele ou de sua raça, avaliza práticas discriminatórias e opressivas, impede o reconhecimento de direitos sociais trabalhistas, autoriza o envio de seres humanos a campos de concentração, tudo isso fornece um inegável suporte argumentativo para justificar o desrespeito aos mais básicos direitos dos indivíduos, seja por agentes estatais, seja por particulares. E a Suprema Corte dos Estados Unidos fez tudo isso durante boa parte de sua existência, demonstrando que a jurisdição constitucional norte-americana nem sempre foi tão virtuosa quanto se imagina.

440 Segundo Dippel, havia, por parte dos fundadores norte-americanos, uma espécie de *medo do povo*, que se manifestou pelo menos de duas maneiras: através da instituição de um sistema de representação excludente, onde os critérios de participação eram restritos (voto censitário) e discriminatórios (especialmente em razão da raça e do gênero) e de um sistema bicameral, onde o Senado poderia controlar os excessos populistas da Câmara dos Deputados (DIPPEL, 2007, p. 79/167).

A legitimidade da jurisdição constitucional, em solo norte-americano, costuma ser defendida com base na ideia de que o Judiciário é o Poder menos perigoso de todos (“*the least dangerous branch*”), pois não possui as chaves do cofre, nem a espada, conforme já defendia Hamilton. Trata-se, na verdade, de uma ideia equivocada, pois, como bem demonstrou John Ely, embora seja inquestionável que o Judiciário possui, em comparação com os outros, um poder um pouco mais limitado, o seu poder de causar danos à nação não pode ser subestimado, conforme os exemplos acima comprovam. (ELY, 1980, p. 45).

No Brasil, também é possível encontrar, na história do Supremo Tribunal Federal, diversas decisões que, hoje, podem ser consideradas como erros de avaliação ética. No início do século XX, por exemplo, eram comuns as decisões contrárias aos movimentos organizados pelos trabalhadores (*meetings*) e havia uma repressão oficializada aos comunistas, anarquistas e sindicalistas de um modo geral, que eram vistos como nocivos à sociedade⁴⁴¹. Famosas, nesse sentido, foram as decisões que confirmaram a declaração de ilegalidade do Partido Comunista e da Aliança Nacional Libertadora, colocando todos os seus membros numa situação de clandestinidade⁴⁴². Também merece ser citada a odiosa decisão que determinou a extradição da comunista judia Olga Benário, entregando-a, grávida, à Alemanha de Hitler para ser confinada e morta nos campos de concentração nazistas⁴⁴³. Isso sem falar nas já citadas decisões que reforçavam a discriminação de gênero ao impor às mulheres um *status* jurídico inferior, inclusive ao ponto de negá-las a oportunidade de trabalharem, de adquirirem bens, de contratarem ou mesmo de ingressarem com uma simples ação judicial⁴⁴⁴.

Durante muito tempo, juristas invocaram concepções morais conservadoras para justificar a discriminação dos filhos “ilegítimos” (havidos fora

441 Ver a respeito o Capítulo 15 (Poder de Polícia), de RODRIGUES, 1991a, p. 251/260.

442 STF, MS 111, rel. Min. Arthur Ribeiro, j. 21/8/1935 (Aliança Nacional Libertadora); HC 29.736, rel. Min. Castro Nunes, j. 28/5/1947 (Partido Comunista); RE 12.369, rel. Min. Laudo de Camargo, j. 14/4/1948 (Partido Comunista).

443 STF, HC 26.155, rel. Min. Bento de Faria, j. 17/6/1937.

444 STF, RE 30.108, Rel. Min. Afrânio Costa, julgado em 01/10/1957; RE 28788, Rel. Min. Antônio Villas Boas, julgado em 21/01/1958; STF, RMS 6350, Rel. Min. Luiz Gallotti, julgado em 28/08/1959; STF, RE 46.746, Rel. Min. Cândido Mota, julgado em 22/06/1961.

do casamento), ou então para impossibilitar o divórcio ou para criminalizar o adultério e negar qualquer validade jurídica ao chamado *concubinato*. Ainda hoje, a moral conservadora de alguns juízes apela para os “bons costumes” para defender a discriminação em relação aos homossexuais, às prostitutas, aos transexuais e a outros grupos que não seguem um comportamento “convencional”⁴⁴⁵. Na Alemanha, é muito criticada, na literatura jurídica, a decisão do Tribunal Federal de 17 de fevereiro de 1954 que reconheceu como contrária “à moral e aos bons costumes” a prática sexual antes do casamento⁴⁴⁶. Por séculos, os direitos das mulheres foram negados com base na preconceituosa ideia, ainda não completamente superada, de que elas seriam muito emotivas, instáveis e intelectualmente incapazes de governarem a si mesmas e, portanto, não deveriam poder

445 Há vários exemplos concretos que podem comprovar a existência de tal preconceito. Cito, particularmente, uma decisão proferida, no Brasil, pelo Superior Tribunal de Justiça, onde foi decidido que “o controle policial da circulação de *gays* e travestis situa-se no exercício do poder de polícia e atende a ditames da ordem e da segurança públicas, não se constituindo constrangimento ilegal ao direito de locomoção” (STJ, RHC 7.475/SP, 2000). No Brasil, a prática da prostituição (masculina ou feminina) não é crime. Então, do ponto de vista estritamente jurídico, nada justificaria as ameaças e violências praticadas por policiais e outros agentes públicos contra esses grupos sociais, pois não há qualquer lei que os proíba de fazerem o que fazem. É possível, também, citar um julgamento do Supremo Tribunal Federal, no RHC 59.518-9/SP, em que se discutia a concessão de *habeas corpus* a duas prostitutas que pretendiam praticar o “trottoir” sem serem ameaçadas de prisão pela polícia. Naquela ocasião, o Ministro Oscar Correia, após fazer um longo histórico da prostituição em diversos países, assinalou que havia duas vertentes no STF: a que considera o “trottoir” contrário à moral, ao pudor e aos bons costumes e, como tal, proibível e punível e a que considera que deve ser assegurado a liberdade básica das prostitutas, concedendo-se o pedido de salvo-conduto para impedir prisões arbitrárias por parte de autoridades policiais. O ministro Oscar Correia, posicionando-se, adere à primeira corrente e justifica seu voto “por motivos de ordem moral e legal”. E assinala: “Moral: porque cremos de nosso dever criar empecilho a que, pela concessão do salvo-conduto, se facilite a prática que – todos estamos de acordo – não condiz com as conveniências da sã moral e dos bons costumes. (...) A defesa do direito deve começar na asseguuração do respeito às normas morais, primeira trincheira do círculo concêntrico mais amplo da distinção clássica, primeira barreira que se deve defender. E esse direito deve garantir o mínimo de moralidade pública, contra o qual atenta, às escâncaras, a prática do ‘trottoir’, em todas as suas formas e modos, impossíveis de serem tipificados mesmo pelo mais competente e percutiente analista do tema, de tantos matizes se colore e de tantas burlas se veste” (RHC 58.974/SP, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 29 de setembro de 1981).

446 Arthur Kaufmann adjetivou a referida decisão de “monstruosa”, sugerindo tratar-se de um “deslize jusnaturalista”, em razão da justificativa apresentada pelo tribunal. Invocando as “normas da lei moral”, o Pleno decidiu que “a sua (forte) vinculatividade [por oposição à ‘fraca vinculatividade’ dos ‘meros costumes’, das ‘meras convenções’] reside na rodem de valores preexistentes e reconhecida nos princípios do dever que regem a vida humana comunitária; elas valem independentemente de os seus destinatários as observarem e aceitarem ou não; o seu conteúdo não pode pois modificar-se pelo mero facto de se alterarem as opiniões acerca do que vale” (extraído de KAUFMANN, 2009, p. 47).

participar da vida política ou social em pé de igualdade com os homens⁴⁴⁷. Atualmente, sob o manto do patriotismo, os estrangeiros são excluídos da esfera de proteção ético-jurídica de boa parte da população mundial, inclusive de países ditos civilizados. Tudo isso nos obriga a refletir até que ponto é prudente defender que os juízes julguem com base em valores, pois, antes de mais nada, é preciso saber de que valores se está falando, já que não é qualquer valor poderá servir de fundamento ao direito⁴⁴⁸.

Há, ainda, uma peculiaridade que pode agravar ainda mais esse problema. Nos países em que os juízes constitucionais são vitalícios, como no Brasil, o processo de renovação da magistratura nacional costuma ser bastante lento, fazendo com que o poder judicial se transforme em um poder fortemente reacionário e com uma mentalidade conservadora⁴⁴⁹ (FARIA, 2002). Há diversos exemplos que confirmam o conservadorismo judicial em temas moralmente polêmicos, como o reconhecimento jurídi-

447 Para demonstrar que o preconceito contra as mulheres ainda está fortemente presente, pelo menos na sociedade brasileira, basta conferir uma decisão proferida em 2007 por um magistrado a respeito da violência doméstica. Analisando uma lei federal que punia severamente a violência praticada por homens contra as mulheres (conhecida como *Lei Maria da Penha*), o juiz deixou de aplicar a lei, alegando que seria inconstitucional. Até aí, nada de tão grave, pois os juízes brasileiros são autorizados pela Constituição Federal a exercerem o controle de constitucionalidade das leis. O problema foi a fundamentação por ele utilizada para justificar sua decisão. Invocando uma interpretação pessoal da Bíblia, o juiz argumentou que a referida lei seria uma “heresia manifesta” porque “fere a lógica de Deus”. Para ele, a desgraça humana teria começado no Éden, por causa da mulher. E o pior: “para não se ver eventualmente envolvido nas armadilhas dessa lei absurda, o homem terá de se manter tolo, mole, no sentido de se ver na contingência de ter de ceder facilmente às pressões”.

448 A propósito, é assustador perceber o quão facilmente os juristas nazistas invocavam a ética para justificarem as doutrinas jurídicas mais violadoras da dignidade humana. Assim, por exemplo, Hans Welzel, que tinha um forte vínculo com o nacional-socialismo, sempre enfatizava a “ética construtiva do direito penal”, observou que o direito penal tinha um papel fundamental em inculcar “valores duradores” na consciência alemã, elevando “as atitudes éticas de todos os membros da comunidade”, assinalando: “*La lealtad havia el Volk, el Reich y sus dirigentes, la obediencia a la autoridade del estado, la prontitud en defender su propio país, lo verdadero en los juramentos, el decoro sexual, el respeto a la vida, la salud, y la libertad de los demás, la honestidad respecto de la propiedad de los demás, la probidad en las transacciones, y así sucesivamente*». Por sua vez, Wilhelm Sauer dizia que “*una ley penal sana [debe] tener los más elevados valores éticos asomándose en ella, para preservar la sanidad del sentimiento popular; particularmente en sentido moral, y para contribuir a la mejoría y al avance del Volk*” (MÜLLER, 2009, p. 117/118).

449 Especialmente no texto “As transformações do Judiciário em face de suas responsabilidades sociais”.

450 STF, RE 397.762, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 03/06/2008. Em síntese, o caso envolvia o direito de uma mulher que viveu, por trinta e sete, em união estável com um servidor público, tendo com ele novo filhos, de receber a pensão por morte por ele deixada. O detalhe é que o instituidor da pensão era casado há mais de quarenta anos, tendo onze filhos com sua esposa. Como a instituição responsável pelo pagamento da pensão por morte entendeu que apenas a esposa oficial teria o direito de receber o benefício, a companheira ingressou com ação judicial requerendo a metade do benefício previdenciário. O Supremo Tribunal Federal decidiu a causa em favor da esposa oficial, conforme se observa pela ementa do julgado: “COMPANHEIRA E CONCUBINA – DISTINÇÃO. Sendo o Direito uma verdadeira ciência, impossível é confundir institutos, expressões e vocábulos, sob pena de prevalecer a babel. UNIÃO ESTÁVEL – PROTEÇÃO DO ESTADO. A proteção do Estado à união estável alcança apenas as situações legítimas e nestas não está incluído o concubinato. PENSÃO – SERVIDOR PÚBLICO – MULHER – CONCUBINA – DIREITO. A titularidade da pensão decorrente do falecimento de servidor público pressupõe vínculo agasalhado pelo ordenamento jurídico, mostrando-se impróprio o implemento de divisão a beneficiar, em detrimento da família, a concubina”. Pela leitura da ementa da decisão, nota-se a preocupação dos julgadores, já na primeira linha da justificativa, em encobrir seus preconceitos através da invocação retórica da “natureza científica do direito”. Não se aprofunda sobre o que se pretende dizer com a expressão “sendo o Direito uma verdadeira ciência”, mas, aparentemente, desejou-se dar um manto de neutralidade a uma decisão claramente ideológica. Outra possibilidade é compreender a pretensão de cientificidade do direito como uma exigência de rigor linguístico, no sentido de que os conceitos jurídicos não poderiam ser alterados ao bel prazer do intérprete ou então que o julgador deveria manter uma postura de neutralidade diante das opções legislativas. De qualquer modo, é bastante questionável – mas ao mesmo tempo sintomático – invocar a cientificidade do direito para decidir um caso como aquele, pois, sendo ou não o direito uma ciência, a solução adotada foi conservadora, preconceituosa e equivocada mesmo à luz dos cânones tradicionais da hermenêutica. Ao invés de tratar a questão como um problema de direito previdenciário, em que uma companheira economicamente dependente do segurado pretende receber a sua *pensão por morte*, o STF optou por levar a discussão para o campo do direito de família, como se o que estivesse em discussão fosse apenas o reconhecimento da validade jurídica do chamado *concubinato impuro*, que não seria protegido pelo direito civil brasileiro. Tal decisão, que não foi unânime, está alicerçada em uma fonte de equívocos, pois não levou em conta a proteção constitucional das uniões estáveis duradouras, públicas, contínua e com o objetivo de constituição de família, nem o caráter essencialmente *previdenciário* do problema em questão. A pergunta que deveria ser feita para solucionar o problema não envolve o sentido semântico do texto constitucional, mas sim o propósito normativo do benefício de pensão por morte. Referido benefício tem como finalidade principal garantir a sobrevivência daqueles que são financeiramente dependentes do provedor da família que vem a falecer e que também ajudaram o instituidor da pensão a construir o fundo financeiro necessário ao pagamento do benefício. A mulher “não oficial” também ajudou o funcionário público a pagar as devidas contribuições previdenciárias. Graças a ela, ele pôde trabalhar sem se preocupar diretamente com a criação de nove filhos. Ela, por sua vez, não pôde trabalhar, pois teve que ficar em casa cuidando dos seus filhos, sacrificando sua vida profissional em nome da família. Além disso, as duas mulheres tiveram a mesma perda e estariam sofrendo as mesmas consequências sentimentais e financeiras, independentemente da formalização ou não da relação. Apesar disso, a mulher “não-oficial” foi tratada como a adúltera a ser apedrejada e não como uma companheira necessitada que merece acolhida. Não se trata, portanto, de invocar apenas uma ética do cuidado que deveria inspirar o direito previdenciário e que foi sacrificada em nome de uma moral discriminatória travestida de juridicidade. Trata-se, antes de mais nada, de prestigiar a igualdade – a exigir um tratamento igualitário para situações semelhantes – que foi completamente desprezada ao se aceitar, como fator legítimo de discriminação, um critério meramente acessório, que é uma declaração formal de casamento. Tanto a esposa oficial quanto a companheira contribuíram, com seus esforços familiares, para a construção do fundo previdenciário que gera a pensão por morte. Logo, ambas deveriam ter direito de receber o benefício.

Forças Armadas⁴⁵¹, entre inúmeros outros.

Ao se analisar a justificaco apresentada pelos julgadores em decises nas quais há fortes componentes de moralidade social envolvidos, nota-se que, muitas vezes, os magistrados dão prevalência às tradições mais conservadoras (inautênticas ou ilegítimas) em detrimento dos argumentos de princípio que deveriam pautar a atividade jurisdiccional. Certamente, a análise de algumas decises reais seria capaz de desfazer o mito de que a jurisdio  sempre um autêntico *fórum dos princípios* em que os julgadores estão preocupados com a avaliação imparcial dos argumentos de princípios, dentro de um modelo em que os direitos devem ser levados a sério. Não se trata apenas de constatar a presena das falácias argumentativas usadas no debate forense, nem mesmo das manipulações retóricas ou encenações nos júris, nem da baixa qualidade das justificaces adotadas pelos juízes, ou, o que  bem pior, das provas adulteradas pelas partes ou pela polícia para encobrir a verdade ou mesmo a corrupção, a prevaricação e a falta de independência e imparcialidade dos agentes públicos. Trata-se de reconhecer que, na prática, os juízes não seguem com absoluta precisão a exigência de guiar seus juízos pelos argumentos de princípio. Argumentos políticos tanto legítimos (como aqueles que apelam para o bem-estar social) quanto ilegítimos (como aqueles que apelam para o interesse de grupos poderosos ou razões de estado, por exemplo) ingressam no debate e costumam ser decisivos no resultado do julgamento⁴⁵².

451 STF, HC 79.285, Rel. Min. Moreira Alves, j. 31/08/1999; STM, PROC 1984.01.000106-0/DF, j. 25/10/1984.

452 Pode-se ilustrar essa afirmação com o exemplo de processuais judiciais envolvendo a questão da prostituição. Nas últimas quatro décadas, oito *habeas corpus* foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo pedidos de prostitutas que desejavam praticar o chamado *trottoir* sem serem incomodadas pela polícia. Houve cinco decises contrárias e três favoráveis às pacientes (Contrárias: STF, RHC 59.518, Relator(a): Min. CORDEIRO GUERRA, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/1982; HC 59.104, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, julgado em 03/11/1981; RHC 59.104, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Segunda Turma, julgado em 25/09/1981; RHC 54.534, Relator(a): Min. RODRIGUES ALCKMIN, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/10/1976; RHC 51.434, Relator(a): Min. ALIOMAR BALEEIRO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/1973. Favoráveis: STF, RHC 39.270, Relator(a): Min. PEDRO CHAVES, TRIBUNAL PLENO, julgado em 01/08/1962; RHC 58.974, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ, Primeira Turma, julgado em 29/09/1981; RHC 59.114, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/1981). A questão , sem dúvida, complexa e há muitos interesses em jogo. Analisando os votos contrários às prostitutas, percebe-se que todos concordavam que a prática do *trottoir* não seria crime. Apesar disso, nega-

Além do conteúdo de algumas decisões, o conservadorismo judicial se manifesta também na forma de atuação dos juízes, pois, sendo um poder tradicionalmente fechado, que não gosta de ser controlado nem vigiado, preferindo a opacidade à transparência, o Judiciário tem sido, muitas vezes, um poder elitista e antipopular⁴⁵³.

Além disso, os membros do Judiciário não costumam dialogar com outros saberes, nem com outros setores da sociedade, preferindo manter

vam o direito das pacientes com base em argumentos nitidamente de política, desconsiderando completamente o direito à liberdade de locomoção, à liberdade profissional e a própria legalidade que justificaria o poder de polícia. Os argumentos contrários invocavam razões estéticas, razões urbanísticas, razões de moralidade sexual, razões de política pública e assim por diante. Alegou-se que as prostitutas usam roupas pouco discretas e demasiadamente sedutoras; que as prostitutas tiram a tranquilidade dos bairros onde trabalham, prejudicam os negócios, pois espantam os clientes potenciais do comércio que jamais se aproximariam de uma loja em frente da qual existem prostitutas batendo ponto; que a prostituição em vias públicas não prejudica apenas a moral e os bons costumes, mas também a economia do local; que a prostituição é acompanhada de uma escória: tráfico de drogas, vício, rufianismo, malandragem, vadiagem etc...; que permitir a prostituição seria dar um péssimo exemplo para jovens inocentes que se sentirão estimuladas também a se prostituírem e assim por diante. Os temos utilizados pelos julgadores são os mais preconceituosos possíveis. A prostituição seria uma “agressiva forma de provocação social”; as prostitutas seriam “hetairas”, “messalinas”, “meretrizes”, “indecorosas”, “escandalosas”, “antisociais”, “parasitárias”, o espelho da “decadência humana, vendendo o seu amor a qualquer um que aceite o seu convite”. O que se nota é que não há nenhuma preocupação de levar a sério o direito das mulheres. Aliás, seria possível, sem dúvida, invocar argumentos de princípios que talvez até pudessem levar ao indeferimento dos *habeas corpus*. Poder-se-ia alegar que a prostituição é uma atividade que retira a dignidade da mulher, na medida em que a prostituta é vista como um mero objeto para a satisfação da lascívia sexual dos seus clientes, reduzindo o seu valor enquanto ser humano e o seu grau de aceitação na sociedade. A prostituta, ao vender seu corpo, expondo-se como se mercadoria fosse, diminuir-se-ia na sua qualidade de pessoa, desumanizando-se, razão pela qual a prostituição deveria ser combatida e proibida. Porém, nada disso foi alegado pelos juízes do Supremo Tribunal Federal que indeferiram os *habeas corpus*. Os fundamentos para o indeferimento não se preocuparam com a dignidade da mulher. Pelo contrário. Os juízes ignoraram completamente a violência policial que notoriamente era praticada contra as prostitutas, à margem da lei, virando as costas para aquelas mulheres que eram violentadas diariamente de várias formas tanto por agentes do próprio estado quanto pela sociedade. Os julgadores preferiram indeferir o *habeas corpus* com argumentos que não enfrentavam diretamente a questão de princípio e que não tinham nenhum suporte jurídico de validade, nem formal, nem material.

453 Aliás, o problema parece começar já no acesso à Faculdade de Direito, pois, como um dos requisitos para a investidura no cargo de juiz é ser bacharel em direito, é natural que, sendo o acesso à universidade elitista, também o acesso à magistratura reflita esse aspecto, especialmente porque, nos concursos para a magistratura, o conhecimento exigido é um conhecimento técnico e pouco preocupado com a dimensão ética da atividade jurídica. O resto é intuitivo. A esse respeito, não se pode deixar de mencionar o famoso panfleto de Duncan Kennedy, criticando o ensino jurídico norte-americano. Segundo Kennedy, a educação jurídica, ao valorizar um tecnicismo que escamoteia o aspecto político do direito, contribuiria para a reprodução de uma hierarquia social comprometida culturalmente com os princípios básicos do capitalismo (KENNEDY). Embora a crítica de Duncan Kennedy seja geograficamente situada, não há dúvida de que muitas de suas observações podem ser estendidas à realidade brasileira. Sobre isso: MACHADO, 2006, p. 225-244).

uma distância e um isolamento cognitivo autocentrado em si mesmo e ao círculo restrito de alguns “amigos da corte”. Isso sem falar que muitos magistrados vivem em uma realidade muito diferente da realidade vivida por boa parte da população e não costumam se sensibilizar com os “gritos das ruas”⁴⁵⁴. A pompa judicial, que é simbolizada nas vestimentas talares, nas salas de audiência em que a cadeira do juiz ocupa o local mais elevado, nas suntuosas fachadas dos fóruns, no modo de tratamento formal e impessoal, na linguagem empolada cheia de expressões honoríficas, costuma ser ostensiva, como se fosse algo inerente ao cargo e não uma criação artificial para reforçar a autoridade da função judicial⁴⁵⁵.

Esse distanciamento dos julgadores em relação à sociedade gera algumas situações curiosas que, incrivelmente, não provocam nenhum estranhamento no meio forense: juízes vestidos de paletó de linho julgando se pessoas em situação de miserabilidade têm o direito de ganhar um salário mínimo de benefício assistencial; juízes com os melhores planos de saúde privados decidindo se o estado deve custear um medicamento vital para um paciente pobre; magistrados que moram em confortáveis residências apreciando o pedido de mutuários que estão sendo despejados pelo não pagamento da prestação do financiamento habitacional; juízes decidindo a antijuridicidade do crime famélico depois de desfrutarem de uma farta refeição nos melhores restaurantes e assim por diante.

454 Em um polêmico julgamento, envolvendo a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, aprovada com ampla adesão popular, o ministro Gilmar Mendes, do STF, chegou a enaltecer o anti-populismo como uma virtude da jurisdição constitucional, defendendo arduamente que o juiz não deveria “buscar o aplauso fácil das ruas” em nome de um *ethos* contra-majoritário da corte constitucional (voto proferido no RE 630.147/DF – Lei da Ficha Limpa). Parece-me que, nesse ponto, é preciso não radicalizar, pois o anti-populismo judicial, totalmente indiferente às expectativas sociais e alheio aos valores emergentes da sociedade, é tão nefasto quanto à demagogia política, que coloca a opinião pública, mesmo a opinião pública manipulada e mal-informada, num pedestal de validade incompatível com os princípios de justiça.

455 A respeito disso, Richard Posner observou que a pompa judicial é um esforço consciente de tornar o direito mais imponente do que seria se tratado puramente como um método de investigação racional. O que se pretende, em última análise, é impressionar os litigantes e o público: *“the impressive courtroom, with the judge sitting at an elevated bench and in uniform, and addressed with honorifics unusual in democratic society: all a conscious effort to make law more impressive than it would be if treated purely as a method of rational inquiry. That the point is indeed to impress the litigants and the public, rather than the judges, is suggested by the fact that judges do not wear robes when actually deliberating or making their decisions; and sitting behind a raised bench and being addressed with exaggerated deference are hardly humbling experiences for a judge”* (POSNER, 1993, p. 127).

O abismo social que separa os juízes dos jurisdicionados vai acarretar alguns posicionamentos jurisprudenciais bastante reveladores do contraste, como a falta de compreensão no julgamento de algumas lides envolvendo pessoas pobres, seja na concessão de benefícios assistenciais e previdenciários, ou até mesmo no arbitramento de dano moral, decorrente, possivelmente, de uma falta de empatia entre os julgadores e os jurisdicionais pobres⁴⁵⁶.

456 Analisando algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, encontram-se contradições visíveis nos parâmetros da fixação do valor da condenação. Uma indenização decorrente da morte de um familiar causada por uma chacina policial (STJ, REsp 1.124.471/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, julgado em 17/06/2010 – Caso “Chacina da Baixada”; indenização de R\$ 100.000,00 aos pais da vítima, de R\$ 50.000,00 aos irmãos da vítima e a quantia de R\$25.000,00 ao sobrinho da vítima) ou da morte de um preso em estabelecimento prisional (STJ, AgRg no REsp 1.124.835/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 04/05/2010 – indenização por dano moral decorrente de morte de preso em estabelecimento carcerário fixada em R\$ 27.500,00 para cada filha da vítima), por exemplo, é fixada em montante inferior a uma morte causada por erro médico (STJ, AgRg no REsp 1.037.348/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, julgado em 04/08/2011 – dano moral decorrente de erro médico fixado em R\$ 380.000,00). Trata-se claramente de uma situação absurda na medida em que um dano intencionalmente causado, de forma covarde, por agentes do estado (chacina) gera uma indenização menor do que um dano causado de forma involuntária (erro médico). Aliás, inexplicavelmente, a morte decorrente de acidente de ônibus (STJ, REsp 330.288/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julgado em 27/06/2002 – dano moral decorrente de acidente de ônibus com morte de passageiro fixado em duzentos salários mínimos) confere um direito à indenização menor do que a morte causada por acidente de avião (STJ, REsp 41.614/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, julgado em 21/10/1999 – dano moral decorrente de acidente de avião com morte passageiro fixado em quinhentos salários mínimos). Pedidos de indenização decorrentes de tratamento desumano a presidiários, em razão das péssimas condições físicas e sanitárias do estabelecimento carcerário, aliados à superlotação das celas, são indeferidos sob o argumento (político e não de princípio) de que não resolverão o problema do sistema prisional brasileiro e não há dinheiro para pagar a todos os presos que sofrem com a situação (STJ, REsp 962.934/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 13/04/2010). Por outro lado, pedidos de indenização por dano moral decorrente do extravio de bagagens em viagens ao exterior ou atraso de voo internacional são concedidos em montantes que variam de R\$ 10.000,00 a R\$ 30.000,00 [Por exemplo: STJ, REsp 888.751/BA, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 25/10/2011 (dano moral por extravio de bagagem fixado em R\$ 20.000,00); AgRg no AREsp 13.010/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011 (dano moral decorrente de extravio de bagagem fixado em R\$ 15.000,00); AgRg no AREsp 13.010/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 09/08/2011 (dano moral decorrente de atraso de voo fixado em R\$ 15.000,00)]. Há, inclusive, julgados que expressamente afirmam que a “capacidade econômica da vítima” deve ser aferida para calcular o dano moral, como se a moral de uma pessoa rica valesse mais do que a moral de uma pessoa pobre. Tornou-se comum, na doutrina e na jurisprudência, citar os seguintes critérios para o arbitramento do dano moral: (i) a gravidade do dano; (ii) o grau de culpa do ofensor; (iii) a capacidade econômica da vítima; e, (iv) a capacidade econômica do ofensor. O Superior Tribunal de Justiça, em alguns julgados, faz menção à capacidade financeira ou a posição social do ofendido como fator relevante na quantificação do dano moral. Por exemplo: STJ, AgRg no AREsp 60.305/CE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011; STJ, AgRg no Ag 1379128/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/06/2011,

Além disso, com o aumento de poderes da jurisdição constitucional, aumenta-se também a cobiça política pelos cargos judiciais e a respectiva *captura* dos juízes constitucionais pelos grupos de poder. Dito de modo mais claro: há um perigo concreto de *aparelhamento* político, econômico e ideológico dos postos estratégicos do Poder Judiciário e, com isso, os julgadores também passarão a adquirir algumas características próprias do ambiente político. Grupos de interesse, para vencerem a disputa judicial, passarão a ambicionar cargos no Judiciário e lutarão para os preencherem com aqueles que se identificam com a sua ideologia e estejam dispostos a decidirem conforme sua vontade. Afinal, como sugeriu Beard, “*if five lawyers can negative the will of 100,000,000 of men, then the art of government is reduced to the selection of those five lawyers*” (BEARD, 1912, p. 6). Com o passar do tempo, isso certamente acarretará a *politização da juridicidade*⁴⁵⁷: os próprios juízes tornar-se-ão partidários ou defensores de ideologias específicas e usarão todas as artimanhas do jogo político para vencerem uma discussão. Caso isso venha a ocorrer, a solução dos problemas jurídicos passará a ser obtida não com base nas razões que melhor espelhem a ideia *de direito* (fundada em princípios), mas sim pela conformação do grupo politicamente mais fraco, que terá que conceder em alguns pontos, ainda que seus argumentos sejam melhores, exatamente como ocorre no meio político-partidário. Assim, a suposta “independência e imparcialidade” e a busca de uma intencionalidade de justiça das decisões, que eram as notas características do Judiciário e o que dava uma suposta vantagem qualitativa em relação aos demais poderes, desapareceriam e, uma vez ocorrendo isso, a jurisdição perderia toda a sua razão de ser, já que teria se tornado tão cheia de vícios quanto as instituições políticas que ela se propõe a controlar.

Ainda no que se refere à seleção das pessoas que comporão os órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional, a influência política no

DJe 09/06/2011; AgRg no Ag 1.072.844/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/05/2011; REsp 1.150.371/RN, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2011, entre vários outros.

457 A expressão é de Castanheira Neves, que certamente incluiria o fenômeno dentro do que ele chama de *funcionalismo político*, onde o direito perderia a sua autonomia intencional para assumir uma instrumentalidade política, seja nos critérios e objetivos, seja na função e fundamentos. A perspectiva *jurisprudencialista* defendida por Castanheira Neves critica fortemente o funcionalismo político, por retirar do direito todo o seu sentido ético.

processo de escolha poderá desestimular os melhores candidatos ao posto, que se sentirão constrangidos a participarem do jogo de bastidores que costuma estar por trás das nomeações⁴⁵⁸. Afinal, em um modelo institucional (tal qual o brasileiro) onde o que mais conta para ser nomeado a um alto cargo do Judiciário é o “capital político”, é óbvio que aqueles que possuem mais “afinidades” com os que estão no poder terão mais chances de ser indicados⁴⁵⁹. E essas “afinidades”, numa perspectiva realista, não consistem apenas em admiração intelectual pelo notório saber do candidato, mas sim nos compromissos que o futuro magistrado estará disposto a honrar. Com isso, o acesso aos mais relevantes cargos judiciais, aqueles que justamente terão a “última palavra” sobre as matérias mais importantes, torna-se um jogo sujo que poucas pessoas virtuosas estão dispostas a enfrentar. Nessa jornada “rumo ao poder”, os idealistas “fracos” e “ingênuos” ficam pelo caminho, encerrando suas pretensões precocemente. Por outro lado, aqueles que estão dispostos a tudo para alçar voos mais altos não terão qualquer pudor em usar a sua carreira para realizar suas ambições. Para esses magistrados, a meta não é bem julgar, nem mesmo construir uma história de vida, nem serem reconhecidos pelas virtudes de independência, imparcialidade e equidade tão caras à judicatura. Alcançar o poder já é o ponto de chegada, e uma vez alcançado o objetivo, só resta aproveitar a situação.

458 Ressalte-se que essa crítica não se aplica, no modelo brasileiro, aos juízes de primeira instância, cuja nomeação independe de fatores políticos, já que decorre de um concurso público de provas e títulos. Mesmo havendo vários problemas nesse processo seletivo, não se pode questionar que a investidura mediante concurso público garante uma maior independência funcional do que a investidura mediante nomeação política. Isso não nos impede de reconhecer problemas na carreira – como as promoções por merecimento, para ficar apenas com um ponto menos polêmico – que podem gerar uma fissura na independência judicial. Também não nos impede de reconhecer que até mesmo o modelo de concurso tem um seu viés elitista (e excludente), sobretudo quando se sabe que, para alcançar êxito, não basta apenas ter talento, mas também tempo para desenvolver a habilidade necessária a dominar as técnicas de avaliação. Esse tempo é tanto mais bem aproveitado quanto maior for a capacidade de investimento em educação específica (cursos preparatórios), compra de livros e tranquilidade material e psicológica para realizar um bom teste, o que demanda não apenas esforço intelectual, mas também disponibilidade econômica.

459 De acordo com o artigo 101, da CF/88, os onze ministros do Supremo Tribunal Federal são “escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”. A escolha compete ao Presidente da República, devendo o candidato ser submetido a uma sabatina prévia no Senado Federal.

Não se está aqui lançando nenhuma crítica individual a qualquer pessoa em particular, mas sim ao sistema de indicação como um todo, que tende a favorecer os mais ambiciosos e politicamente engajados. A esse respeito, Hayek, no seu *"The Road to Serfdom"*, já alertava que, em regimes pouco democráticos e que valorizam o aspecto político no preenchimento dos cargos públicos, os mais descarados e os pouco escrupulosos tendem a ser bem-sucedidos, pois são capazes de tudo, inclusive a renunciarem a seus princípios éticos, para agradarem aos que estão no poder. Os mais independentes, com fortes convicções morais e dispostos a enfrentar os poderosos em nome de seus ideais, dificilmente serão atraídos para as posições estratégicas, pois não estão dispostos a fazer coisas contrárias à sua consciência para se promoverem⁴⁶⁰ (HAYEK, 2009, p. 169/187).

Portanto, se se ataca a representação política por considerar que os parlamentares não possuem idoneidade moral para bem representar o povo, se se discute as reais intenções por detrás da aprovação de uma lei, se se questiona a influência de grupos econômicos no processo legislativo, o mesmo se poderia dizer da jurisdição, pois a crise de legitimidade/eticidade das instituições públicas atinge a todos os órgãos indistintamente, inclusive o Judiciário. Por tudo isso, os juízes não teriam autoridade moral para agirem como uma espécie de "superego" da sociedade, impondo as suas convicções éticas para o restante da população como se fossem semideuses infalíveis ou os únicos donos da verdade⁴⁶¹.

Esse tipo de objeção, dada a dose de realidade a ela subjacente, é bastante difícil de refutar, e não é minha pretensão refutá-la, embora não se possa deixar de lembrar a heurística da disponibilidade que pode distorcer a nossa visão da realidade. Basta que se diga que o modelo de jurisdição alicerçada em um consentimento ético-jurídico, comprometido com um projeto de expansão do círculo ético, a ser desenvolvido com

460 Especialmente capítulo 10 ("Porque os piores estão no topo").

461 A metáfora do "judiciário como superego da sociedade" foi desenvolvida pela pensadora alemã Ingeborg Maus. Referida autora fez uma profunda crítica ao papel da Corte Constitucional alemã que, após a Segunda Guerra Mundial, havia adotado a imagem de uma figura paterna, perante a sociedade órfã, projetada na função de moralidade pública contida no exercício da jurisdição constitucional. Para Maus, por detrás de um generoso discurso em torno dos direitos fundamentais, esconde-se, nas entrelinhas dos julgamentos, uma tentativa de domínio que pode ameaçar a autonomia dos indivíduos e a soberania do povo (MAUS, 1999, p. 183-202).

mais detalhes no próximo capítulo, também reconhece os vícios morais da jurisdição e, por isso mesmo, defende um modelo de proteção jurídica que valorize o sujeito ético e não as instituições. Isso significa retirar dos juízes, dos legisladores e dos governantes de um modo geral o poder de decidir pelo sujeito ético, pelo menos naquelas questões que dizem respeito ao sujeito ético. Significa também desenvolver um modelo decisório alicerçado na alteridade, em que o que mais conta é a dignidade do outro e não a do próprio decisor, conforme se verá.

Por enquanto, prosseguindo com as objeções à jurisdição, vale explorar as objeções no nível institucional ou operacional.

4.2.3 Objeções institucionais (relativas aos problemas prático-operacionais da jurisdição)

Além das objeções políticas e morais, outros problemas de natureza operacional-institucional poderiam ser levantados contra a jurisdição, relativos não apenas à estrutura do Poder Judiciário, mas também ao próprio modelo decisório.

Pode-se mencionar, por exemplo, o alto custo do processo judicial, já que o acesso à justiça, de um modo geral, é caro. Para o cidadão pobre, com poucos recursos para contratar um bom advogado e para saber manipular o tempo processual a seu favor, o poder judicial pouco tem a contribuir. Mesmo quando se investem em mecanismos institucionais de acesso à justiça, como assistência judiciária gratuita ou benefícios probatórios, ainda assim a chance de sucesso de uma vitória judicial é menor do que a chance de sucesso quando se tem dinheiro⁴⁶².

462 Por outro lado, também o acesso ao Poder Legislativo é caro. Aliás, bem mais caro do que o acesso ao Poder Judiciário. A esse respeito, Dworkin, em defesa do *judicial review*, assim se manifestou: “O acesso aos tribunais pode ser caro, de modo que o direito de acesso é, dessa maneira, mais valioso para os ricos do que para os pobres. Mas como, normalmente, os ricos têm mais poder sobre o Legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do Legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres. Membros de minorias organizadas, teoricamente, têm mais a ganhar com a transferência, pois o viés majoritário do Legislativo funciona mais severamente contra eles, e é por isso que há mais probabilidade de que seus direitos sejam ignorados nesse fórum. Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas” (DWORKIN, 2001, p. 32).

A incapacidade estrutural do Poder Judiciário para assumir uma função tão abrangente também é outro problema grave. Como as atuais constituições e declarações de direitos possuem uma pretensão totalizante, ou seja, desejam regulamentar a vida social de forma detalhada⁴⁶³, é natural que ocorra uma banalização ou inflação normativa do discurso constitucional, ou um “cansaço dos direitos fundamentais” (GRIMM, 2006, p. 86). As pessoas passarão a encarar o Judiciário como uma espécie de refúgio para fazer valer seus interesses, “apostando” na via judicial mesmo que sua pretensão seja dúbia e com pouca chance de sucesso. Isso certamente gerará um excesso de demanda ou, como chamam os processualistas, uma explosão de litigiosidade⁴⁶⁴. O excesso de demanda ocasionará uma sobrecarga de trabalho judicante, e os juízes, preocupados com a eficiência e com a celeridade, terão que julgar os processos “a toque de caixa”, talvez até mesmo tendo que delegar alguns atos de jurisdição para assessores⁴⁶⁵. A consequência natural disso é a diminuição da qualidade

463 Segundo Virgílio Afonso da Silva, esse modelo de Constituição, conhecido como Constituição-total, pretende não somente dirigir toda a atividade estatal, mas também moldar e definir a organização social como um todo. Isso significa que todo o direito infraconstitucional passa a ser rebaixado automaticamente à condição de mera concretização da constituição e toda relação jurídica passa a ser diretamente regulada por ela (SILVA, 2005, p. 124). No Brasil, a constitucionalização do direito público e privado já é, bem ou mal, uma realidade inquestionável.

464 Sobre isso: WATANABE, 1988. A explicação dos processualistas é que a explosão de litigiosidade decorre da abertura do acesso à justiça diante de uma *litigiosidade contida*, vale dizer: várias pessoas que antes não buscavam a solução de seus conflitos no Judiciário, em razão da inacessibilidade (custos altos, demora, complexidade etc.), passam a buscar a proteção judicial e, com isso, há um aumento significativo da demanda.

465 No Brasil, o Supremo Tribunal Federal recebeu e julgou mais de cem mil processos no ano de 2007. Nos anos seguintes, esses números foram reduzidos em razão da adoção de algumas técnicas para aumentar a celeridade dos julgamentos, como a súmula vinculante e a repercussão geral. Apesar disso, o número de recursos distribuídos e julgados continua bastante elevado para um tribunal que pretende fazer o papel de corte constitucional. As estatísticas referentes ao Supremo Tribunal Federal podem ser consultadas em seu portal eletrônico. Em entrevista à Revista Veja, um ex-ministro do Supremo Tribunal Federal admitiu expressamente que o excesso de processos que chegam àquele tribunal faz com que uma boa parte das decisões fique nas mãos de assessores técnicos. Em suas palavras: “é humanamente inconcebível para um ministro trabalhar em todos os processos que recebe. Ninguém dá conta de analisar 10.000 ações. O que acontece? Você faz um modelo de decisão para determinado tema. Depois, a sua equipe de analistas reúne os casos análogos e aplica o seu entendimento. Acaba-se transferindo parte da responsabilidade do julgamento para os analistas” (*Entrevista Cezar Peluso*. In: Revista Veja edição 2172, ano 43, número 27, de 7 de julho de 2010, p. 20). Uma crítica semelhante, envolvendo a delegação dos poderes jurisdicionais para assessores, pode ser lida em Richard Posner, tendo como pano de fundo a realidade norte-americana, e foi reproduzida em: STRECK. Confira-se a passagem reproduzida de um texto de Posner: “Embora a qualidade média das decisões ju-

dos julgamentos, já que a atividade judicante tornar-se-á mecânica, massificada e realizada por juízes psicológica e fisicamente exaustos e estressados que não possuem tempo nem de se atualizar, nem de analisar as causas com o cuidado devido⁴⁶⁶. Obviamente, os argumentos utilizados pelos juízes para justificarem suas decisões – que é um ponto central no controle da legitimidade do exercício da função jurisdicional – também se tornarão cada vez mais pobres e perderão gradualmente o seu poder de convencimento, minando ainda mais a já tão debilitada confiança popular no poder judicial.

A falta de uma cultura bem consolidada de construção de precedentes também gera um déficit de qualidade na consistência dos julgados. Com certa frequência, os precedentes nascem de forma apressada, sem um devido debate em torno dos pontos centrais da controvérsia e são generalizados sem uma adequada contextualização fática. Uma decisão proferida em um caso isolado costuma ser citada em processos subsequentes semelhantes, como se fosse o posicionamento pacífico sobre a questão, ainda que a discussão não aborde os principais aspectos do conflito. Com isso, cria-se um precedente a partir do nada, sem um debate sério e profundo, e esse precedente guiará toda a interpretação futura sem que os

diciais possa não ter diminuído em consequência da atribuição de redigi-las a estagiários, a variação de qualidade diminuiu. Os estagiários de direito – que em sua maioria, são indivíduos recém-formados em direito, com referências acadêmicas extraordinárias, mas sem experiência em direito ou em qualquer outra profissão – são mais homogêneos que os juízes. A tendência à uniformidade da produção, também característica das petições redigidas pelos grandes escritórios de advocacia, encontra equivalência na evolução em direção à fabricação em massa de produtos...”. Vale ressaltar que há um equívoco nessa tradução usada por Streck, pois o *law clerk* nos EUA não equivale ao estagiário no Brasil. O *law clerk*, geralmente, é selecionado entre os melhores alunos já formados pelas mais qualificadas faculdades de direito. No Brasil, o estagiário ainda é um estudante, não necessariamente selecionado entre os melhores, geralmente incumbido de realizar atividades mais simples. Há uma grande diferença em relação ao *clerk* que, por sua qualificação, é chamado a realizar trabalhos mais complexos. Grandes juristas norte-americanos iniciaram suas carreiras jurídicas como *clerks*. Ronald Dworkin, por exemplo, foi *clerk* do famoso juiz Learned Hand. Apesar disso, a crítica a respeito da delegação da atividade jurisdicional dos juízes para funcionários subalternos é válida, tanto nos EUA quanto no Brasil. O texto de Posner, no original, encontra-se em: POSNER, 1995.

466 A esse respeito, merece ser mencionado o famoso estudo de três cientistas sociais que analisaram a influência do cansaço e da alimentação no resultado das decisões judiciais. Os juízes pesquisados atuavam na análise de pedidos de liberdade condicional em Israel. A conclusão da pesquisa é que, quando os juízes estão mentalmente cansados, há uma tendência de decidir conforme o *status quo*, ou seja, negar a liberdade condicional. Por outro lado, uma pausa para descanso e uma boa dose de glicose tendem a restabelecer a capacidade de avaliação criteriosa dos processos (DANZIGER; LEVAV; AVNAIM-PESSE).

juízes avaliem criticamente o porquê daquele entendimento⁴⁶⁷. E para agravar ainda mais o problema, nota-se uma falta de coerência argumentativa e uma despreocupação com a integridade do sistema. Um mesmo julgador mobiliza um determinado argumento em um caso, mas o afasta em uma situação semelhante em que o mesmo argumento poderia ser mobilizado, sem seguir qualquer regra de contra-argumentação. Os argumentos são descartáveis: usam-se uma única vez e depois são abandonados, como se as páginas do romance em cadeia de que trata Dworkin pudessem ser rasgadas e reescritas livremente a cada processo.

Outra séria objeção institucional contra a jurisdição refere-se à sua incapacidade de cumprir a sua autêntica vocação de controlar a validade axiológica do poder em muitas situações relevantes. Historicamente, o poder judicial tem sido inerte para impedir, concretamente, os excessos governamentais nos momentos de grande grave crise social, até porque, na maioria das vezes, os juízes se curvam às razões de estado, preferindo deixar a responsabilidade em eras de turbulência para o chefe do Executivo, renunciando à sua independência e à sua capacidade de con-

467 Uma crítica semelhante foi desenvolvida em: LOPES FILHO, 2012. Em relação aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, embora os votos costumem ser longos e precedidos de uma pesquisa doutrinária profunda, não há uma preocupação em esclarecer a *ratio decidendi* do acórdão, nem em harmonizar as diversas concepções adotadas pelo grupo vencedor. Cada ministro redige para cada caso mais polêmico seu próprio voto, justificando longamente seu ponto de vista, sem tentar harmonizá-lo com o dos demais juízes que votaram no mesmo sentido. É um verdadeiro monólogo de onze vozes. Ao final, têm-se diversas opiniões contraditórias, que seguiram fundamentos divergentes, para chegar à mesma solução. Nem mesmo a redação da ementa do julgado, que, em princípio, deveria sintetizar a *ratio decidendi*, submete-se a uma votação específica capaz de consolidar o entendimento do colegiado em um fundamento consensual. Com isso, torna-se uma tarefa praticamente impossível captar os reais fundamentos adotados pelo tribunal, especialmente naquelas questões mais importantes. Como bem apontou Conrad Hubner Mendes: “Se tentarmos levar os argumentos do STF a sério, porém, esbarramos numa outra dificuldade: argumentos ‘do tribunal’ quase nunca existem, exceto por obra de uma metáfora. Não há, exceções à parte, razões compartilhadas pela maioria dos ministros, razões que, boas ou ruins, pudéssemos generalizar como do tribunal. Se perguntarmos por que o STF decidiu um caso numa determinada direção, não raro ficamos sem resposta. Ou melhor, ficamos com muitas respostas que nem sequer conversam entre si, expressas nos votos dos 11 ministros” (MENDES, 2010). Outra metáfora interessante para se referir aos julgamentos colegiados foi desenvolvida por Oliver Wendell Holmes Jr., referindo-se à Suprema Corte dos Estados Unidos. Segundo ele, os membros daquele tribunal mais pareciam “*nine scorpions in a bottle*”, tamanha era a falta de entrosamento entre eles, aliada a uma personalidade forte (arrogância, vaidade, empáfia etc.) e a uma belicosidade intransigente para impor seus pontos de vista particulares (ver também: POSNER, 1993, p. 190).

trolar o poder⁴⁶⁸. A existência de um tribunal responsável pela guarda da Constituição, em tais situações, torna-se meramente figurativa, sem forças para limitar o arbítrio estatal e, o que é pior, contribuindo, pelo mero fato de existir, para dissimular a tirania⁴⁶⁹. Além disso, muitos juristas, em tempos difíceis, costumam ser afetados com facilidade pela *akrasia*, que é a fraqueza de vontade. Mesmo tendo consciência da perversidade de um dado regime, não têm força para vir a lutar contra o poder arbitrário ou, o que é pior, não conseguem fugir da tentação de unir-se ao *establishment*, preferindo conformar-se e adequar-se aos valores de ocasião do que guiar-se pelos princípios de justiça.

E mesmo em tempos de normalidade democrática, o poder judicial tem uma capacidade limitada de fazer valer os direitos fundamentais, sobretudo quando estamos diante de decisões de alta magnitude, como a que determina o fim da segregação nas escolas públicas ou o respeito aos homossexuais ou a efetivação de direitos econômicos, sociais e culturais etc. Nessas situações, o Judiciário torna-se impotente para implementar a sua decisão sem o apoio da sociedade ou dos demais poderes oficiais, de modo que não se deve superdimensionar a importância da jurisdição, pois a transformação da sociedade não depende apenas de decisões judiciais⁴⁷⁰. Mesmo decisões bem fundamentadas, convincentes e princi-

468 Durante a ditadura militar, o mecanismo utilizado pelo governo brasileiro para suprimir as liberdades públicas foi extremamente simples. Não foi preciso revogar a Constituição, nem mesmo decretar formalmente o fim dos direitos fundamentais. Bastou incluir, no famigerado Ato Institucional n. 5º, de 13 de dezembro de 1968, uma cláusula dizendo que os atos elaborados pelo regime militar ficariam excluídos da apreciação judicial (art. 11). Com isso, o Poder Judiciário ficou de mãos atadas diante das atrocidades praticadas pelo governo, sem força para proteger as normas constitucionais que, apesar de tudo, continuavam vigentes, embora sem eficácia, já que foram neutralizadas pelos atos institucionais.

469 Na história institucional brasileira, que viveu cerca de 40 anos de ditaduras e muitos momentos de hipertrofia do Poder Executivo, quando mais se precisou de um órgão para limitar o arbítrio estatal, menos se pôde contar com o Poder Judiciário. Por tudo isso, já houve quem defendesse que o órgão que mais faltou à república não foi o Congresso, mas o Supremo Tribunal Federal. A frase é atribuída à João Mangabeira, cf. BALEEIRO, 1968, p. 69.

470 A título de exemplo, em uma ação em que estava em jogo o valor do salário mínimo (STF, ADI 1458/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 20/9/1996), o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da legislação aplicável, por entender que o valor fixado seria insuficiente para suprir as necessidades básicas prevista no texto constitucional. A decisão, porém, não surtiu qualquer efeito prático, uma vez que o Supremo Tribunal Federal limitou-se a reconhecer a omissão constitucional sem determinar qualquer medida concreta para remediar a situação. Eis o frustrante trecho da ementa: “A procedência da ação direta de inconstitucionalidade por

piologicamente guiadas podem se tornar uma mera folha de papel sem qualquer poder de mudar o mundo se não houver um compromisso mais amplo para fazer valer o direito⁴⁷¹.

omissão, importando em reconhecimento judicial do estado de inércia do Poder Público, confere ao Supremo Tribunal Federal, unicamente, o poder de cientificar o legislador inadimplente, para que este adote as medidas necessárias à concretização do texto constitucional. Não assiste ao Supremo Tribunal Federal, contudo, em face dos próprios limites fixados pela Carta Política em tema de inconstitucionalidade por omissão (CF, art. 103, § 2º), a prerrogativa de expedir providimentos normativos com o objetivo de suprir a inatividade do órgão legislativo inadimplente” (STF, ADI 1458 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 23/05/1996). Aliás, esse parece ser um típico defeito da jurisdição constitucional concentrada e abstrata, que tem sido tão valorizada no Brasil. O Supremo Tribunal Federal, ao analisar abstratamente a proteção dos direitos fundamentais, tem sido bastante generoso para reconhecer a força normativa da constituição e tem proferido decisões memoráveis a respeito, por exemplo, do direito de greve dos servidores públicos, à liberdade de expressão, aos direitos econômicos, sociais e culturais etc. No entanto, quando se analisam questões pontuais, envolvendo problemas concretos em que esses direitos entram em jogo, a proteção judicial deixa de ser tão eloquente e o discurso se torna nitidamente repressivo. O exemplo do direito de greve dos servidores públicos ilustra bem esse fenômeno. Apesar de o STF haver reconhecido abstratamente, através de mandado de injunção, a possibilidade do exercício do direito de greve no serviço público, mesmo não havendo lei específica regulamentando a questão, o certo é que, quando surgem casos concretos, envolvendo o exercício desse direito, a resposta da cúpula do Judiciário costuma ser contrária aos servidores públicos. Do mesmo modo, o STF possui memoráveis decisões em favor da liberdade de expressão no controle abstrato que dignificam a democracia brasileira, como o julgamento da ADPF 130/DF, em que foi reconhecida a não-recepção da lei de imprensa aprovada durante a ditadura militar ou a ADIN 4455/DF, onde foi reconhecida a inconstitucionalidade de lei que limitava a liberdade humorística durante as eleições. Porém, no âmbito do controle concreto, o STF tem proferido decisões pontuais que prejudicam bastante a liberdade de imprensa, geralmente envolvendo a honra de políticos (Caso Garotinho e Caso Sarney). Em matéria de liberdade de expressão, há um perceptível liberalismo no abstrato e um conservadorismo no concreto.

- 471 A esse respeito, vale invocar um famoso *leading case* em matéria de efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais: o caso Grootboom, julgado pela Corte Constitucional sul-africana. No referido caso, diversas famílias que ocupavam por vários anos uma propriedade privada foram despejadas de maneira totalmente desumana, levando a Corte Constitucional sul-africana proferir uma contundente decisão a favor do direito de moradia, tendo afirmado o seguinte: “Esse caso demonstra o desespero de centenas de milhares de pessoas que vivem em condições deploráveis pelo país afora. A Constituição obriga o Estado a agir positivamente para amenizar essas condições. A obrigação consiste em providenciar acesso à moradia, saúde, comida e água suficientes e previdência social para os necessitados e seus dependentes. O Estado deve também promover as condições que permitam que os cidadãos obtenham acesso à terra de modo equitativo. Os que necessitam têm o direito correspondente de exigir judicialmente o cumprimento dessas obrigações. É inquestionável que é uma tarefa extremamente difícil para o Estado cumprir essas obrigações na situação que prevalece em nosso país. Aliás, isso é reconhecido pela Constituição a qual expressamente dispõe que o Estado não é obrigado a gastar mais do que tem ou implementar esses direitos imediatamente. Assinalo, contudo, que apesar disso, trata-se de direitos, e a Constituição obriga o Estado a dar efetividade a eles. Essa é uma obrigação que o Tribunal pode, nas circunstâncias apropriadas, exigir o cumprimento”. A decisão mereceu efusivos elogios da comunidade jurídica internacional, tendo sido recebido como uma lição da África do Sul para o resto do mundo, na medida em que teria conseguido unir dois princípios aparentemente antagônicos: os valores democráticos – que recomendam que as políticas públicas sejam implementadas prioritariamente pelo Legislativo e pelo Executivo – e a possibilidade de efe-

No mesmo sentido, focando a experiência constitucional norte-americana, Bruce Ackerman sustentou que os defensores do *judicial review* supervalorizam a importância dos órgãos judiciais, sugerindo que esses órgãos seriam capazes, por si sós, de ocasionar profundas revoluções constitucionais quando, na verdade, seu poder de transformação é muito menor do que se imagina. Para Ackerman, que foca sua análise na história constitucional norte-americana, mesmo em questões-chave, como o fim da segregação racial, em que a Suprema Corte assumiu a frente da defesa da igualdade, sobretudo a partir do caso *Brown v. Board of Education*⁴⁷², a implementação das decisões judiciais sobre o assunto somente foi possível após o apoio decisivo do governo federal, especialmente do Presidente John Kennedy. Antes desse apoio direto e intenso do Executivo, a Suprema Corte teria fracassado em transformar o entendimento de *Brown* em realidade viva em boa parte do país, especialmente no sul. (ACKERMAN, 2007, p. 1762/1771; 2006, p. 151/152).

A impotência do Judiciário para dar respostas efetivas em temas sensíveis e polêmicos e o risco do desprestígio que tal situação pode gerar são os principais motivos pelos quais Castanheira Neves prefere deixar o Judiciário de fora das chamadas “grandes questões”, especialmente onde a consciência jurídica ainda não está bem consolidada⁴⁷³. Na sua ótica, o juiz deveria ser abster de tomar posição “em questões para que não está

tivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais (SUNSTEIN, 2001). O referido artigo também pode ser encontrado em: SUNSTEIN, 2001. A Corte, embora tenha deixado claro que o direito à moradia não dá aos cidadãos o poder de exigir uma casa do poder público, reconheceu que o estado deveria agir de alguma forma para concretizar esse direito, ou seja, o Judiciário, diante da omissão estatal, deveria agir para forçar o cumprimento da constituição. Apesar da decisão, proferida no ano 2000, Irene Grootboom que encabeçou a ação morreu na miséria, sem uma moradia digna, em 2008 (http://en.wikipedia.org/wiki/Irene_Grootboom). Até o fim de sua vida, Grootboom lutou para que seu direito fosse implementado, sem sucesso, de modo que as belas palavras contidas na decisão judicial e o entusiasmo acadêmico gerado por conta daquele julgado tiveram uma força meramente simbólica, mas não foram capazes de ter qualquer impacto concreto na vida real da família Grootboom.

472 *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). On-line: <http://tinyurl.com/b5ft37l>

473 Eis suas palavras: “sobretudo no caso das ‘grandes questões’, aquelas que impliquem opções importantes de cunho também religioso, ético ou político num contexto problemático, ou sempre que se esteja perante questões cuja solução convoque mais razões de oportunidade do que fundamentos de validade, o ‘princípio democrático’ justificará que o decidente jurídico assuma uma ‘auto-limitação’ (no sentido da *judicial self-restraint*) a favor do legislador, vendo nessas questões ‘questões políticas’ (em termos análogos aos da *Political-question-doctrine* americana) a que se absterá de impor uma solução juridicamente decisória” (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 236/237).

preparado institucionalmente, nem é funcionalmente competente – i.é, que também não se enquadrem verdadeiramente no sentido do juízo jurídico jurisdicional – e em que só correria o risco de menor legitimação e autoridade, e mesmo de fomentar a perda de confiança social no seu poder ou função, pela forte discutibilidade da decisão ou pela oposição que suscitaria qualquer que ela fosse”. (CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 237).

O problema é que as “grandes questões”, em geral, são questões que exigem uma solução de direito, pois, afora algumas grandes questões de índole estritamente existencial (religiosas, artísticas, ideológicas, afetivas etc.), as três condições de emergência do direito, quase sempre, estarão presentes, exigindo uma solução jurídica válida (axiologicamente válida)⁴⁷⁴. Questões relacionadas à liberdade, à vida, à igualdade, à limitação do poder, à solidariedade, à proteção do meio ambiente, à bioética, à genética, envolvem, em maior ou menor medida, uma controvérsia prática de convivência intersubjetiva em que pessoas diferentes reivindicam soluções diferentes, cada qual mobilizando fundamentos e critérios que, em suas respectivas óticas, correspondem ao sentido do autêntico direito. Diante disso, apresentam a referida controvérsia a um terceiro imparcial (o juiz), de quem esperam uma resposta judicativa válida. Essa resposta-juízo-decisão, em linha de princípio, será microscópica, porque tem em mira resolver apenas aquela controvérsia e não todos os problemas semelhantes da sociedade. Mas terá um efeito transcendental, sobretudo se houver uma preocupação com a validade, pois um dos elementos estruturantes do direito é a sua pretensão de igualdade, de integridade, de consistência e de coerência, dentro daquilo que se pode chamar de universabilidade do juízo decisório. É bastante difícil – e aparentemen-

474 No seu texto “O Direito Interrogado pelo Tempo Presente na Perspectiva do Futuro”, Castanheira Neves procura estabelecer limites mais precisos ao tentar definir o que é um “problema de direito”, invocando três condições que devem estar presentes para justificar uma solução jurídica. Na sua ótica, estaremos diante de um problema de direito – a exigir uma solução de direito – se, e só se, relativamente a uma concreta situação social estiver em causa, e puder ser assim objeto e conteúdo de uma controvérsia ou problemas práticos, “uma inter-acção de humana de exigível correlatividade, uma relação de comunhão ou de repartição de um qualquer espaço objectivo-social em que seja explicitamente relevante a tensão entre a liberdade pessoal ou a autonomia e vinculação ou integração comunitária e que convoque num distanciador confronto, já de reconhecimento (a exigir uma normativa garantia), já de responsabilidade (a impor uma normativa obrigação), a afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético)” (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 71).

te incoerente – defender uma abstenção jurídica nas grandes questões, especialmente naquelas que geram controvérsias intersubjetivas reais. Por isso, a fuga das “grandes questões” não parece ser compatível com a responsabilidade que o jurisprudencialismo transfere à função jurídica, nem com a necessária densificação normativa da ideia de respeito à pessoa que constitui o sentido do direito. Há questões (“grandes questões”) que o Judiciário não pode se omitir, porque são problemas jurídicos – e problemas jurídicos de alta relevância para o sentido do direito, especialmente ligadas à liberdade e à igualdade. Se o juiz tem a missão de exercer uma função crítica em relação ao exercício do poder, precisará, em alguns momentos, enfrentar o poder dominante, inclusive em temas sensíveis, e, aliás, essa é a própria essência da perspectiva jurisprudencialista. Assim, é difícil conciliar a função de controle da jurisdição com a proposta de autocontenção nas grandes questões⁴⁷⁵. Mesmo quando se adota uma perspectiva microscópica da jurisdição, a decisão judicial proferida em um determinado caso concreto poderá adquirir a força de precedente e, portanto, inevitavelmente acarretará um grande impacto em toda a sociedade. Qualquer solução que for dada a casos específicos envolvendo a segregação racial, o aborto, a eutanásia, a liberdade de expressão, a liberdade religiosa e assim por diante forçosamente afetarão toda a comunidade⁴⁷⁶.

Afinal, como evitar de enfrentar as grandes questões se os problemas jurídicos envolvem uma concreta situação social em que “seja explicitamente relevante a tensão entre a liberdade pessoal ou a autonomia” ou então “a afirmação ética da pessoa (do homem como sujeito ético)”

475 Citando o próprio Castanheira Neves, pode-se dizer o que se segue: “Compreende-se, portanto, que o sujeito possa abster-se ou tenha mesmo de abster-se de concluir cognitivamente, por isso que, estando o objecto para além dele, bem pode acontecer que o objecto se fure temporária ou até definitivamente à apreensão; mas já se não compreende a abstenção ética, uma vez que o comportamento leva em si o seu valor ou desvalor, imediatamente vivido (‘compreendido’) tanto pelo seu autor, como por todos os partícipes na mesma comunidade ética. Pelo que a abstenção, a suspensão da acção e do juízo, é sempre no domínio ético ou farisaísmo ou imoral abdicação. Temos para nós ser este inclusivamente o fundamento ético em que encontra validade o imperativo dirigido a todo juiz – e que alguns direitos positivos enunciam – de decidir sempre, excluindo-lhe a possibilidade do *non liquet* jurídico” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 472/473).

476 Isso sem falar que o direito contemporâneo possui instrumentos de tutela coletiva através dos quais, por motivos de praticidade, os problemas jurídicos semelhantes são resolvidos em uma só ação, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante.

(CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 15)? E o que distinguiria uma “grande questão” de uma “pequena questão”? A segregação racial nas escolas certamente é uma grande questão. Não deveria a Suprema Corte norte-americana ter se manifestado sobre ela? As graves violações a direitos humanos são grandes questões. Deve o Judiciário ser cauteloso diante de uma grave violação a direitos humanos praticada por algum governo para não correr o risco de sua decisão cair em descrédito? A proteção da autonomia individual é uma grande questão. Devem os juízes simplesmente concretizar a legislação que suprime a autonomia individual sob o pretexto de respeitar a separação de poderes? A fome e a miséria são grandes questões. Devem os juízes virarem as costas para o problema em nome da prudência mesmo quando há normas constitucionais obrigando uma ação e, portanto, uma decisão?

A proposta jurisprudencialista, quer queira quer não queira, aumenta os poderes do juiz, ainda que microscopicamente. E se há um aumento de poder, também deve haver, conseqüentemente, um aumento de responsabilidade. Uma responsabilidade não apenas funcional ou estritamente jurídica, mas uma responsabilidade também ética, inclusive para assumir como sua a tarefa de dar a melhor resposta às grandes questões. Isso não significa que o Judiciário deva “tomar partido” a favor de uma tese ou de outra em todas as situações, até porque há muitas decisões que competem ao sujeito ético e não às instituições.

4.2.4 Objeções epistemológicas e metodológicas (relativas à subjetividade dos valores, ponderação e incomensurabilidade)

To admire bonobos or deplore sharks is like calling a warthog ugly. A shark that had a moral lexicon would pronounce the eating of human swimmers moral, just as a warthog with an aesthetic vocabulary would snort derisively at the Venus de Milo – Robert Posner, “The Problematics of Moral and Legal Theory”

A mais marcante característica metodológica das propostas que buscam algum tipo de validação ético-jurídica para o exercício do poder judicial é a necessária valorização dos princípios no processo de realiza-

ção concreta do direito. Os princípios tornam-se uma parte indissociável da solução do problema jurídico, assumindo funções que já se manifestam antes da formação do juízo decisório (como inspiração, motivação e orientação do julgador), durante o juízo decisório (como parâmetro de seleção, de controle e de construção dos critérios de solução) e após o juízo decisório (integrando a argumentação jurídica como ferramenta de justificação para possibilitar o controle crítico do seu conteúdo).

Apesar do seu caráter jurídico e vinculante, não se pode negar que, muitas vezes, os princípios entram em choque. Princípios, conforme já visto, são como bússolas que nos indicam um norte a seguir, sem impor trilhas predefinidas. Se os princípios são bússolas, o que fazer quando dois princípios igualmente válidos nos levam a direções opostas? O que fazer, por exemplo, quando, por um lado, um princípio como a liberdade de expressão nos mostra o caminho da transparência, da livre divulgação de ideias, da ampla circulação de informações e, por outro lado, um princípio como a proteção da personalidade nos indica a direção do segredo, da não transparência, do resguardo da imagem, do nome e da vida privada dos indivíduos? O que fazer quando o princípio da livre iniciativa estimula uma economia de mercado em busca de lucros financeiros, e o princípio da solidariedade exige condutas altruístas na distribuição dos recursos sociais? Como decidir quando o direito de propriedade confere ao dono de um imóvel uma ampla liberdade de disposição de seu bem, para fruir e gozar como bem entender, enquanto o princípio da função socioambiental da propriedade impõe a observância de limites intensos ao uso da propriedade?

Essas situações são típicas de nosso tempo: um tempo de exaltação da democracia, do pluralismo e das diferenças, em que, por um lado, deseja-se construir um projeto ético comum⁴⁷⁷, mas, por outro lado, percebe-se que um código moral uniforme e único para toda a população não é apenas inviável, mas até mesmo indesejável, por ser demasiado arrogante e totalitário. Tenta-se, então, pelo menos um modelo que, sem deixar de celebrar a pluralidade, possa integrar os diversos valores presentes

477 Projeto este defendido por religiosos e não-religiosos: KUNG, 1996; SINGER, 2004; CHANGEUX, 1999.

na sociedade e harmonizá-los para possibilitar a convivência comunitária, dentro de uma espécie de *overlapping consensus* como preconizou Rawls. Uma democracia pluralista é um ambiente em que valores muito diferentes, e até mesmo antagônicos, tentam ocupar o mesmo espaço geográfico e conviver harmonicamente no mesmo território. Uma Constituição pluralista tenta acomodar todos esses valores em um mesmo sistema jurídico de proteção, com a pretensão de unidade e de coerência específica de um sistema jurídico⁴⁷⁸. Como nem sempre é possível harmonizá-los ou protegê-los em igual medida, surgem os conflitos que se manifestam juridicamente por intermédio da colisão de princípios.

Uma colisão de princípios é uma batalha do direito contra o direito, mais precisamente é uma batalha do direito válido contra o direito válido, do justo contra o justo⁴⁷⁹. É um problema jurídico em que as duas partes em conflito possuem um argumento de peso – com suporte constitucional! – que ampara as suas pretensões. Nesses casos, os famosos critérios de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade) não servem para solucionar o conflito ora previsto! *Quid iuris?* Como decidir entre dois valores igualmente relevantes que estão ambos contemplados no sistema normativo como a mesma força jurídica?

Esse tipo de questionamento abre espaço para inúmeras objeções de ordem metodológica e epistemológica que afetam diretamente o modelo de decisão fundado em princípios. A resposta metodológica que tem sido dada pelo pensamento jurídico-constitucional baseia-se em uma ideia intuitiva de que, em situações de conflito entre princípios, deve-se, em primeiro lugar, tentar equilibrar os valores conflitantes, de modo que todos eles sejam preservados pelo menos em alguma medida na solução adotada, dentro daquilo que se convencionou chamar de “concordância prática”⁴⁸⁰. Trata-se, portanto, de uma tentativa de equilibrar (ou balan-

478 “As características do conceito geral do sistema são a ordem e a unidade. Eles encontram a sua correspondência jurídica nas ideias de adequação valorativa e unidade interior do Direito” (CANARIS, 2008, p. 279).

479 Laurence Tribe, debatendo sobre o aborto nos Estados Unidos, tornou famosa a ideia de que tal debate envolveria um “choque de absolutos” (“*clash of absolutes*”): TRIBE, 1992.

480 O princípio da concordância prática, de acordo com o Tribunal Constitucional alemão, “determina que nenhuma das posições jurídicas conflitantes será favorecida ou afirmada em sua plenitu-

cear) os valores conflitantes, de modo que todos eles sejam preservados pelo menos em alguma medida na solução adotada, dissipando o conflito normativo através da integração harmoniosa dos valores contraditórios. Apenas em situações onde não for possível harmonizar os valores em conflito, deve-se partir para um sopesamento em que será prestigiado o princípio mais importante e sacrificado o princípio “perdedor”.

Até aqui não há grande dificuldade para compreender o problema. É quase intuitivo perceber que, em situações concretas, as normas constitucionais entram em choque e que um balanceamento faz parte do fenômeno jurídico (a balança é o símbolo da justiça!). A dificuldade maior de compreensão surge quando se descobre que, seja qual for a solução adotada, será possível encontrar um suporte jurídico em seu favor. A *contrario sensu*, sempre haverá um descumprimento parcial ou total de algum princípio jurídico, já que, quando dois princípios colidem, fatalmente o juiz decidirá qual o que “vale menos” para ser sacrificado naquele caso concreto. É justamente por isso que se questiona a validade da ponderação. Alega-se que a escolha sempre terá um forte viés subjetivo e, por isso, será irracional e arbitrária, esvaziando por completo qualquer tentativa de se garantir a previsibilidade, a certeza e a segurança na realização do direito, além de ser uma porta aberta para o sacrifício de direitos fundamentais que, ao se flexibilizarem, ficariam ameaçados de desaparecerem no turbilhão do sopesamento irracional⁴⁸¹.

4.2.4.1 A relatividade dos valores

A primeira objeção à ponderação pode ser designada de objeção da relatividade dos valores. Essa crítica baseia-se no fato de que os seres humanos são diferentes em vários aspectos e possuem histórias de vida singulares e irrepetíveis. Muitas de nossas opiniões morais e o peso que atribuímos a cada valor social podem variar de acordo com as experiências por nós vivenciadas e do contexto cultural em que estamos inseridos.

de, mas que todas elas, o quanto possível, serão reciprocamente poupadas e compensadas” (SCHWAB, 2006, p. 134).

481 Nesse sentido: HABERMAS, 1997, p. 314 e ss.

A doutrinação moral a que fomos submetidos desde a infância, as crenças religiosas a que aderimos, a atividade profissional que exercemos, a cultura geral (livros, filmes etc.) que assimilamos, os fatos dramáticos que presenciamos: tudo isso afeta o nosso pensamento moral e pode consistir no fiel da balança no momento em que estamos realizando um julgamento em que há valores em conflito. Já dizia Machado de Assis, em 1866, que “os juízos do mundo são singulares e contraditórios”.

A constatação de que os valores variam de pessoa para pessoa levou alguns pensadores a defenderem que não seria possível estabelecer objetivamente quais as necessidades humanas dignas de serem satisfeitas, muito menos a sua ordem de importância, já que não haveria, na tessitura do mundo, fatos morais empiricamente demonstráveis. Para uns, o debate ético seria, assim, “inexprimível em palavras”⁴⁸²; para outros, as opiniões éticas não passariam de “misteriosas ‘intuições intelectuais’”⁴⁸³; as especulações em torno da justiça seriam arbitrárias e sem fundamentos,

482 Nesse sentido, partindo da premissa de que “acerca daquilo de que não se pode falar, tem que se ficar em silêncio”, Wittgenstein concluiu que “não pode haver proposições da Ética. As proposições não podem exprimir nada do que é mais elevado. É óbvio que a Ética não se pode pôr em palavras. A ética é transcendental. (A Ética e a Estética são Um)” (WITTGENSTEIN, 2008, p. 138). Na sua “Conferência sobre Ética”, proferida em Cambridge entre os anos de 1929 e 1930, Wittgenstein reforçou sua teoria de que a ética não pode ser objeto da filosofia ou da ciência, pois não descreve fatos, mas apenas juízos de valor e, como tais, inexprimíveis linguisticamente. Por isso, para ele, quem quer que tenha a tentação de falar sobre ética está lutando inutilmente contra os limites da linguagem: “Esta corrida contra as paredes de nossa jaula é perfeita e absolutamente desesperançada. A Ética, na medida em que brota do desejo de dizer algo sobre o sentido último da vida, sobre o absolutamente bom, o absolutamente valioso, não pode ser uma ciência. O que ela diz nada acrescenta, em nenhum sentido, ao nosso conhecimento, mas é um testemunho de uma tendência do espírito humano que eu pessoalmente não posso senão respeitar profundamente e que por nada neste mundo ridicularizaria”. O texto “Conferência sobre Ética”, de Wittgenstein, traduzido para o português por Darlei Dall’Agnol, pode ser consultado em: http://ateus.net/ebooks/acervo/conferencia_sobre_etica.pdf

483 Alfred J. Ayer segue uma linha de pensamento semelhante. Para Ayer, as opiniões éticas não passariam de simples expressão de emoções e, por isso, não poderiam ser consideradas como falsas ou verdadeiras. Afirmar que algo (X) é bom significaria, para Ayer, basicamente assumir uma atitude favorável perante X e, com isso estimular outras pessoas a “gostarem” de X: “the exhortations to moral virtue are not propositions at all, but ejaculations or commands which are designed to provoke the reader to action of a certain sort”. Desse modo, enunciados morais não poderiam fazer parte da filosofia ou da ciência. Um tratado estritamente filosófico ou científico nunca poderia sugerir proposições éticas, já que tais proposições não poderiam ser empiricamente calculadas, nem controladas pela observação, não passando de uma “misteriosa ‘intuição intelectual’” (AYER, 1971, p. 104/112). Dentro dessa teoria, toda decisão axiológica seria fruto da preferência pessoal dos julgadores e, portanto, um mero ato de vontade arbitrário. Afirmar que “X é justo” ou “Y é um bem” seria equivalente a afirmar “gosto de X e de Y”, pois os princípios morais seriam escolhidos não por meio de uma reflexão racional, mas por força de um sentimento caprichoso. Os juízos morais seriam equivalentes a relatórios de sentimentos e tomadas de posição do próprio falante.

“algo que não tem função ou espaço legítimo no pensamento científico”⁴⁸⁴. Por isso, essas questões não poderiam ser respondidas racionalmente, já que representariam julgamentos de valor determinados por fatores emocionais, contingenciais e de caráter meramente subjetivo, válidos apenas para o sujeito que julga e, por conseguinte, relativos⁴⁸⁵.

Uma análise da realidade forense reforçaria a crença da relatividade no campo do direito. De fato, seria possível encontrar tribunais inteiros favoráveis à não-criminalização do aborto e, num país ao lado, outros tribunais que entendem que o estado deveria castigar a interrupção voluntária da gravidez. Há juízes que não hesitam em punir a prática da eutanásia, e outros que reconhecem que existe um direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo e sobre a própria vida e, portanto, também haveria um *direito de morrer dignamente*. Várias cortes constitucionais julgaram a favor do direito dos homossexuais e tantas outras negaram os mesmos direitos. E mais: dentro de um mesmo tribunal, é muito frequente haver posicionamentos divergentes a respeito do mesmo assunto. Juízes com o mesmo grau de inteligência e com uma formação acadêmica semelhante costumam decidir em sentidos diametralmente opostos. Não é raro que os julgamentos mais polêmicos sejam decididos pela diferença de um único voto, como bem demonstram os famosos julgamentos “5-4” nos Estados Unidos ou os menos famosos julgamentos “6-5” no Brasil⁴⁸⁶. Além disso,

484 Nesse sentido, trazendo o relativismo ético para o campo do direito, Alf Ross sugeriu que especulações em torno da justiça seriam arbitrárias e sem fundamento. Em nome do direito natural, muitos preconceitos teriam sido institucionalizados. “Como uma prostituta, o direito natural está à disposição de todos. Não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo-se à lei natural”. E mais: “Invocar a justiça é como dar uma pancada numa mesa; uma expressão emocional que faz da própria exigência um postulado absoluto. Não é o modo adequado de obter entendimento mútuo. É impossível ter uma discussão racional com quem apela para a ‘justiça’, porque nada diz que possa receber argumentação a favor ou contra. Suas palavras são persuasão, não argumentos. A ideologia da justiça conduz à intolerância e ao conflito, visto que, por um lado, incita à crença de alguém que não é meramente a expressão de um certo interesse em conflito com interesses opostos, mas, sim, que possui uma validade superior, de caráter absoluto; e, por outro lado, exclui todo argumento e discussão racionais que visem a um acordo. A ideologia da justiça é uma atitude militante de tipo biológico-emocional, para a qual alguém incita a si mesmo à defesa cega e implacável de certos interesses” (ROSS, 2007, p. 301 e 320).

485 Como se sabe, no campo da filosofia do direito, Hans Kelsen foi um dos principais defensores dessa ideia. Por exemplo: KELSEN, 2000, p. 10; KELSEN, 2001b, p. 100/101.

486 No Brasil, casos polêmicos como a validade da “Lei da Ficha Limpa” ou da Lei de Biossegurança, que possibilitou a pesquisa com células-tronco embrionárias, foram decididos por 6 a 5.

muitas vezes a jurisprudência de um determinado tribunal muda completamente quando há uma mudança da sua composição. Em determinados casos, basta que um juiz liberal se aposente e um juiz conservador passe a ocupar o seu lugar para que uma verdadeira revolução possa ocorrer no conteúdo dos julgamentos⁴⁸⁷. O resultado de uma demanda pode ser influenciado de modo decisivo pela distribuição aleatória do processo, como se a justiça fosse uma roleta onde o fator sorte é preponderante: a depender do sorteio acerca do juiz que ficará responsável pelo julgamento, a resposta judicial pode ser favorável ou desfavorável. Onde estaria a objetividade, então? Que racionalidade seria esta onde a metade de um tribunal pensa de uma forma e a outra metade pensa de uma forma diametralmente oposta a respeito de um mesmo assunto e de uma mesma norma? Se a jurisprudência muda quando os juízes mudam, qual seria então a fonte do direito senão a vontade subjetiva dos julgadores? Se isso ocorre, como acreditar que a ponderação de valores possa ser uma atividade não arbitrária? Não seriam as justificações apresentadas pelos julgadores apenas um esforço sem sentido para impor seus próprios gostos pessoais de uma forma esteticamente assimilável pelos demais? Tudo não se resumiria a um jogo de forças ideológicas rivais, no qual a mentalidade dominante prevalece não por ser necessariamente a solução mais justa, mas por uma mera questão de sorte ou de poder? Levando às últimas consequências: no fundo, se tudo não passa de um jogo de poder, será que todo o processo judicial, com suas solenidades e simbologias tradicionais, não representariam mais nada além de uma encenação? Será que todo esforço dos juízes, em fundamentarem objetivamente suas decisões e se apresentarem como imparciais e independentes, não passaria

487 Essa observação foi desenvolvida por Richard Posner na introdução do seu *"How Judges Think"*. Na sua ótica, a regulação jurídica nos Estados Unidos é realizada não pelo direito, mas principalmente pelos juízes. Afinal, se a mudança dos juízes muda o direito, então não é possível saber exatamente o que o direito é (POSNER, 2008, p. 1). Essa visão foi originalmente desenvolvida pelo Realismo Jurídico (*"Legal Realism"*) que é uma das escolas do pensamento jurídico mais influentes dos Estados Unidos. Para obter uma visão geral do Realismo Jurídico, vale conferir os seguintes *papers* publicados no *"Social Science Research Network"*: *"American Legal Realism"*, de Brian Leiter; *"The New Legal Realism"*, de Thomas Miles e Cass Sunstein; e *"Understanding Legal Realism"*, de Brian Tamanaha.

de um fingimento descarado, de uma dissimulação ética (CASTORIADIS, 2002) ou, pelo menos, de um autoengano involuntário e ingênuo⁴⁸⁸?

O direito contemporâneo foi imensamente afetado por esse tipo de questionamento, e a consequência imediata para o pensamento jurídico, sobretudo para pensamento jurídico pretensamente científico, é bem conhecida: um total ceticismo a respeito da racionalidade do debate ético-jurídico, fazendo com que os juristas, em nome de uma objetividade própria das ciências exatas, renunciassem à busca pela justiça, substituindo a validade axiológica do direito por uma validade formal extraída de um texto positivo.

O problema é que a proposta desenvolvida pelo formalismo para solucionar o problema – substituindo a validade axiológica por uma validade formal – é incoerente com o próprio relativismo. Para ser totalmente coerente, o jurista cético e relativista não deveria se apegar a nenhum valor. Mas não é isso que os relativistas, em geral, propõem, até porque isso representaria um niilismo impraticável. No fundo, o jurista cético tende a substituir valores relacionados à justiça por valores relacionados à segurança. E faz isso, muitas vezes, assumindo abertamente a sua preferência ideológica pela objetividade, neutralidade, certeza e exatidão, numa atitude incompatível com a proclamada relatividade dos valores. Para ser completamente coerente e consistente, a relatividade dos valores deveria levar a uma total negação de qualquer juízo valorativo. Não poderia haver critério racional de escolha entre a escravidão e a liberdade, entre o caos e a ordem, entre a tirania e a democracia, entre a opressão e o estado de direito, entre o direito positivo e o código da máfia. Além disso, também não poderia haver diferença axiológica entre a verdade e a falsidade, entre a segurança e a insegurança, entre a racionalidade e a irracionalidade,

488 As perguntas acima foram influenciadas pela seguinte passagem de Nietzsche que, embora dirigidas aos filósofos, pode ser estendida ao meio jurídico: “O que nos incita a olhar todos os filósofos de uma só vez, com desconfiança e troça, não é porque percebemos quão inocentes são, nem com que facilidade se enganam repetidamente. Em outras palavras, não é frívolo nem infantil indicar a falta de sinceridade com que elevam um coro unânime de virtuosos e lastimosos protestos quando se toca, ainda que superficialmente, o problema de sua sinceridade. Reagem com uma atitude de conquista de suas opiniões através do exercício espontâneo de uma dialética pura, fria e impassível, quando a realidade demonstra que a maioria das vezes apenas se trata de uma afirmação arbitrária, de um capricho, de uma intuição ou de um desejo íntimo e abstrato que defendem com razões rebuscadas durante muito tempo e, de certo modo, bastante empíricas. Ainda que o neguem, são advogados e frequentemente astutos defensores de seus preconceitos, que eles chamam ‘verdades’” (NIETZSCHE, 2001, p. 14).

entre a ciência e a não ciência e assim por diante. Poucos são capazes de levar o relativismo tão longe, demonstrando que, no fundo, essa ideia não é tão sedutora assim. Qualquer pessoa que acreditasse verdadeiramente no relativismo de uma forma radical sequer se daria ao trabalho de tentar justificar essa ideia, pois estaria sendo contraditória consigo mesma.

Outro aspecto contraditório na atitude de negar o sentido da busca pela justiça para se apegar a um formalismo que somente enxerga a objetividade em prescrições legislativas é que também o conteúdo da lei é fruto de vontades subjetivas e, nesse sentido, não poderia se valer da metodologia empírico-factual que orienta o método científico, nem gozar do estatuto epistemológico das ciências. Se toda escolha valorativa é intrinsecamente arbitrária, irracional, subjetiva e voluntarista, então não há nada que possa garantir que o “decisionismo” do legislador seja melhor do que o “decisionismo” do julgador ou vice-versa. Aliás, como o legislador não tem o dever de fundamentar suas escolhas, a chance de ele estar sendo movido por interesses ilegítimos parece ser ainda maior, já que suas razões não precisam ser exteriorizadas e, portanto, são insuscetíveis de qualquer tipo controle que não o político. Mas parece que isso não importa. Afinal, para um cético, não existe essa coisa chamada “interesses ilegítimos”. Alguém que toma uma decisão por acreditar que existem raças ou grupos de pessoas que devem ser exterminados está apenas adotando a sua própria visão de mundo que é tão válida, dirá o relativista, quanto a de alguém que toma uma decisão preocupado com a proteção da dignidade de todos os que serão atingidos por sua ação. A rigor, a origem e o conteúdo da norma são irrelevantes: não interessa se a lei foi elaborada por um déspota esclarecido, por sábios anciãos, por um grupo de tecnocratas, por líderes partidários, por uma assembleia eleita ou mesmo pelo povo diretamente: em qualquer caso, a sua força epistemológica não atende ao rigor exigido pelas ciências, pois nenhuma autoridade teria o poder de estabelecer a verdade ou mesmo a justiça por decreto. E mais: caso se entenda que não há como saber se a proibição do aborto, da eutanásia, das relações homossexuais, das discriminações positivas, do discurso de ódio é ou não correta, então qualquer decisão que for tomada, seja em que sentido for, pelo legislador ou pelo Judiciário, não

poderá ser considerada certa ou errada. A única forma de se prestar alguma deferência à decisão do legislador seria estabelecendo preferências pelos valores da representação política ou do majoritarismo, o que já exigiria um afastamento do relativismo, pois o autêntico relativismo não é compatível com a eleição de preferências valorativas.

Pode-se objetar alegando que a objetividade desejada pelo formalismo não seria uma objetividade ética ou moral, mas uma objetividade epistemológica, fundada numa análise de *textos*. Nesse sentido, obrigar que o jurista foque a sua faculdade cognitiva em um repositório oficial de textos normativos, previamente aprovados por uma autoridade reconhecida e amplamente divulgados por veículos de informação acessível a todos, garantiria a tão almejada objetividade do direito, sobretudo quando tais textos fossem claros e unívocos. E assim a *previsibilidade* – atributo tão caro ao método científico – também estaria integrado ao método jurídico, que poderia, a partir daí, ser digno de receber o “selo de cientificidade”, sobretudo se os seus *juristas-cientistas* fossem capazes de analisar o texto objetivamente, despidos de qualquer valoração, tal como exige o olhar de um verdadeiro cientista. Ao assumir essa perspectiva, o jurista certamente estaria renunciando à “irracional” busca pela justiça em nome da cientificidade do direito.

Já criticamos suficientemente essa perspectiva no Capítulo 3. Aqui, basta lembrar o quão perigosa é essa visão, sobretudo por tirar do direito a sua capacidade de limitar o poder, colocando-o ao serviço de grupos de interesse nem sempre comprometidos com a realização da justiça. Aliás, essa atitude é até mesmo contrária ao tão enaltecido espírito científico que não deveria se vergar ao argumento de autoridade, nem restringir arbitrariamente a sua base de conhecimento, reduzindo o pensamento jurídico – voltado à solução de complexos problemas sociais que afetam os bens mais fundamentais do ser humano! – a um mero exercício de compreensão de textos. A crença no relativismo parece ser o melhor anestésico ético que pode existir, pois desobriga o decisor de se esforçar para tentar encontrar as melhores respostas para os problemas mais importantes da vida. Se não há respostas corretas, seria inútil procurá-las. E mesmo que existissem respostas corretas, não haveria como saber se ela foi encontrada e, portanto, ninguém poderia provar o erro ou o acerto

da solução apresentada, de modo que ninguém poderia ser responsabilizado por uma escolha errada. Então, um sujeito que pratica um estupro, ou uma tortura, ou um genocídio não poderia ser censurado, pois a justiça ou a injustiça dessas práticas seria uma questão de opinião pessoal. Do mesmo modo, um juiz que, em nome da lei, praticasse as maiores arbitrariedades não poderia sofrer qualquer crítica, pois não poderia ser considerado culpado pelos erros de avaliação ética do legislador⁴⁸⁹.

De qualquer modo, diante do fato inquestionável de que existem fortes divergências em assuntos ético-jurídicos e de que o consenso raramente é alcançado em um debate real, é preciso enfrentar a objeção de que a busca de uma validade axiológica ou de um consentimento ético-jurídico nada mais é do que um jogo de faz de contas.

Uma das principais tentativas de refutar o relativismo e o ceticismo, seja na ética, seja na moral, seja no direito, foi desenvolvida por Ronald Dworkin ao longo de toda sua carreira acadêmica. Dworkin, como se sabe, defendeu, desde os seus primeiros artigos doutrinários, que o direito é capaz de fornecer respostas objetivas e corretas, mesmo para os problemas mais controvertidos. Seu argumento se baseia em uma complexa concepção de direito como interpretação e integridade, na qual os juristas tornam-se responsáveis pelo desenvolvimento das melhores justificativas para os problemas jurídicos à luz do conjunto das práticas jurídicas compartilhadas até então. O direito seria uma tarefa interpretativa colaborativa, no sentido de que os intérpretes (juristas de um modo geral e juízes em particular) não interpretam as práticas apenas para descrever um estado de coisas ou para descobrir os propósitos de qualquer pessoa ou grupo histórico específico, mas para impor um propósito ao texto, aos dados ou às tradições que estão interpretando. Assim, há uma espécie de *parceria* entre o intérprete e o criador da norma, o que não ocorre numa interpretação explicativa – a exemplo das interpretações históricas, socio-

489 Waluchow, em sua defesa do positivismo jurídico inclusivo, apresentou um forte argumento contra o relativismo, mesmo sob a perspectiva positivista, assinalando que um positivista jurídico não precisa apoiar a “jurisprudência mecânica” (“*mechanical jurisprudence*”), nem precisa ser um “fetichista das regras” (“*rule fetishist*”), pois os valores que emanam dos direitos fundamentais também são valores relevantes com uma base de determinação já bastante razoável. Além disso, seria um grande exagero afirmar que toda concepção de moralidade política seria necessariamente rodeada de incertezas e penumbras (WALUCHOW, 1996, p. 122).

lógicas e antropológicas – na qual não há um propósito comum compartilhado entre os que interpretam e os que criaram algum objeto ou acontecimento passível de interpretação. A imagem desenvolvida por Dworkin para explicar sua compreensão da prática jurídica foi a famosa metáfora do “romance em cadeia” (“*chain novel*”), em que cada escritor interpreta os capítulos até então escritos para escrever um novo capítulo, que é então incorporado ao romance a fim de ser interpretado pelo escritor seguinte e assim por diante. Assim, cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade. (DWORKIN, 1986, p. 228 e ss.) Essa concepção de direito como integridade pressupõe que a existência de uma estrutura jurídica coerente, composta por uma rede de princípios de justiça e de equidade, capazes de servirem de apoio para a solução dos novos casos. Assim, a resposta correta para os problemas jurídicos seria aquela que melhor se adequasse a essa rede de princípios como um todo.

Em reação à avalanche de críticas desenvolvidas contra essa concepção de *direito como integridade*, Dworkin escreveu diversos artigos e livros tentando tornar mais claro o seu ponto de vista, culminando com a publicação de seu último livro, “*Justice for Hedgehogs*”, que é uma defesa brilhante da objetividade dos valores (melhor dizendo, de um determinado conceito de objetividade dos valores). No referido livro, Dworkin propõe-se a defender uma ambiciosa tese acerca da “unidade do valor”, tentando descrever uma teoria sobre o que é viver bem e o que se deve ou não fazer, se quisermos viver bem, pelas outras pessoas. Nessa proposta, os valores morais e éticos são interdependentes e devem ser integrados em um mesmo projeto de vida, incluindo-se nessa ambiciosa tarefa a própria integração do direito à moral⁴⁹⁰.

O ponto de partida de Dworkin é uma crítica à concepção epistemológica da modernidade que vincula a noção de verdade a um rigoroso

490 É preciso esclarecer que Dworkin usa as palavras moral e ética em um sentido diferente do que está sendo adotado neste trabalho. Assim, para Dworkin, um juízo ético refere-se àquilo que as pessoas devem fazer para viverem bem: aquilo que devem aspirar ser e conseguir nas suas próprias vidas. Já um juízo moral faz uma afirmação sobre como as pessoas devem tratar os outros (DWORKIN, 2011, p. 25; DWORKIN, 2012, p. 36).

código epistemológico, dentro do qual uma crença somente poderia ser verdadeira se fosse produto de uma razão insofismável, como a da matemática, ou do efeito do impacto do mundo natural nos nossos cérebros, como as decorrentes das descobertas empíricas das ciências naturais. Essa concepção de verdade teria afetado imensamente o raciocínio moral que ora foi condicionado, para ser levado a sério, à existência de fatos morais (que poucos acreditam existir⁴⁹¹), ora foi acusado de ser um jogo intelectual sem sentido, conforme já visto.

Para Dworkin, a concepção arquimediana da verdade interpreta erroneamente o princípio de Hume, segundo o qual “nenhuma quantidade de saber empírico sobre o estado do mundo – nenhuma revelação sobre o curso da história ou sobre a natureza da matéria ou a verdade sobre a natureza humana – pode estabelecer qualquer conclusão sobre o que devia ser sem uma premissa ou assunção adicional sobre o que devia ser”. (DWORKIN, 2011, p. 17; 2012, p. 29).

Para Dworkin, esse princípio de Hume seria capaz de reduzir drasticamente a força do ceticismo filosófico, porque as proposições morais não podem ser estabelecidas por quaisquer descobertas de lógica ou de fatos sobre a estrutura básica do universo. O princípio de Hume, devidamente compreendido, justificaria não o ceticismo em relação à verdade moral, mas antes a independência da moralidade enquanto departamento separado do conhecimento, com os seus próprios padrões de investigação ou de justificação. Em outras palavras: se nenhum fato pode ser capaz de justificar um valor, então o código epistemológico do Iluminismo não seria adequado para certificar a veracidade de um juízo moral.

A correta compreensão do princípio de Hume levaria à conclusão de que um juízo moral será verdadeiro quando puder ser sustentado por outro juízo moral que, por sua vez, somente pode ser sustentado por outro juízo moral e assim sucessivamente, de modo que um juízo moral tornar-se-ia verdadeiro graças a uma defesa adequada (em termos morais) da

491 Dworkin apelida esses supostos fatos morais de *morões* (partículas da moralidade), que seriam capazes de permitir uma investigação empírica no campo da moral semelhante à investigação científica. Porém, como tais *morões* não existem, não seria possível descobrir *verdades morais por correspondência com a realidade*. Afinal, “os valores não são como pedras nas quais podemos tropeçar ao andar no escuro. Não estão por aí firmemente espalhados” (DWORKIN, 2011, p. 114; DWORKIN, 2012, p. 122).

sua verdade. Assim, a verdade do juízo moral é baseada em uma justificação de sua adequação a um conjunto de juízos morais que compõem um sistema do valor mais geral, no qual figurem as nossas opiniões morais, de modo que os vários conceitos e departamentos do valor estejam interligados e se apoiem mutuamente.

Essa concepção de verdade, adequada ao campo da moral, é bastante diferente da epistemologia arquimediana, que se baseia em provas e explicações de causalidade entre fatos, inexistentes na argumentação moral. O modelo de verdade para os juízos morais é fundado em uma epistemologia integrada, onde a força da verdade é medida pela força do argumento. Qualquer argumento que apóie ou rejeite uma afirmação moral deve incluir ou pressupor outras afirmações ou assunções morais. A verdade moral é, portanto, auto-sustentada, de tal modo que, se fosse possível organizar todas as convicções morais em um filtro idealmente eficiente encapsulando a sua vontade, formando um grande sistema interligado e interdependente de princípios e ideias, poder-se-ia defender qualquer parte dessa rede, bastando para isso citar outra parte qualquer, até conseguir justificar, de alguma maneira, todas as partes em termos das restantes. (DWORKIN, 2011, p. 117; 2012, p. 125). Nesse sentido, a verdade do raciocínio moral nada mais seria do que a mobilização de uma série de convicções sobre o valor, onde cada convicção pode, por sua vez, recorrer a outras convicções, dentro de uma rede integrada e coerente de juízos mutuamente sustentados⁴⁹².

Tal concepção leva Dworkin a defender que existem verdades objetivas sobre o valor, ou seja, algumas instituições seriam realmente injustas e algumas ações seriam realmente erradas, independentemente de haver muita gente que acredite ou não. Não se trata, obviamente, de entender que existem valores “por aí” no universo à espera de serem descobertos por seres humanos que têm alguma faculdade misteriosa de apreensão

492 E mais: “os juízos de valor são verdadeiros, quando são verdadeiros, não em virtude de alguma correspondência, mas sim face à defesa substantiva que deles pode ser feita. O domínio moral é o domínio do argumento, e não do facto bruto e material. Por conseguinte, não é implausível – bem pelo contrário – supor que não existem conflitos, mas apenas apoio mútuo nesse domínio. Ou, o que significa o mesmo, que todos os conflitos que consideramos insolúveis mostram não falta de unidade, mas uma unidade de valor mais fundamental, que produz esses conflitos como resultados substantivos” (DWORKIN, 2011, p. 11; DWORKIN, 2012, p. p. 23).

do valor. Trata-se, antes de mais nada, de reconhecer uma “independência metafísica do valor”. “Trata-se da ideia familiar e absolutamente vulgar de que algumas ações – torturar bebês por divertimento – são erradas em si próprias, e não só porque as pessoas as consideraram erradas. Continuariam a ser erradas mesmo que, incrivelmente, ninguém assim as considerasse”. (DWORKIN, 2011, p. 8/9; 2012, p. 20/21).

Para Dworkin, a epistemologia moral (desenvolvida para explicar quais os argumentos morais são melhores) deveria ser ela própria uma teoria moral substantiva de primeira ordem. Nesse sentido, o próprio ceticismo (enquanto perspectiva epistemológica para os juízos morais) seria uma proposta que também deveria ser compreendido como uma teoria moral substantiva de primeira ordem concorrente à epistemologia integrada que defende a objetividade dos valores no sentido acima descrito. A escolha entre o ceticismo e a epistemologia integrada deveria ser guiada também por padrões valorativos, pois o que está em jogo é uma disputa sobre que atitude tomar diante de um debate moral. Assim, aqueles que aderem ao ceticismo deveriam formular argumentos de valor para justificar tal adesão e somente deveriam crer em tais valores se fossem capazes de sustentá-los substancialmente.

É nesse ponto que Dworkin sugere que o ceticismo não se sustenta ora porque é auto-contraditório, ora porque não sobrevive ao debate quando comparado com outras propostas epistemológicas que defendem a possibilidade de respostas corretas no campo moral⁴⁹³.

Questionar o mérito dos diversos tipos de ceticismo não significa, em Dworkin, aderir a uma crença ingênua de que as respostas para as ques-

493 É preciso esclarecer que Dworkin faz uma distinção entre o *ceticismo externo* (“*external skepticism*”) e o *ceticismo interno* (“*internal skepticism*”). O ceticismo interno sobre a moralidade seria um juízo moral substantivo de primeira ordem. Já o ceticismo externo baseia-se em asserções externas de segunda ordem sobre a moralidade. Quando se diz que os juízos morais variam de lugar para lugar e, por isso, não podem ser objetivamente verdadeiros, adota-se um tipo de ceticismo externo, porque se parte de um critério geográfico (externo à moralidade) para defender a inexistência de verdades morais objetivas. Quando se questiona sobre a possibilidade de se obter verdades objetivas em questões morais substantivas, a partir de argumentos inerentes à própria moralidade, tem-se o ceticismo interno. Para Dworkin, tanto o ceticismo externo quanto o ceticismo interno merecem ser refutados. O primeiro (ceticismo externo) porque é autocontraditório, pois uma posição moral que se pretende verdadeira não pode apoiar a inexistência de posições morais verdadeiras. O segundo (ceticismo interno) porque é, em si mesmo, uma posição moral que, para ser verdadeiro, precisaria de um argumento positivo mais forte do que a tese da objetividade, o que não ocorre, segundo Dworkin (DWORKIN, 2011, p. 40 e 44; 2012, p. 51 e 55).

tões morais são facilmente descobertas ou mesmo que é possível, em todos os casos, ter uma certeza absoluta sobre qual a solução moral que tem, em seu favor, os melhores argumentos. Para Dworkin, “a confiança ou a certeza absoluta é o privilégio de loucos ou fanáticos” (DWORKIN, 2011, p. 95; 2012, p. 104). Além disso, prossegue Dworkin, não se pode construir um filtro de convicção denso, pormenorizado, entrelaçado e totalmente coerente enrolado à volta da nossa vontade que seja eficiente sem exceções e que nos dê um brilho constante de adequação. Apesar disso, a mera dificuldade de se ter certeza, em todos os casos, sobre qual a melhor resposta para os problemas que surgem no domínio da moral não justifica uma atitude de desesperança cética com a deliberada renúncia pela procura das verdades morais. Tal atitude, além de contraditória, seria, em si mesma, perigosa. Afinal,

queremos viver bem e comportar-nos de forma decente; queremos que as nossas comunidades sejam equitativas e boas e que as nossas leis sejam inteligentes e justas. Trata-se de objetivos difíceis, em parte porque as questões em jogo são complexas e obscuras e, em parte, porque o egoísmo se entrepõe muito frequentemente no caminho. Quando nos dizem que todas as convicções que nos esforçamos por alcançar não podem, em caso algum, ser verdadeiras ou falsas, ou objetivas, ou parte daquilo que conhecemos, ou que são apenas jogadas num jogo de linguagem, ou apenas vapor das turbinas das nossas emoções, ou apenas projetos experimentais que devemos fazer para saber se funcionam, ou apenas convites a pensamentos que podemos achar divertidos ou menos aborrecidos do que as maneiras habituais de pensar, devemos responder que todas estas observações são distrações inconsequentes dos verdadeiros desafios que temos pela frente. (DWORKIN, 2012, p. 78; 2011, p. 68).

Mesmo alinhando-se a Dworkin nesse ponto, é preciso reconhecer que o relativismo, paradoxalmente, parece querer nos dizer algo valioso, que não pode nem precisa ser ignorado. Seu principal ataque é dirigido à arrogância intelectual daqueles que se consideram os donos da verdade, sobretudo os donos da verdade moral. Há uma clara denúncia contra todos que se consideram portadores de uma onisciência quase divina e que não estão dispostos a abrir mão de suas

crenças. Tais profetas da verdade são dogmáticos e intransigentes e querem impor seus próprios valores a todos de forma autoritária. Eles são tão convencidos da verdade de suas crenças que menosprezam todos aqueles que não alcançaram uma percepção tão clara da realidade. O pior é que, quando estão em uma posição de poder, como governantes, legisladores ou juízes, usam a sua função para coagir os demais membros da sociedade a seguirem o seu código moral, inclusive usando o aparato estatal para esse fim. Se o relativismo fosse capaz de neutralizar esse tipo de pessoa, seria uma perspectiva que valeria a pena seguir. O problema é que, a rigor, o relativismo é indiferente a qualquer opinião valorativa, de modo que, numa perspectiva relativista, não se pode afirmar que a arrogância intelectual representa uma virtude ou um vício. O máximo que o relativismo irá dizer a respeito do dogmatismo é que é uma proposta epistemologicamente falsa, mas que não pode ser julgada do ponto de vista ético.

É por isso que, do ponto de vista ético, o relativismo falha. Ao não aderirmos ao relativismo, podemos criticar o comportamento ético daqueles que se julgam os senhores da razão e até mesmo defender alguns valores que possam minorar os danos provocados pela atitude autoritária. Podemos exigir respeito, pregar a tolerância, exaltar a diversidade ética, elogiar a humildade intelectual como virtude, recomendar o diálogo e a mútua compreensão, valorizar a autonomia e a igualdade, e desenvolver um sistema normativo coerente com esses valores. Isso somente é possível se acreditarmos que o debate ético faz algum sentido. Por isso, mesmo aqueles que acreditam que os desacordos morais de fundo são insuperáveis e que não há como ter certeza se estamos diante de uma opinião de valor verdadeira, não têm motivos para assumir uma atitude cética e relativista se acreditarem que é possível, a partir daí, extrair algumas importantes sequências para a vida humana.

Em função disso, a responsabilidade moral – inclusive a responsabilidade moral pela busca de respostas corretas – tem que ser encarada como uma tarefa sempre em progresso, como um esforço deliberadamente assumido por uma pessoa que se sente moralmente responsável por fazer da sua vida uma vida boa. Nesse debate, é preciso concordar

com Dworkin, pois nada justifica uma renúncia deliberada à produção de conhecimento que possa proporcionar algum tipo de avanço ético/moral capaz de tornar o mundo mais justo ou menos injusto, apesar de todas as dificuldades de uma tal empreitada⁴⁹⁴. Essa crença na possibilidade da existência de verdades morais se torna ainda mais necessária em relação àquelas pessoas que têm responsabilidades institucionais perante outros, como, por exemplo, os juristas. É fundamental que os participantes de um sistema jurídico real acreditem que a sua atividade tem algum sentido e que, portanto, a solução proposta busca algum tipo de correção/justeza. Dworkin, a esse respeito, pede que imaginemos um juiz a condenar um acusado à prisão e talvez à morte e, depois, assumir que outras interpretações da lei, que poderia conduzir a soluções contrárias, são tão válidas quanto as suas. Se isso ocorresse, certamente um grande mal-estar seria gerado no meio jurídico, pois ninguém espera que a atividade judicial seja tão arbitrária assim. E mais à frente arremata: “um juiz que mande alguém para a cadeia, baseado numa interpretação da lei que ele não acredita ser melhor, mas apenas diferente do que as interpretações rivais, deve ser preso”. (DWORKIN, 2011, p. 151; 2012, p. 158)

Essa busca pela resposta correta envolvendo problemas em que há desacordos valorativos de fundo faz ainda mais sentido quando se parte dessa noção de epistemologia integrada em que as opiniões se auto-sustentam em rede. As teorias relativistas da justiça parecem basear-se em um modelo transcendental, onde a justiça seria absoluta, eterna, onipresente, universal e perfeita⁴⁹⁵. De fato, esse modelo transcendental de jus-

494 Sobre a célebre passagem de Wittgenstein que recomenda o silêncio em assuntos “dos quais não se pode falar” e de que “só se deve dizer o que pode ser dito”, merece ser mencionado o igualmente célebre comentário de Schrödinger: “mas é justamente nessa altura que vale a pena falar!”. A resposta de Schrödinger se aplica com muito mais razão no campo da ética, que é uma área que afeta diretamente as nossas vidas e que, por isso mesmo, exige um debate consciente, aberto, transparente e racional. O silêncio diante do sofrimento, da crueldade e da barbárie não é nem nunca será uma atitude correta. O conformismo diante da injustiça nunca pode ser estimulado. O papel moral de qualquer ser humano, seja um cientista, seja um filósofo, seja um jurista, seja um cidadão, é combater, com as armas argumentativas e profissionais de que dispõe, as condutas e os regimes eticamente opressores e lutar por um mundo melhor, ainda que para isso tenha que tentar compreender a lógica e a razão prática, nem sempre arquimediana, por detrás dos juízos de valor.

495 Kelsen é expressamente claro quanto a esse ponto: “A justiça pela qual o mundo clama, ‘a’ justiça por excelência, é, pois, a justiça absoluta. Esta é um ideal irracional. Com efeito, ela só pode emanar de uma autoridade transcendente, só pode emanar de Deus. Por isso, a fonte da justiça

tiça é utópico, irrealizável, inalcançável e indesejável por levar a um tipo de totalitarismo moral. Porém, já vimos que nem toda proposta de justiça precisa fundar-se num transcendentalismo absoluto idealizado, nem mesmo precisa adotar a mesma base epistemológica do método científico⁴⁹⁶.

Já vimos, por exemplo, que o modelo de justiça *nyaya*, defendido por Amartya Sen, não busca construir um arranjo institucional perfeito, mas apenas a resolver, pontualmente, as situações de injustiça identificáveis⁴⁹⁷. O raciocínio ético/moral desse modelo de justiça *nyaya* visa à comparação de situações concretas, em que é possível definir qual a solução mais justa, desde que se tenha em mira as capacidades relevantes a serem respeitadas, protegidas e promovidas. Entre uma lei que proíbe os negros de votarem e uma lei que confere o direito de voto aos negros, é possível tomar partido a favor do direito das pessoas negras sem perder tempo discutindo qual é o modelo institucional perfeito, pois a privação da capacidade de participação política retira da pessoa a chance de influenciar o exercício do poder. Do mesmo modo, entre uma solução que obrigue a mulher casada a pedir autorização do marido para trabalhar e uma decisão em sentido contrário, pode-se preferir a solução que promove as capacidades produtivas da mulher, que são essenciais para que se

e, juntamente com ela, também a realização da justiça, têm de ser relegadas do Aquém para o Além – temos de nos contentar na terra com uma justiça simplesmente relativa, que pode ser vislumbrada em cada ordem jurídica positiva e na situação de paz e segurança por esta mais ou menos assegurada” (KELSEN, 2001b, p. 98).

496 Isso não significa defender a renúncia de determinadas virtudes geralmente vinculadas ao método científico que parecem ser perfeitamente adequadas a uma epistemologia voltada para o domínio dos valores. É o caso da seriedade e da sinceridade argumentativa, do rigor na análise dos argumentos, da imparcialidade e independência, da dúvida metódica, da abertura intelectual, da disposição para se curvar a argumentos melhores, do olhar crítico diante dos dados disponíveis e assim por diante. Essas virtudes, obviamente, não são exclusivas do método científico, devendo fazer parte também do pensamento ético-jurídico.

497 Curiosamente, no seu *The Idea of Justice*, Sen incluiu Dworkin no rol de autores que adotam uma perspectiva *niti*, o que gerou uma forte objeção por parte do filósofo norte-americano. Saindo em defesa tanto da teoria de Rawls quanto da sua própria, Dworkin sustentou que, nessas obras, não há apenas uma preocupação em descrever idealmente instituições justas, pois o foco, em última análise, é o desenvolvimento de ideias que possam guiar os juízos comparativos no mundo real (DWORKIN, 2011, p. 476; 2012, p. 484). Esse debate não parece ser tão promissor quanto aparenta à primeira vista, pois a crítica de Sen mirou alguns aspectos das teorias de Dworkin e de Rawls que, de fato, são mais transcendentais (pode-se citar, em Rawls, a ficção da posição original e, em Dworkin, a figura do Juiz Hércules). Obviamente, esse corte teórico é apenas uma abordagem parcial de todo o pensamento de Rawls e de Dworkin, cujas obras, de fato, fornecem contribuições valiosas para a solução de problemas concretos no mundo real.

tenha uma vida plena. No mesmo sentido, e pelas mesmas razões, o respeito às capacidades afetivas das pessoas homossexuais obriga a remoção de todos os obstáculos jurídicos que as discriminem arbitrariamente, sendo vedado, portanto, com base apenas na orientação sexual, negar-lhes direitos que são concedidos às pessoas heterossexuais.

Observe-se que o modelo baseado no consentimento ético-jurídico não pressupõe a existência de amplos consensos morais, pois seu objetivo não é transformar princípios morais em prescrições legislativas. A ética que se deseja promover é uma ética plural e compreensiva que não só aceita como também estimula a existência de desacordos morais, pois reconhece que a diversidade de concepções morais dentro da comunidade pode ser enriquecedora, conforme se verá mais detalhadamente no próximo capítulo. Além disso, um *consentimento ético-jurídico* não centraliza o debate na procura de *verdades morais absolutas*, nem parte do pressuposto de que existem, na tessitura do universo, valores objetivos a serem descobertos por pessoas racionais com o uso de um método semelhante ao científico. O debate gira em torno de problemas pontuais a serem solucionados com base no conhecimento disponível. Não se pretende, com o consentimento ético-jurídico, a aprovação de um código moral uniforme que todos devem seguir indistintamente, em todas as situações. O que se busca é a realização justa do direito, focando-se no caso concreto. E, para esse objetivo, o fundamento de validade não é transcendental, mas local e contextualizado, dialogicamente constituído, dentro daquilo que Castanheira Neves designa de validade comunitária. Se a isso for acrescentada a ideia de *overlapping consensus* de John Rawls, certamente é possível afastar de vez o fantasma do relativismo, pois o que se busca, nesse modelo, não é a Verdade Moral, mas uma forma de permitir que pessoas com pluralidade de concepções morais abrangentes possam chegar a consensos sobre princípios de justiça que hão de orientar a vida comunitária sem reprimir a diversidade⁴⁹⁸. Dito de modo mais claro: a impossibilidade prática de alcançar um acordo definitivo sobre a veracidade absoluta

498 Não se pode negar, contudo, que o próprio *overlapping consensus* é, em si mesmo, uma proposta ético-moral substantiva que procura um mecanismo de conciliar outras propostas ético-morais

de doutrinas abrangentes não deve levar a um modelo de superação forçada das divergências (que, ao fim e ao cabo, é o que sugerem as concepções fundadas no consentimento político), mas um arranjo institucional capaz de proporcionar o convívio de todos que querem compartilhar um mundo mais decente.

Nesse sentido, a resposta correta para os problemas ético-jurídicos não precisa necessariamente confundir-se com a busca por fatos morais (os morões, sarcasticamente mencionados por Dworkin) ou pela justiça absoluta. Um modelo de consentimento ético-jurídico prefere deixar de lado a disputa sobre a veracidade/objetividade dos valores morais para se guiar por um caminho menos ambicioso, em que o importante é comparar soluções para problemas concretos, tentando respeitar, proteger e promover as capacidades das pessoas envolvidas. Esse projeto tem consciência de suas limitações, mas não abre mão da crença de que existem respostas juridicamente corretas para os problemas concretos, pois somente assim terá algum sentido se esforçar para encontrá-las, ainda que isso nunca aconteça. Aliás, é também importante acreditar que jamais é possível ter certeza de que se está diante de uma resposta correta, pois isso nos forçará a meditar constantemente sobre nossas opiniões, nunca as tratando como verdades definitivas, mas como meras hipóteses passíveis de refutação. O sentido da crença na resposta correta não é encontrá-la, mas procurá-la⁴⁹⁹.

Um último ponto a respeito do relativismo: embora existam muitas divergências morais até mesmo em sociedades relativamente ho-

divergentes. Em outras palavras: o overlapping consensus não é, em si, um projeto moralmente neutro, por mais que tente não “tomar partido” sobre disputas morais. Sobre isso: BRITO, 2006, 7-13; no mesmo sentido: DWORKIN, 2011, p. 66 (na versão portuguesa, p. 77).

499 Dignas de nota são as palavras de Ronald Dworkin já presentes em sua obra “Uma Questão de Princípio”: “Não tenho nenhum interesse em tentar compor uma defesa geral da objetividade de minas opiniões interpretativas, jurídica ou morais. Na verdade, penso que toda a questão da objetividade, que domina tanto a teoria contemporânea nessas áreas, é um tipo de embuste. Deveríamos ater-nos a nosso modo de ser. Deveríamos responder por nossas próprias convicções, da melhor maneira possível, prontos a abandonar as que não sobreviverem à inspeção reflexiva. Deveríamos apresentar nossos argumentos aos que não compartilhem nossas opiniões e, de boa-fé, parar de argumentar quando não houvesse mais argumento adequado. Não quero dizer que isso é tudo o que podemos fazer porque somos criatura com acesso limitado à verdadeira realidade ou com pontos de vista necessariamente tacanhos. Quero dizer que não podemos dar nenhum sentido à ideia de que existe alguma outra coisa que poderíamos fazer para decidir se nossos julgamentos são ‘realmente’ verdadeiros” (DWORKIN, 2001, p. 258/259).

mogêneas, é indiscutível que também existem diversos pontos de convergência, inclusive em sociedades plurais. Como as divergências costumam ser mais marcantes, gerando conflitos intensos, muitas vezes, violentos, tem-se a impressão de que o sistema de valores existente nas comunidades é caótico e jamais será possível obter consensos, nem mesmo o tão falado *overlapping consensus*. Chega um momento em que temos a sensação de que prosseguir no debate parece não valer a pena, e, diante da frustração, esperamos que o grupo mais poderoso (preferencialmente o nosso) coloque um ponto final à discussão de forma autoritária, encerrando de uma vez por todas, aquela interminável troca de argumentos. Quando esse processo começa a se repetir com mais frequência, a sensação de que o debate não faz sentido torna-se permanente e, a partir daí, somos capazes de renunciar a busca do diálogo, dando total liberdade para que a maioria decida como quiser, abrindo as portas para a tirania e para a opressão. Esse tipo de sentimento de derrota talvez seja fruto de uma má percepção da realidade. Uma análise mais detida da vida comunitária talvez fosse capaz de demonstrar que os desacordos são superdimensionados, como decorrência do viés da disponibilidade de que tratam os psicólogos sociais. Deixamos de contabilizar as inúmeras manifestações de respeito mútuo que se apresentam cotidianamente e esquecemos o quanto concordamos em questões éticas básicas. A vida está cheia de consensos silenciosos que não percebemos porque já estão tão inseridos nas nossas expectativas que não fazemos questão de notar. Aliás, mesmo quando há profundos desacordos no nível dos fundamentos, ou seja, mesmo quando duas pessoas adotam concepções morais profundamente diferentes, nada impede que seus princípios fundamentais, por mais diversos que sejam, levem à mesma conclusão de casos práticos. Se a síndrome dos “acordos abstratos, desacordos concretos” é uma realidade, o oposto – “desacordos abstratos, acordos concretos” – também pode ser verdade, razão pela qual, em muitos casos reais, a pluralidade de fundamentos não deve ser considerada como um empecilho para a redução das injustiças. Fundamentos divergentes podem se reforçar mutuamente para justificar uma determinada solução, gerando um consentimento ético-jurídico mais abrangente.

4.2.4.2 A subjetividade da ponderação

De qualquer modo, mesmo que se renuncie à busca por respostas universalmente válidas, preferindo seguir um viés mais comunitário e intersubjetivo, fundado em um *overlapping consensus*, há um aspecto enfatizado pela crítica relativista que não se pode negar: nenhum juízo ético dispensa a existência de sujeitos capazes de dizer (e decidir) qual o padrão axiológico correto e, portanto, sempre haverá um componente subjetivo em qualquer escolha valorativa a afetar a pretensão de objetividade que qualquer discussão racional exige.

A questão é saber se é possível que os sujeitos que irão tomar decisões dessa natureza são capazes de “sair” completamente de seu próprio “sistema de crenças” e se colocar numa posição moralmente equidistante para obter “*the view from nowhere*”⁵⁰⁰ ou então “*the point of view of the Universe*”⁵⁰¹, ou mesmo de “*open impartiality*”, nos termos propostos por Amartya Sen, a partir da noção de espectador imparcial de Adam Smith, ou mesmo a perspectiva do jurista “anti-ideológico por vocação” da proposta jurisprudencialista de Castanheira Neves.

Conforme já dito, as escolhas valorativas que fazemos costumam ser influenciadas fortemente por fatores aleatórios que fogem do nosso controle. A atribuição de pesos a determinados valores varia de acordo as crenças de cada indivíduo, uma vez que, muitas vezes, as nossas opções morais são resultado da cultura em que nossas personalidades são formadas, como consequência de muitos fatores contingenciais (influência dos pais, dos amigos, dos professores, do meio ambiente físico e cultural etc.). Assim, para um católico, o valor “vida humana”, com toda a sua dimensão espiritual pressuposta, teria um peso diferente do que é dado por um ateu mais radical, por exemplo, para quem a vida nada mais seria do que um aglomerado de genes egoístas lutando para se perpetuar⁵⁰².

500 Ressalte-se que Nagel, no referido livro, defende a possibilidade de uma perspectiva objetiva, ainda que nossas visões sejam fragmentadas e imperfeitas. (NAGEL, 1986, p. 11).

501 A expressão é de Henry Sidgwick: SIDGWICK, 1890, p. 382.

502 Estamos, naturalmente, fazendo alusão à Richard Dawkins (DAWKINS, 2007). Dawkins defende que a seleção natural não operaria no nível dos indivíduos, nem dos grupos, nem das espécies, e sim dos genes. Em outras palavras: seriam os genes que lutam para sobreviver e que estão

Do mesmo modo, um jornalista atribui um valor à liberdade de expressão muito maior do que qualquer outra pessoa. Um empresário coloca a livre iniciativa acima dos valores de solidariedade; um ambientalista, por sua vez, trata a proteção ambiental como algo muito superior ao direito de propriedade privada e assim por diante. Como encontrar alguém suficientemente neutro/imparcial/impeçoal para atribuir os pesos corretos a cada um desses valores em conflito? Existiria uma classe de seres humanos que poderia assumir o papel de “anti-ideológico por vocação”, especialmente em temas hipersensíveis como o aborto, a eutanásia, o direito dos homossexuais ou o sentido dos direitos fundamentais de um modo geral?

Justamente por ser muito difícil alcançar uma situação de certeza absoluta, é que o esforço de Robert Alexy para desenvolver a sua engenhosa “fórmula-peso”, com o objetivo de dar uma explicação racional ao processo de ponderação, possui pouca utilidade prática, sobretudo se a adotarmos como ferramenta metodológica, que, talvez, não tenha sido a intenção de Alexy⁵⁰³. Alexy, como se sabe, defende que a ponderação é, apesar de tudo, uma atividade racional e, para isso, tentou encontrar uma fórmula matemática capaz de justificar sua hipótese. Desenvolveu, então, a chamada “fórmula peso”, que sintetiza a estrutura formal da ponderação. A fórmula completa é a seguinte:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

na base da teoria evolutiva. Os seres vivos seriam projetados para agir de forma a aumentar a probabilidade de que seus genes, ou cópias de seus genes, sobrevivam e se reproduzam. Para Dawkins, os organismos seriam meras *máquinas de sobrevivência* – robôs cegamente programados para preservar as moléculas egoístas chamadas genes, que fazem tudo para se perpetuar. Somente o gene egoísta seria capaz de sobreviver, pois se o gene for altruísta o suficiente para permitir que outro gene sobreviva em seu lugar, certamente esse gene altruísta deixará de existir. Dawkins diz ainda que o egoísmo do gene seria uma característica boa, no sentido de que facilitaria a sobrevivência. O gene egoísta seria mais apto a vencer a luta pela vida. Todo gene estaria programado para sobreviver e se reproduzir e fará o que for preciso para se perpetuar. No nível dos genes, não haveria espaço para o altruísmo.

503 A “Fórmula Peso” foi desenvolvida no texto “Die Gewichtsformel”, disponível em português: ALEXY, 2007, p. 131/153. Pode ser vista também, na sua versão mais simples, em castelhano: ALEXY; ANDRÉS IBAÑES, 2006, especialmente p. 1/10.

Para Alexy, havendo dois princípios em colisão, o julgador deve levar em conta todos os fatores envolvidos, tentando dar um peso específico para cada um deles. No final, a ponderação vai pender para o lado que obtiver a pontuação maior. Esses fatores que influenciarão o resultado da atividade ponderativa correspondem, basicamente, a três aspectos pelo menos: (a) o peso abstrato de cada princípio, (b) a importância do cumprimento do princípio “vencedor” e (c) a intensidade do prejuízo do princípio “perdedor”. Daí a “lei da ponderação”: quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro. O papel do jurista seria, portanto, tratar os princípios como mandamentos de otimização.

Por mais engenhosa que seja essa formulação (que, na verdade, é muito mais simples do que parece à primeira vista), ela não consegue atingir sua principal finalidade, que é demonstrar a possível racionalidade da técnica da ponderação. Com ou sem a fórmula alexyana, a ponderação continua com o mesmo grau de subjetividade de sempre. O mais complicado, dentro da atividade ponderativa, é atribuição dos pesos que cada fator envolvido terá. A fórmula em nada ajuda quanto a isso. Através dela, qualquer solução pode ser encontrada, bastando que o jurista “manipule”, conforme seus interesses e ideologia, o peso de cada variável. Se o jurista for contra o aborto, basta que ele atribua um valor bem elevado para a vida do feto e um valor irrisório para a liberdade de escolha da mulher. E o inverso também é verdadeiro. Se o resultado não agrada, eleva-se a pontuação dos critérios que o julgador considera que deva prevalecer até chegar à solução de sua preferência (pode-se aqui invocar a máxima do humorista Groucho Marx: *“those are my principles, and if you don't like them... well, I have others”*). A fórmula, portanto, será como um caderno de colorir que o jurista poderá preencher com as suas cores favoritas. Assim, o processo decisório continuará tão arbitrário quanto antes, com a única diferença de ser escrito com uma linguagem mais fria, impessoal e supostamente lógico-racional, transformando o debate em um jogo numérico sem sentido⁵⁰⁴.

504 Amartya Sen também desenvolveu um argumento semelhante, embora não tivesse em mente a fórmula-peso de Alexy: *“The search for given, pre-determined weights is not only conceptually ungrounded,*

Um defensor de Alexy poderia argumentar que a fórmula parte do pressuposto de que o julgador é sincero e não irá manipular o resultado⁵⁰⁵. Mesmo assim, ainda restam algumas dúvidas: como descobrir que os valores que fundamentam e orientam nossas escolhas e ações resultam de uma racionalidade ética sincera ou, pelo contrário, decorrem dos nossos preconceitos e tradições nem sempre compatíveis com um padrão axiológico válido? Se até mesmo pessoas virtuosas e sábias, como Aristóteles e Platão, por exemplo, foram capazes de defender atos que hoje reputamos abomináveis, como a escravidão e o infanticídio, quem pode garantir que também os nossos juízos morais não serão censurados pelas gerações que virão? Como podemos ter certeza de que as nossas crenças morais sobre, por exemplo, o status ético dos animais ou dos estrangeiros ou sobre o valor da vida humana ou sobre a sexualidade etc., decorre de uma profunda reflexão ética ou, pelo contrário, de uma doutrinação cultural a que fomos submetidos desde a infância e não somos capazes de enxergar suas fraquezas (ou não fazemos questão de enxergá-las)? Sabendo que temos a tendência natural de dar mais valor àquilo que nos agrada, como não usar a fórmula como um mero espelho de nossas próprias preferências ainda que inconscientemente? Como saber que estamos levando mesmo em consideração, com a importância devida, os interesses daqueles que seguem valores que não são compartilhados por nós, já que não estamos acostumados com o pensamento divergente? Tendo consciência de que somos facilmente influenciados por teorias que apelam para o nosso sentido moral e, infelizmente, não somos suficientemente críticos para

but it also overlooks the fact that the valuations and weights to be used may reasonably be influenced by our own continued scrutiny and by the reach of public discussion. It would be hard to accommodate this understanding with inflexible use of some pre-determined weights in a non-contingent form” (SEN, 2009, p. 242/243).

505 A preocupação com a sinceridade argumentativa está presente em diversas regras de argumentação da Teoria da Argumentação Jurídica de Alexy: “todo orador só pode afirmar aquilo em que de fato acredita” (1.2); “todo orador só pode afirmar aqueles julgamentos de valor ou de obrigação em dado caso os quais está disposto a afirmar nos mesmos termos para cada caso que se assemelhe ao caso dado em todos os aspectos relevantes” (1.3’); “toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem que ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas” (5.1.1); “as regras morais subjacentes à visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. Uma regra moral não suporta esse exame se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização” (5.2.2) e assim por diante (ALEXY, 2001, p. 293/295).

questioná-las, como podemos saber que o nosso juízo está mesmo nos levando à direção correta⁵⁰⁶?

Outras indagações céticas podem ser formuladas contra essa empreitada de pretender representar o juízo decisório em fórmulas matemáticas: como reduzir questões tão complexas como aquelas que decorrem da colisão de direitos a tão poucas variáveis? Como atribuir pesos à tradição, ao projeto de futuro que se deseja construir, ao sentimento das pessoas envolvidas, às pré-compreensões (legítimas e ilegítimas), ao singular contexto de cada vida humana e de cada caso específico? O mundo da vida certamente não pode ser reduzido a símbolos lógicos, algoritmos ou números, pois isso sempre significará uma redução artificial (e, portanto, falsa) da realidade. Se é admissível usar as ciências “nobres” para compreender alguns fenômenos, certamente devemos desconfiar de qualquer projeto normativo travestido de cientificidade, pois não é essa a vocação original do pensamento científico.

Apesar disso, mesmo reconhecendo todos os defeitos e riscos da ponderação, não se pode negar que ela é uma parte indissociável do juízo decisório, pois toda decisão envolve uma escolha, e toda escolha envolve avaliações ponderativas. Em qualquer situação envolvendo incerteza, é preciso ponderar. A questão não é saber se essa ponderação é boa ou ruim, se tem vantagens ou desvantagens, pois não há como fugir dela. A ponderação é inevitável⁵⁰⁷.

Porém, a ponderação que se defende não é uma ponderação otimizante (de otimização de normas) nos moldes sugeridos por Alexy, mas uma ponderação comparativa ou analógica⁵⁰⁸. Quando se busca a melhor solução para um problema jurídico (sob a perspectiva do sentimento ético-jurídico) não se pretende maximizar coisa alguma,

506 A construção dessas perguntas foi influenciada pelo pensamento de David Hume: HUME, 2001.

507 Até mesmo a opção de escolher ou não a técnica da ponderação já é, em si, uma ponderação. Um juiz que faz a opção de seguir incondicionalmente o critério legal em todos os casos, ainda que isso possa resultar em injustiças flagrantes, também está fazendo uma ponderação em que dá um peso maior ao respeito à lei do que à busca da solução justa. É uma escolha comparativa entre duas alternativas possíveis a ser solucionada com base em fatores que transcendem a mera legalidade, pois a lei não tem o poder de obrigar o juiz a ser legalista, já que é a própria autoridade da lei que está em questão, conforme já visto no capítulo 3.

508 Sobre isso: BRONZE, 2012, p. 23 e ss.

nem submeter as normas fundamentais a um tipo de cálculo matemático onde a que obtiver a maior pontuação ganha. A ideia de ponderação de normas parece ainda estar refém da premissa normativista de que o processo decisório inicia-se no sistema para somente depois alcançar o problema. Dentro dessa lógica, a ponderação operar-se-ia, num primeiro momento, em um nível mais abstrato para somente depois haver a aplicação do “princípio vencedor” (fruto da ponderação de normas) ao caso concreto, como se as normas disponíveis no sistema fossem uma grandeza valiosa em si mesma, aos moldes do velho modelo subsuntivo. Esse tipo de proposta comete o mesmo erro do normativismo de inverter a ordem do problema: a norma torna-se o centro do raciocínio, e o caso é um mero fator acessório a indicar limites e possibilidades fáticas e jurídicas para aplicação da daquela norma⁵⁰⁹.

No capítulo precedente, já foi visto que o raciocínio jurídico não se inicia a partir do sistema, mas a partir do problema. Por isso, a ponderação é um juízo completamente dependente do caso concreto e não envolve apenas as normas abstratas em si, mas um conjunto mais complexo de informações relevantes para a solução do caso⁵¹⁰. Aliás, falar em colisão

509 Aliás, é fácil perceber que Alexy, mesmo assumindo uma postura antipositivista, adota um conceito tipicamente normativista de direito. Para ele, “O direito é um sistema de normas que (1) reivindica uma correção à pretensão; (2) consiste na totalidade de normas que pertencem a uma constituição socialmente efetiva e que não seja extremamente injusta, bem como na totalidade de normas que foram aprovadas em conformidade com essa constituição, e que possuem um mínimo de eficácia social ou projeta uma eficácia social e que não sejam elas próprias extremamente injustas, e, finalmente, (3) compreende os princípios e outros argumentos normativos que hão de fundamentar o processo de aplicação do direito a fim de satisfazer a sua pretensão à correção” (ALEXY, 2002, p. 127, tradução nossa).

510 Embora em um contexto diferente do aqui tratado, mas dentro do mesmo espírito, Costas Douzinas critica a redução artificial dos conflitos na linguagem jurídica do seguinte modo: “O uso do discurso dos direitos para descrever normativamente um conflito ou um conjunto de reivindicações é uma forma limitada de narrar a situação. Ele é cognitivamente impreciso e moralmente empobrecido: impreciso, porque apresenta como completa uma perspectiva limitada do mundo, como se uma das obras de Cézanne, a *Montaigne Sainte Victoire*, fosse a representação definitiva do monte. Empobrecido, pois assume que os vários interesses, reivindicações e especificidades das partes possam ser traduzidos em uma única linguagem comum” (DOUZINAS, 2009, p. 258; DOUZINAS, 2000, p. 251). Nessa perspectiva, descrever os conflitos jurídicos em termos dicotômicos (direito à vida versus direito à liberdade, direito de propriedade versus direito ao trabalho e assim por diante) não apenas não ajudaria a compreender o pano de fundo, as questões e os interesses envolvidos, como também poderia retardar ainda mais a sua resolução. Isso porque, quando surge um conflito dessa espécie, o principal problema é encontrar valores compartilhados que possam servir como parâmetro para solucionar o caso. Porém, na ausência de um meta-princípio externo ao conflito, que poderia funcionar como árbitro, a importação do discurso dos

de princípios em um nível abstrato, ou seja, desvinculado de um contexto problemático concreto, faz pouco sentido. E mesmo dentro de um contexto problemático concreto, também faz pouco sentido fazer “ponderações” de princípios abstratos como se fosse possível, a partir desse exercício mental, encontrar o princípio mais importante para ser aplicado ao caso. Se o caso é o foco do processo deliberativo, o tipo de conflito normativo que surgirá de uma eventual escolha trágica não pode estar desvinculado do contexto problemático, o que significa dizer que o conflito ocorre entre propostas de solução e, portanto, a ponderação a ser feita é uma ponderação de soluções. O decisor compara alternativas, argumentos, valores e critérios e tenta realizar aproximações e afastamentos em relação a escolhas realizadas no passado para tentar obter a melhor solução para o problema atual à luz das informações disponíveis. Dito de um modo mais claro: dentro do juízo decisório, a ponderação não significa, propriamente, uma eleição ou um sopesamento entre os valores mais importantes e menos importantes (até porque a relação entre princípios não é de hierarquia, mas de entrelaçamento e de mútua sustentação), mas uma comparação entre soluções possíveis.

Nesse processo, o juiz deve assumir o compromisso deliberado de buscar uma solução conforme os princípios fundantes do direito e um cuidado em apresentar razões convincentes que possam justificar o julgado com base em parâmetros de validade aceitos pela comunidade. Obviamente, há sempre uma margem de subjetividade, que é inerente a qualquer juízo decisório, mas isso não significa dizer que essa escolha não possa ser principiologicamente guiada. Dizer que uma decisão pode ser principiologicamente guiada significa estimular a centralização do debate nos argumentos de princípios e prestigiar aquelas propostas que mais contribuam para a expansão do círculo ético.

direitos tende a intensificar a resolução das partes e a torná-las menos receptivas à negociação ou compromisso, na medida em que transfere a luta do terreno dos interesses rivais para o das verdades supostamente absolutas e das prerrogativas comprometedoras.

4.2.4.3 A incomensurabilidade

Outra relevante objeção à ponderação pode ser designada de objeção da incomensurabilidade. É que a ponderação de valores, na sua formulação mais conhecida, pressupõe uma espécie de cálculo onde são comparados valores antagônicos que serão colocados em uma balança para serem “sopesados”. O problema, de acordo com a objeção da incomensurabilidade, é que a pluralidade, a diversidade e a heterogeneidade das necessidades e dos desejos humanos não podem ser objeto de comparação nem podem ser reduzidos a um padrão de moralidade comum. A simples tentativa de superação da fragmentação axiológica já seria totalitária e, ao longo da história, foi fator de discórdia e combates sangrentos. Os que aceitam essa tese costumam questionar: como colocar a liberdade e a igualdade numa mesma balança? Com base em que critério pode-se dizer que a vida vale mais do que a liberdade de escolha ou vice-versa? Como decidir entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade, se ambos merecem consideração e são igualmente importantes para uma vida comunitária? Como buscar uma unidade axiológica no meio da fragmentação ético-cultural exigida e provocada pelo pluralismo com a sua multiplicidade de espectros de vozes inconciliáveis?

De acordo com a objeção da incomensurabilidade, isso seria impossível, já que os direitos fundamentais são heterogêneos e isso impediria um sopesamento que só seria possível entre elementos comensuráveis, ou então, se fosse estabelecido um padrão de comparação, que não existe no momento. A própria metáfora de ‘pesar’, ‘sopesar’, ‘balancear’, ‘ponderar’ etc. reivindicações morais rivais não seria apenas inadequada, mas até mesmo enganosa, já que não poderiam existir critérios uniformes para medir o ‘peso’ dos valores em questão, dada a sua heterogeneidade e incomensurabilidade⁵¹¹. Caso essa tese seja verdadeira, seria absurdo colocar coisas diferentes em uma balança e medir o seu “peso e importância” como se fossem coisas idênticas⁵¹².

511 A esse respeito: MACINTYRE, 2001, p. 413.

512 Uma forma de escapar dessa crítica seria tentar mirar em padrões de avaliação que possam servir como medida de comparação entre valores antagônicos. Assim, o peso de cada valor seria medido em relação a padrões aceitos em um dado contexto. Por exemplo, poderia ser adotado,

Além disso, poder-se-ia alegar que a própria Constituição, que dá positividade aos valores e estabelece os mecanismos para a sua proteção, não teria feito qualquer tipo de escalonamento indicando qual teria prevalência em caso de colisão. Assim, qualquer tentativa de hierarquizar valores seria não só arbitrária, mas também despida de base jurídica⁵¹³.

A objeção da incomensurabilidade é profunda e merece ser levada a sério, mas parece afetar muito mais as concepções filosóficas que se baseiam em uma busca transcendental pela justiça. Se tivermos em mente um modelo de jurisdição focado na solução de problemas concretos, a incomensurabilidade entre os valores não deve ser encarada como um obstáculo à tomada de decisões sensatas. Como explica Amartya Sen, poderá acontecer, por vezes, que a escolha e a pesagem (ou ponderação sopesada) se mostrem difíceis, mas isso por si só não significa que é impossível realizar escolhas racionais entre combinações de objetos diversos. A presença de resultados não comensuráveis apenas indica que as escolhas-decisões em causa não serão triviais (vale dizer, redutíveis a um mero contabilizar do “mais” e do “menos”), mas o que, em caso algum, já não nos dirá é que elas sejam impossíveis – nem sequer que elas tenham de ser sempre particularmente difíceis. (SEN, 2009, p. 239/241).

Ponderar não é um mero calcular (contar valores), mas uma reflexão comparativa envolvendo problemas e soluções. Reconhecer a sua presença e inevitabilidade no debate jurídico, sobretudo quando o que está em jogo é um conflito de direitos fundamentais, significa focar o debate naquilo que realmente importa, que é a ampliação da justiça ou a redução

como critério de medição, o nível de contribuição de um dado valor para o aumento do bem-estar social ou para a redução das desigualdades ou para o aumento da riqueza e assim por diante. Certamente, isso não resolve o problema mais sério de definir que padrões seriam estes, quem deve defini-los e como calculá-los, mas pelo menos teria o mérito de superar o problema da incomensurabilidade. Ocorre que, para que esse tipo de proposta fosse factível, seria necessário reduzir artificialmente a análise, levando em conta *um só fator a ser medido*. Essa abordagem empobreceria bastante a solução do problema, pois, quando o que está em jogo é o sentido da justiça, há uma pluralidade de valores que precisam ser levados em conta e qualquer tentativa de homogeneização seria indesejável. Quando há uma mudança de contexto, também há uma mudança nos fundamentos da justiça. As várias dimensões de valor – ou esferas de justiça, para usar a expressão consagrada por Michael Walzer – não podem ser medidas segundo uma escala comum (WALZER, 1983).

513 No Brasil, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins defendem essa ideia: DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 224/232.

das injustiças, nunca perdendo a situação concreta de vista. Negar a existência dessa reflexão ponderativa, preferindo encobri-la ou dissimulá-la, é uma postura que empobrece o debate, evitando o enfrentamento do cerne da questão.

Apesar disso, não se pode deixar de reconhecer que todo esse discurso de valorização dos princípios acarreta riscos, que também não podem ser camuflados, especialmente os riscos do “*decisionismo judicial*”⁵¹⁴, que nada mais é do que a atitude do magistrado que julga com base em suas próprias convicções pessoais sem se preocupar em buscar uma solução ético-jurídica comunitariamente validada. É o que se verá a seguir.

4.2.5 Objeções de déficit de justificação (relativas à argumentação jurídica, ao decisionismo e à dissimulação ética)

Os juízes, que são obrigados a dar uma sentença decisiva a favor de uma das partes, muitas vezes ficam embaraçados e não sabem como decidir; são forçados a proceder pelas razões mais frívolas do mundo – David Hume, “Tratado da Natureza Humana”

A valorização dos princípios na realização concreta do direito não significa aumentar os poderes do juiz, mas limitar ou mesmo eliminar a discricionariedade judicial, direcionando o juízo por meio de parâmetros axiológicos que não podem deixar de ser seguidos. Apesar disso, não se pode deixar de reconhecer que, mesmo limitando o juízo, os princípios aumentam as possibilidades judicativas, porque permitem o questionamento e a reflexão acerca da validade dos critérios disponíveis. Pode-se dizer que os princípios reduzem a liberdade de julgar no *nível dos fundamentos*, mas ampliam os poderes do juiz no nível dos critérios⁵¹⁵. Com isso, as

514 Carl Schmitt se auto-atribui a autoria da expressão “decisionismo judicial” (SCHMITT, 2007, p. 67).

515 Explicando melhor: em um modelo de estrita legalidade, no qual o julgador está incondicionalmente vinculado ao critério estabelecido pelo legislador, só é dado ao juiz um caminho a seguir: aquele caminho taxativamente imposto pela regra. Com o reconhecimento da importância normativa dos princípios, o critério legislativo deve passar pelo filtro de validade e de adequação antes de ser assimilado ao caso. Ao juiz, portanto, é dada a opção de seguir ou o caminho predefinido pela regra ou outro caminho constituído com a ajuda dos princípios. Em um modelo

leis e os precedentes deixam de ser objetos imaculados de contemplação e veneração, para serem submetidos a um processo crítico de validação axiológica, que tanto pode resultar numa aceitação quanto numa rejeição de sua juridicidade.

Porém, uma distorção da ideia de força normativa dos princípios tem levado a um caminho oposto daquele originalmente pretendido: os princípios têm sido mobilizados, na prática, para aumentar a discricionariedade judicial, dando azo aos juízes para decidirem como quiserem, com o único constrangimento de serem obrigados a fundamentar a sua escolha no sistema normativo-constitucional, que, afinal, aceita quase tudo, dada a pluralidade dos valores que contempla.

Daniel Sarmiento, analisando a realidade brasileira, sugeriu, em um tom bastante crítico, que estaria havendo um abuso por parte dos juízes na utilização das ferramentas fornecidas pela teoria dos princípios. Ele chamou o fenômeno de “oba-oba constitucional”⁵¹⁶. Sarmiento acrescentou ainda um aspecto sociológico, típico da sociedade brasileira, que poderia gerar uma distorção ainda maior desse uso distorcido da teoria dos princípios. Segundo ele, “numa cultura já tão flexível como a brasileira, a invocação metodologicamente desordenada dos princípios pode afrouxar ainda mais o nosso já escasso compromisso com o cumprimento das leis”. (SARMENTO, 2006, p. 201).

Uma análise da jurisdição constitucional praticada no Brasil poderia nos levar à conclusão de que todas as críticas que geralmente são feitas à técnica da ponderação – por ser irracional, pouco transparente, arbitrá-

que, efetivamente, valorize os princípios, a escolha não é arbitrária, pois o juiz é obrigado a seguir o caminho mais compatível com os princípios. Assim, de certo modo, pode-se dizer que, mesmo nessa situação, a liberdade do juiz é bastante restringida não só no nível dos fundamentos como também no nível dos critérios. A diferença é que, no nível dos critérios, a resposta não é mais pré-determinada, exigindo um esforço constitutivo do juiz para tomar a melhor decisão possível, bem como para fornecer justificações convincentes para a sua opção judicativa.

516 Em suas palavras: “muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser” (SARMENTO, 2006, p. 200).

ria, subjetiva, antidemocrática, imprevisível, insegura etc.– são, em grande medida, procedentes diante da nossa realidade. No fundo, a ideia de ponderação não está sendo utilizada para reforçar a carga argumentativa da decisão, mas justamente para desobrigar o julgador de fundamentar⁵¹⁷.

Virgílio Afonso da Silva conseguiu captar bem esse fenômeno no seu texto “O Proporcional e o Razoável”, onde foram apontados diversos casos em que o Supremo Tribunal Federal, valendo-se da ideia de que os direitos fundamentais podem ser relativizados com base no princípio da proporcionalidade, simplesmente invalidou o ato normativo questionado sem demonstrar objetivamente porque o ato seria desproporcional. Para ele,

a invocação da proporcionalidade [na jurisprudência do STF] é, não raramente, um mero recurso a um tópos, com caráter meramente retórico, e não sistemático (...). O raciocínio costuma ser muito simplista e mecânico. Resumidamente: (a) a Constituição consagra a regra da proporcionalidade; (b) o ato questionado não respeita essa exigência; (c) o ato questionado é inconstitucional. (SILVA, 2002, p. 31)

Aliás, esse não parece ser um problema exclusivo do Brasil. Já em 1956, J. D. March havia feito uma crítica às decisões da Suprema Corte norte-americana muito semelhante a ora formulada. Ao analisar a conhecida norma constitucional que diz que “ninguém será privado da sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal”, March, com muita ironia, defendeu que o artigo é muito claro. Basicamente, ele significa que “nenhum W será X ou Y sem Z, sendo que W, X, Y e Z podem assumir quaisquer valores dentro de um extenso conjunto”⁵¹⁸. Em sentido semelhante,

517 O curioso é que, no Brasil, as limitações argumentativas do discurso judicial foram expostas com muito mais clareza a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal, numa louvável atitude de transparência, passou a transmitir os seus julgamentos em rede nacional pela internet e pela TV Justiça. Vários setores da sociedade, que não fazem parte do meio jurídico, passaram a acompanhar os julgamentos mais polêmicos para tentar compreender os argumentos utilizados pelos juízes. Quando se analisam os comentários às decisões judiciais feitos por pessoas mais esclarecidas que não fazem parte do setor jurídico, percebe-se que, muitas vezes, as justificações apresentadas costumam ser ridicularizadas, seja pela erudição exagerada adotada nos votos, seja porque, nos assuntos não estritamente legais, os argumentos são fracos, baseados em premissas ultrapassadas ou que não fazem o menor sentido.

518 A citação foi extraída de HART, 2007, p. 12.

o juiz Hugo Black dizia com bom humor: *“the layman’s constitutional view is that what he likes is constitutional and that which he doesn’t like is unconstitutional”*.

Talvez exista uma explicação para essa baixa consistência argumentativa em muitas decisões judiciais. É sabido que, na atual fase de evolução do direito, vigora a regra da proibição da denegação de justiça, ou seja, os juízes devem julgar todos os conflitos que lhes são submetidos, mesmo que não estejam seguros sobre qual é a melhor solução. Em outras palavras: o juiz não tem apenas o poder de julgar, mas também uma obrigação de decidir os casos a ele submetidos. A utilidade prática da proibição *“non liquet”* é inegável. Se o juiz se eximisse de proferir uma decisão toda vez que estivesse em dúvida, haveria grande probabilidade de o sistema entrar em colapso, pois são muitas as situações em que isso ocorre. Por não poder demonstrar ou confessar ignorância, muitos juízes, inconscientemente, transformam essa obrigação de julgar tudo em uma falsa crença de que sabem tudo e que são, portanto, capazes de seres os senhores onipresentes e oniscientes da verdade e da justiça. Essa falsa crença talvez seja a primeira causa da arrogância que comumente costuma-se associar à figura do juiz, e também talvez seja responsável pelo “isolamento cognitivo” tão presente no discurso jurídico, baseado num ultrapassado dogma de que o conhecimento dos textos legais é suficiente para solucionar corretamente todos os problemas jurídicos.

Ao lado do *“non liquet”*, foram desenvolvidos, ao longo da história do direito, mecanismos para reduzir o arbítrio que naturalmente resulta dessa arrogância intelectual. O mais importante, sem dúvida, é o dever imposto aos juízes de justificarem as decisões. O magistrado tem que apresentar, na sua sentença, as razões do seu convencimento e expor os motivos de sua decisão. Para muitos, o dever de fundamentar as decisões judiciais é o elemento capaz de fornecer a base de legitimidade para o exercício da jurisdição. Como afirmou Aarnio Aulis, *“la responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones. La base para el uso del poder por parte del juez reside en la aceptabilidad de sus decisiones y no en la posición formal de poder que pueda tener”*. (AARNIO, 1991, p. 29).

Ora, mas como justificar com objetividade as escolhas se muitas vezes os próprios juízes não sabem com certeza o que motivou a sua decisão, nem possuem tempo nem estrutura material para elaborar uma

solução consistente? Como apresentar razões se, em muitas situações, a escolha judicial é fruto de um sentimento introspectivo que o juiz não sabe expressar com clareza? Aliás, como fundamentar racionalmente uma escolha valorativa se o próprio conhecimento ético encontra-se fragmentado e diluído em uma multiplicidade de perspectivas nem sempre coerentes entre si?

Nesse sentido, Alasdair MacIntyre, em seu influente *After Virtue*, sugeriu que o conhecimento ético-filosófico contemporâneo é tão fragmentário, desordenado e confuso que parece ter sido produto de uma catástrofe avassaladora que, hipoteticamente, teria destruído boa parte do conhecimento moral até então produzido. É como se tivéssemos perdido bibliotecas inteiras de informações e só tivesse nos restado meros fragmentos de um esquema conceitual ou meros simulacros de moralidade. (MACINTYRE, 2007, p. 2) Nesse contexto, seríamos “platônicos perfeccionistas”, recompensando generosamente os conquistadores de medalhas nos jogos olímpicos; “utilitaristas” em muitas circunstâncias da vida, em que se trata de distribuir recursos raros; “lockeanos”, quando afirmamos o valor absoluto do direito de propriedade; “cristãos”, quando reconhecemos a importância da caridade, da compaixão e da igualdade de todos os seres humanos como valor moral; enfim, somos “kantianos”, exigindo que se funde a moral na autonomia pessoal. (CANTO-SPENCER, 2004, p. 62)

Diante da necessidade de apresentarem justificações convincentes para todos os problemas em quadro caótico e fragmentado como esse, a dogmática jurídica é forçada a desenvolver, ainda que inconscientemente, técnicas argumentativas que se adaptam para as mais variadas situações, mas, no fundo, não justificam nada. Criam-se palavras mágicas e frases de efeito, muitas vezes rotuladas como “princípios”, que não passam de subterfúgios utilizados pela prática judicial para dar ao juiz uma possibilidade de “justificar” o julgado sem apresentar argumentações consistentes. “Julgo de tal modo porque essa é a solução mais *razoável*”. “Decido assim, pois é a solução mais compatível com interesse público”. “Determino isso, em razão dos bons costumes e da equidade”. Expressões desse tipo costumam ser como as previsões dos astrólogos: explicam tudo, justificando todo e qualquer resultado que se queira encontrar, e não há nada que possa refutá-las, já que seu conteúdo é aberto o suficiente para se amoldar a

todas as situações, conforme os interesses pessoais de quem as cita. Elas funcionam como um disfarce para a ignorância, ou seja, como uma forma sofisticada de dizer que conhece a resposta para o problema sem saber o porquê daquela solução intuitivamente encontrada. Mobilizando outra metáfora, pode-se dizer que essas palavras fazem o papel da *katchanga real* do jogo anedótico desenvolvido por Luís Alberto Warat⁵¹⁹. No fundo, tais expressões são meros placebos argumentativos auto-ministrados pelos juízes para aliviarem psicologicamente a angústia de não serem capazes de encontrar argumentos racionais para tudo. O problema é que, apesar de serem meros placebos, essas expressões possuem efeitos colaterais sérios. O mais grave é, sem dúvida, a transformação da argumentação jurídica em uma técnica vazia de sentido e, portanto, arbitrária, tudo o que o direito historicamente combateu.

É fácil perceber o erro metodológico que leva a esse tipo de expediente argumentativo. Invocando novamente o modelo metafórico segundo o qual os princípios podem ser considerados como bússolas e as regras como mapas, percebe-se que os princípios não podem ser usados diretamente como critérios de decisão, tal qual uma trilha traçada num mapa. Nas palavras de Aroso Linhares, o papel dos princípios é o de um “*warrant* argumentativo autonomamente pressuposto (o fundamento justifica uma conclusão racionalmente plausível mas não nos propõe uma solução ou tipo de solução, não nos dispensando assim do esforço discursivo de a obter)”. (LINHARES, 2012a). O erro prático dos juristas brasileiros é tratar os princípios como se fossem capazes, por si só, de indicar o caminho exa-

519 Warat, na década de 1980, desenvolveu a metáfora da *katchanga* para criticar a dogmática jurídica pela sua capacidade de se adaptar às circunstâncias através de subterfúgios voluntaristas. Segundo ele, a dogmática jurídica seria como um jogo de cartas através do qual os juristas criam “coringas” (a *Katchanga Real*) para salvar as teorias em situações problemáticas. Assim, a dogmática seria “um jogo de cartas marcadas. E quando alguém consegue entender ‘as regras’, ela mesma, a própria dogmática, tem sempre um modo de superar os paradoxos e decidir a ‘coisa’ ao seu modo...”. Mais recentemente, a metáfora da *Katchanga* tem sido invocada para criticar a “ponderação à brasileira” e o baixo déficit de qualidade da argumentação jurídica adotada no Brasil. Sobre a gênese da metáfora da *Katchanga*: STRECK. A propósito, a referida crítica possui semelhanças com a chamada “tese Duhem-Quine”, na sua versão popularizada, segundo a qual dificilmente um cientista abandona uma teoria na qual investiu seu tempo e seu talento, além de ter depositado sua credibilidade perante seus pares. A tendência, quando o cientista se depara com uma prova empírica que possa refutar a sua teoria, é sempre reformular a proposta inicial, por meios de emendas “*ad hoc*”, mantendo o núcleo da hipótese inalterado, de modo a permitir que ela seja reconciliada com os fatos observados.

to a ser seguido. Certamente, essa atitude constitui um vício provocado pela forte influência normativista no pensamento jurídico, onde a mera invocação da norma parece ser suficiente para justificar o julgado, conforme já visto, não se pode tratar os princípios como se fossem normas a serem aplicadas de forma subsuntiva, pois sua função não é fornecer de forma direta e imediata os critérios para a decisão, mas apenas os fundamentos para o juízo decisório. Os princípios servem, numa fase ainda preliminar da formação do juízo decisório, como elemento de inspiração, motivação e orientação do julgador; já numa fase seguinte, funcionam como parâmetro de seleção, de controle e de construção dos critérios de solução; e, finalmente, como elemento de argumentação e ferramenta de justificação e de convencimento. Na fase argumentativa, os princípios não substituem os critérios normativos de julgamento, que constituem, efetivamente, o núcleo decisório.

Além disso, a linguagem excessivamente abstrata da teoria dos princípios e dos direitos parece gerar um tipo de consenso meramente de fachada que camufla conflitos de fundo, propiciando o florescimento de uma dissimulação argumentativa, onde a hipocrisia impera. Um aparente consenso quanto aos valores fundamentais, enunciados por palavras grandiloquentes que poucos ousam questionar e todos concordam que representam aspirações valiosas, encobre uma profunda divergência quanto às soluções de problemas específicos. Porém, diante do consenso no nível abstrato (das expressões grandiloquentes), o enfrentamento do conflito concreto quase nunca acontece de modo direto, pois o que aparece é apenas uma argumentação cosmética, ricamente ornamentada com a retórica principiológica, em cujo interior se escondem os escombros de um conflito não solucionado.

Outro problema semelhante, e talvez muito mais grave, é o uso retórico de certas palavras de legitimação que costumam ser mobilizadas para manipular e seduzir a plateia, funcionando como álibis ideológicos para os mais variados fins. São palavras de “lantejoula e ilusão”, para usar uma expressão citada por Castanheira Neves (1995a, p. 68).

Existem, de fato, algumas palavras que servem como instrumento retórico para a legitimação de ações, pois induzem intuitivamente a um juízo de valor positivo ou negativo sobre um determinado fato social. Ética, de-

mocracia, justiça, liberdade, dignidade, direitos humanos são exemplos de palavras de legitimação com conteúdo positivo. Opressão, dominação, injustiça, crueldade, autoritarismo são exemplos de palavras de legitimação com conteúdo negativo. Muitas outras poderiam ser citadas, mas, para os fins ora pretendidos, esses exemplos são suficientes.

No âmbito do discurso dos direitos humanos/fundamentais, esse fenômeno é bastante perceptível, já que o discurso dos direitos é um discurso fortemente persuasivo. Ele comove, deslumbra, impressiona, convence e inspira. Para usar uma imagem de Amartya Sen, a retórica dos direitos humanos é capaz de provocar “nós na garganta” (“*lump in the throat*”). (SEN, 1999, p. 262). Em alguns casos, a depender do talento do orador, faz-nos chorar, motivando-nos a agir em prol de algum ideal qualquer e até mesmo dando um sentido para as nossas existências. Multidões sacrificam-se pela liberdade e pela igualdade, fazem revoluções, pegam em armas, chegam a matar e a morrer com orgulho, convencidas da nobreza de sua causa⁵²⁰.

O que as palavras de legitimação costumam ter em comum é uma falta de precisão semântica, provocando o já mencionado fenômeno dos “consensos abstratos, desacordos concretos”. Embora todos concordem que as decisões devem ser justas, que os regimes políticos devem ser democráticos, que os governantes devem ser éticos, que as pessoas devem ser tratadas com dignidade, é difícil definir com rigor se um determinado regime político é democrático ou não; se uma determinada conduta é ética ou não; se um tratamento é digno ou não; se uma decisão judicial é justa ou não, mesmo porque há várias teorias sobre a democracia, sobre a ética e sobre a justiça. O efeito colateral daí decorrente é o uso meramente manipulador ou propagandístico dessas expressões, sobretudo quando apropriadas pelo discurso do poder. Nesse contexto, tais palavras passam a ser mobilizadas não para promoverem os valores que o texto pretensamente veicula, mas para ludibriar os mais ingênuos, que se deixam enganar por meros discursos ornamentados com expressões grandiloquentes⁵²¹. A partir daí, argumentadores pouco escrupulosos, notando o efeito

520 O brado de Madame Roland, antes de ser guilhotinada em 1793, parece se aplicar a todos os direitos fundamentais: “Ô liberté, que de crimes on commet en ton nom!”

521 Sobre isso, vale a leitura do texto “Contra as Palavras Grandiloquentes”, disponível em: POPPER, 1992.

sedutor dessas palavras de legitimação, tentam se aproveitar do efeito de *deslumbramento* por elas proporcionado e as invoca mesmo em situações onde elas, originalmente, não se aplicariam: uma prática cruel é rotulada de “humanitária”, um regime opressor é chamado de “revolucionário” e assim por diante⁵²². Os documentos oficiais que mais desrespeitam os direitos fundamentais costumam tecer louvores à liberdade e à igualdade, mesmo quando a sua proposta é justamente neutralizar esses direitos⁵²³.

A percepção de que os direitos fundamentais possuem um efeito de “feitiço” ou de “encantamento” tem produzido uma grave distorção no discurso jurídico da atualidade, onde a argumentação tem assimilado um componente predominantemente simbólico (no sentido desenvolvido por Marcelo Neves) que pode comprometer a própria força normativa dos direitos fundamentais ou, o que é pior, pode transformá-los em instrumentos de opressão ou de favorecimento de interesses escusos⁵²⁴.

522 É fato bem conhecido que toda pessoa que pretende governar outras pessoas, criando um sistema de normas para ser obedecido, tenta justificar suas ordens no intuito de inserir na mente dos destinatários das normas a ideia de que é correto respeitá-las para alcançar alguma finalidade superior. Até mesmo o mais facínora dos governantes, no intuito de se perpetuar no poder, embute em seus discursos oficiais essa mensagem, buscando criar uma adesão espontânea ao seu sistema de normas, por mais opressivo que, de fato, seja. Mesmo um grupo de bandidos, quando estabelece regras a serem cumpridas pelos seus pares, constrói justificativas sobre a correção daquelas regras, apropriando-se de palavras eloquentes para se legitimarem perante os comandados. Para comprovar esse fato, pode-se citar o “Estatuto do PCC”, elaborado pelos líderes da maior quadrilha organizada do país: o Primeiro Comando da Capital. Naquele regulamento, ao lado da pena de “morte sem perdão”, em relação aos traidores do bando, há expressões como “lealdade, respeito e solidariedade”, “liberdade, justiça e paz”, “luta contra as injustiças e a opressão” e assim por diante. Do ponto de vista semântico, não há grande diferença entre o “Estatuto do PCC” e a Declaração Universal dos Direitos Humanos. O “Estatuto do PCC” pode ser lido em: <http://tinyurl.com/83fu9tk>. Aliás, todas as formas mafiosas costumam incentivar um sistema de valores em seus membros, como forma de obter uma adesão psicológica forte e não meramente interesseira. “Honra”, “família”, “lealdade”, “tradição” são valores comumente mobilizados pela máfia para atingir os seus propósitos. É por esse motivo que, embora todo sistema jurídico costume formular uma pretensão à correção, isso não significa reconhecer que essa pretensão à correção seja sincera e justificada (ALEXY, 2002, p. 27).

523 A título de exemplo, no Brasil, o Ato Institucional n. 5 (AI-5), de 1968, que é considerado o mais abominável instrumento de perseguição adotado pela ditadura militar por ter suprimido inúmeras garantias fundamentais, utilizou, em seus *considerandos*, expressões como “autêntica ordem democrática”, “baseada na liberdade”, “no respeito à dignidade da pessoa humana”, “reconstrução moral do país” etc.

524 Seria possível, à luz da realidade brasileira, desenvolver uma teoria da *argumentação simbólica*, vinculada à *constitucionalização simbólica*. Uma teoria assim certamente seria capaz de sistematizar, sem dificuldades, um quadro contendo pelo menos a seguinte tipologia de *argumentos simbólicos* envolvendo os direitos fundamentais: (a) *argumentação-placebo* (uso banalizado e indiscriminado do discurso dos direitos fundamentais); (b) *argumentação-álibi* (manipulação retórica do discurso

O discurso dos direitos, sendo um discurso, ao mesmo tempo, sedutor, manipulável e indeterminado, proporciona que os mais variados grupos se utilizem do seu efeito retórico para fundamentarem suas pretensões. Com isso, pode haver – e, no Brasil, tem havido – uma cooptação de toda a base de legitimação que o discurso dos direitos proporciona para tentar justificar determinados pontos de vista que, a rigor, não estariam abrangidos nas intenções mais nobres que tradicionalmente estiveram por trás da luta pelos direitos fundamentais. Ao invés de servir como reivindicação contra a opressão, o discurso dos direitos transforma-se em um escudo protetor de grupos já demasiadamente privilegiados que nem com muita boa vontade poderiam se enquadrar na noção de oprimidos, excluídos e despossuídos cuja dignidade o discurso dos direitos procura resgatar⁵²⁵.

dos direitos, para os mais diversos fins); (c) *argumentação-fraude* (apropriação do discurso dos direitos por grupos privilegiados para ampliar ainda mais seus privilégios); (d) *argumentação-labirinto* (uso sofisticado do discurso dos direitos no intuito, consciente ou inconsciente, de excluir grupos oprimidos de sua esfera de proteção); (e) *argumentação-blindagem* (mobilização de uma retórica emotiva, supostamente amiga dos direitos fundamentais, para dificultar, por meio do constrangimento, qualquer crítica ou questionamento quanto à validade do argumento). Os perigos dessa manipulação do discurso dos direitos fundamentais, através da argumentação simbólica, são notórios. Em primeiro lugar, o uso banalizado da expressão pode gerar uma inflação semântica em que os direitos cada vez mais perdem a sua fundamentabilidade. Além disso, o uso distorcido do discurso dos direitos fundamentais pode gerar um efeito de repulsa, em que as pessoas que deveriam ser beneficiadas com o discurso passam a desconfiar do seu propósito e, a partir daí, repelem tudo o que esteja vinculado a ele, mesmo em situações que poderiam, de fato, favorecê-las. Em terceiro lugar, quando alguém invoca os direitos fundamentais a favor de uma determinada tese, cria-se uma espécie de blindagem retórica ao argumento, pois poucos se sentem à vontade em questionar a validade dos direitos fundamentais. É preciso, pois, desmistificar o discurso jurídico dos direitos fundamentais e sempre perguntar pelas reais intenções do interlocutor.

525 De modo semelhante, Boaventura de Sousa Santos também acusou o discurso pró-direitos humanos de ser potencialmente opressivo e de encobrir interesses obscuros. Ele afirmou que, com uma retórica supostamente humanitária, grupos hegemônicos estariam manipulando a platéia para continuar explorando os oprimidos, impondo seus interesses com uma roupagem supostamente favorável aos direitos humanos. “As políticas de Direitos Humanos estiveram em geral a serviço dos interesses econômicos e geopolíticos dos Estados capitalistas hegemônicos. Um discurso generoso e sedutor sobre os Direitos Humanos coexistiu com atrocidades indescritíveis, as quais foram avaliadas de acordo com revoltante duplicidade de critérios”, disse ele. Os direitos humanos seriam, nesse contexto, instrumentos pós-coloniais de dominação capitalista do ocidente, especialmente quando aspirariam uma universalização que, de fato, não possuiriam. “Concebidos como direitos universais, como tem sucedido, os Direitos Humanos tenderão sempre a ser instrumento do ‘choque de civilizações’, tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo”. O tom acusador é relativamente abrandado quando o sociólogo português defende que os direitos humanos poderiam assumir um papel emancipatório, desde que se renunciasse à sua pretensão de universalidade e funcionassem como instrumento contrahegemônico de dominação, dentro daquilo que Boaventura chamou de “hermenêutica diatópica”. Referidas ideias foram publicadas em: SANTOS, 2009, p. 10-18.

Muitos julgamentos reais no Brasil poderiam ilustrar esse fenômeno. A título de exemplo, merecem ser citados alguns casos envolvendo as garantias processuais e os limites aos poderes investigatórios do estado que demonstram que, por detrás de decisões supostamente progressistas, encontram-se interesses nem sempre nobres. Assim, por exemplo, na decisão em que o Supremo Tribunal Federal regulamentou o uso das algemas pelas autoridades públicas a fim de humanizar essa medida, encontra-se, igualmente, uma preocupação de tornar menos constrangedora a prisão de políticos e empresários em grandes operações da polícia federal. O pretexto da edição da súmula vinculante n. 11⁵²⁶ foi o processo de um pedreiro acusado de homicídio que foi apresentado ao júri, durante a sessão de julgamento, usando algemas, o que poderia influenciar negativamente o corpo de jurados⁵²⁷. No entanto, é notório que o contexto fático que mais influenciou a aprovação da referida súmula foi a prisão transmitida em rede nacional de alguns políticos e empresários importantes. Do mesmo modo, o objetivo confessado da súmula vinculante n. 14⁵²⁸, que determina que o acesso aos autos dos procedimentos investigatórios criminais, mesmo quando sigilosos, não pode ser negado aos advogados dos investigados, foi proporcionar o exercício do direito de defesa. Porém, o que se nota é que os principais beneficiários dessa medida são os criminosos de colarinho branco que pretendem inviabilizar, na origem, qualquer investigação criminal contra si, na medida em que poderão conhecer, com antecedência, os passos a serem tomados pelas autoridades responsáveis pela investigação. Em igual sentido, pode-se mencionar a jurisprudência construída em torno da inviolabilidade do domicílio. O que está por trás da ampla proteção dada pelo Supremo Tribunal Federal a esse

526 Eis o teor da súmula vinculante n. 11: “Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

527 STF, HC 91952 SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 7/8/2008.

528 Eis o teor da súmula vinculante n. 14: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

direito fundamental não é a preocupação com as invasões arbitrárias de residências praticadas pela polícia nas favelas brasileiras, que acontecem de forma banalizada sem qualquer autorização judicial. As questões decididas pelo STF envolvendo o artigo 5º, inc. XI, da CF/88⁵²⁹, geralmente envolvem grandes corporações que desejam dificultar o acesso da fiscalização tributária aos seus estabelecimentos ou então grandes escritórios que pretendem impedir a busca e apreensão de documentos guardados em seus arquivos⁵³⁰. Quando se discute judicialmente o âmbito de proteção da proibição de prova ilícita, contida no artigo 5º, inc. LVI, da CF/88⁵³¹, a causa raramente refere-se às confissões obtidas mediante tortura ou às provas plantadas pela polícia contra acusados pobres, mas sim a processos envolvendo empreiteiros ou banqueiros acusados de crimes financeiros ou políticos corruptos flagrados em conversações comprometedoras interceptadas com autorização judicial⁵³². Nas causas em que estão em jogo os direitos dos estrangeiros, o debate não visa combater as violações dos direitos dos imigrantes de países pobres que são cotidianamente deportados ou expulsos arbitrariamente nos postos de imigração, nem de eventuais refugiados que buscam abrigo no Brasil, nem da exploração de mão de obra do imigrante ilegal, mas sim proteger os interesses de grandes investidores internacionais que possuem negócios no país e, nessa condição, respondem por crimes de lavagem de dinheiro⁵³³.

O alvo das críticas aqui lançadas não é o mérito em si desses julgamentos, até porque a limitação do poder estatal é uma das mais importantes funções exercidas pelos direitos fundamentais, e qualquer investigação, independentemente da qualidade do investigado, deve ser processada com respeito às normas constitucionais. O que incomoda é o apelo dramático

529 “Artigo 5º – XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”.

530 Por exemplo: STF, HC 82788, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgado em 12/04/2005.

531 “Artigo 5º – LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

532 STJ, HC 137.349/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 05/04/2011 (Operação Castelo de Areia); STJ, HC 149.250/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU, julgado em 07/06/2011 (Operação SathiaGraha).

533 STF, HC 94016/SP, rel. Min. Celso de Melo, 7/4/2008 (Caso Boris Abramovich Berezovsky).

a um discurso de legitimação que invoca os direitos fundamentais para a proteção de determinados interesses obscuros, quando se sabe que há violações infinitamente mais graves a direitos que não geram tanta indignação retórica. Fome, tortura, indignidade de presos, violência policial são questões que deságuam diariamente na pauta do Judiciário e a resposta não costuma ser tão enfática. Os principais beneficiários do discurso dos direitos, especialmente em matéria penal, não são os que mais sofrem as agruras da violência estatal, como os que estão encarcerados em presídios superlotados ou foram vítimas de tortura policial. Em geral, as mais relevantes decisões do Supremo Tribunal Federal, na proteção dos direitos dos acusados, acolhem as teses construídas pelos grandes escritórios de advocacia, patrocinando a causa de criminosos de alta de posição social e enorme influência econômica e política. O que se percebe, nesses julgamentos, é que, nas entrelinhas de um raciocínio intrincado, exposto em linguagem densa e de difícil compreensão, recheada de expressões grandiloquentes de efeito retórico, encontram-se teses que favorecem a impunidade de grupos poderosos, que conhecem o “caminho das pedras” da proteção judicial. Enquanto isso, as violações mais graves dos direitos continuam sendo praticadas sem maiores preocupações por parte as instituições criadas justamente para combater tais violações⁵³⁴.

534 A proteção jurídica dos direitos fundamentais repousa em paradoxos: embora uma de suas funções essenciais seja a limitação do poder do estado, esse objetivo somente se concretiza por meio de instituições oficiais. Além disso, embora a jurisdição constitucional seja um modelo de controle do poder que existe porque as instituições estatais são constituídas por pessoas e, por isso mesmo, são imperfeitas, os próprios juízes também são seres humanos e, portanto, falíveis. Assim, os direitos surgem de uma desconfiança em relação às autoridades estatais, mas dependem de autoridades estatais para ganharem efetividade. O problema é que os caminhos institucionais, muitas vezes, são tortuosos, sendo acessível apenas para determinados grupos que conhecem os “labirintos forenses” e, por isso, têm maior capacidade para fazer valer seus interesses através dos canais estatais. Em contrapartida, quem mais precisa dos direitos é quem menos tem condição de acionar os órgãos oficiais para protegê-los, pois não possui o conhecimento necessário para usufruir dos mecanismos institucionais existentes. Para a grande maioria dos excluídos, o acesso à justiça é como o porteiro kafkaniano que desestimula qualquer interessado a entrar “na lei”: “Diante da lei está um porteiro. Um homem do campo dirige-se a este porteiro e pede para entrar na lei. Mas o porteiro diz que agora não pode permitir-lhe a entrada. O homem do campo reflete e depois pergunta se então pode entrar mais tarde. ‘É possível!’, diz o porteiro, ‘mas agora não’. Uma vez que a porta da lei continua como sempre aberta, e o porteiro se põe de lado, o homem se inclina para olhar o interior através da porta. Quando nota isso, o porteiro ri e diz: ‘Se o atri tanto, tente entrar apesar da minha proibição. Mas veja bem: eu sou poderoso. E sou apenas o último dos porteiros. De sala para sala, porém, existem porteiros cada

Uma correta compreensão da força retórica do discurso dos direitos nos obriga a sempre desconfiar da sinceridade com que são proclamadas belas palavras de legitimação, sobretudo por parte daqueles que se beneficiam do discurso que as invoca⁵³⁵. É preciso questionar se existe uma coincidência entre a palavra e a vontade, entre a retórica e a prática. A mera análise “textual” da “face visível” discurso jurídico não releva tudo o que está por detrás das decisões judiciais, pois há omissões – conscientes e inconscientes – na fundamentação jurídica que, embora não reveladas, são extremamente relevantes para a correta compreensão dos julgamentos.

Expressar louvores à democracia, à liberdade, à ética, à justiça e aos direitos fundamentais é extremamente fácil. O difícil é colocar tais ideias em prática e viver de acordo com o discurso, razão pela qual é preciso estar constantemente atento quanto à falta de sincronia entre os ideais humanitários e o que, em seu nome, é transformado em realidade. Há “lobos em pele de cordeiro”, como bem ensina a inteligência popular, e os discursos mais progressistas podem esconder intenções conservadoras⁵³⁶.

um mais poderoso do que o outro. Nem mesmo eu posso suportar a visão do terceiro'. O homem do campo não esperava tais dificuldades: a lei deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensa ele..." (KAFKA, 1998, p. 261).

535 Castanheira Neves percebeu isso ao afirmar: “as motivações reais dos protagonistas do conflito, ainda que invoquem a ‘justiça’, se localizam imediatamente a outro nível – ou a outros níveis: econômico, político, cultural etc.” (CASTANHEIRA NEVES, 1995a, p. 187). A questão é: será que as motivações dos juízes também não estão suscetíveis a esse tipo de influência?

536 Vale lembrar que o grito de liberdade das revoluções burguesas conviveu muito bem, por muito tempo, com a existência de uma quantidade considerável da população humana vivendo em regime de escravidão. A proclamação da igualdade foi seguida de medidas de segregação em relação a negros, mulheres e vários outros grupos sociais que ainda sofrem com a discriminação histórica a que foram submetidos ao longo dos séculos. A consagração da fraternidade e da solidariedade parece não ter abalado nem um pouco as estruturas de um sistema econômico ganancioso, egoísta e destruidor, que é a causa de tantos males ainda nos dias de hoje e talvez seja a mola propulsora de um colapso ambiental que se aproxima a passos largos. Dentro dessa mesma linha, e tratando especificamente do uso manipulador dos direitos humanos, Costas Douzinas, com um misto de ironia e rancor, atacou a distância que separa o discurso e a prática com a seguinte observação: “o pensamento e a ação oficiais quanto aos direitos humanos têm sido entregues aos cuidados de colunistas triunfalistas, diplomatas entediados e abastados juristas internacionais em Nova Iorque e Genebra, gente cuja experiência com as violações dos direitos humanos está confinada a que lhe seja servido vinho de uma péssima safra” (DOUZINAS, 2009, p. 25; DOUZINAS, 2000, p. 7). Para Douzinas, os direitos humanos teriam perdido a sua razão de ser, uma vez que deixaram de servir como um instrumento de resistência contra a dominação e a opressão para se tornarem um chavão retórico dentro da política oficial das nações hegemônicas, inclusive servindo de pretexto para as suas guerras imperialistas. É preciso compreender

Não se pode perder de vista que acreditar na razão humana é, acima de tudo, acreditar na astúcia humana. Justamente por possuir habilidades intelectuais bastante desenvolvidas, o ser humano é capaz de se aprimorar cada vez mais na arte de dissimular, de enganar, de manipular por motivos egoístas. A habilidade humana vai ao ponto de construir cavalos de Tróia morais: um discurso adornado com as mais belas palavras de legitimação escondendo os atos mais abomináveis.

Mas, paradoxalmente, acreditar na razão humana também é ter esperança de que a virtude é, apesar de tudo, possível. Do mesmo modo, não se pode perder a esperança nos próprios direitos, sendo um erro atribuir aos direitos a culpa pelas desgraças humanas e sempre achar que eles estão sendo manipulados para fins opressivos. Para além de um “encantamento” ou “efeito de feitiço” que decorre do discurso, parece inegável que os direitos fundamentais representam algumas aspirações que são, de fato, valiosas, pelo menos em sua forma autêntica⁵³⁷. Na atual fase de evolução da humanidade, poucos são capazes de negar que as reivindicações por liberdade ou por igualdade, quando não dissimuladas, são legítimas e merecem mesmo o engajamento de todos pela sua plena implementação. Liberdade, democracia, ética, justiça, dignidade etc. são conceitos importantes, que representam aspirações legítimas que deveriam ser implementadas concretamente. Não é pelo fato de serem manipulados que deixam de ser relevantes, desde que saibamos distinguir a mera retórica do argumento sincero⁵³⁸. (Logicamente, é preciso ter cons-

corretamente esse tipo de raciocínio. É lógico que Douzinas não é inimigo da liberdade nem da democracia. O que ele critica é a manipulação do discurso. A sua estratégia, portanto, é atacar os direitos humanos para combater a demagogia. Confesso que não considero essa estratégia muito promissora, embora a denúncia do uso distorcido do discurso seja sempre importante.

537 Por isso, não se pode concordar com Michel Villey quando este sugere que “os ‘direitos humanos’ nos pareceram ilusórios e impraticáveis. Procurávamos um *substituto* para eles. Talvez já existisse na Antiguidade: um sistema dos deveres *morais*, uma moral universalista – com a condição de que a moral seja levada a sério, não confinada à esfera de um puro ideal e não desprovida de eficácia” (VILLEY, 2007, p. 94). No fundo, o que Villey sugere é a substituição de uma ilusão consolidada por uma fantasia fora de moda.

538 No mesmo sentido, vale reproduzir a seguinte passagem de Haarscher: “É verdade, mais uma vez, que os direitos do homem, como qualquer grande ideia, desempenharam muitas vezes o papel de paraventos que mascaravam uma dominação econômica, religiosa ou cultural: mas esse facto, incontestável – e sem dúvida inevitável: quanto mais um ideal é exaltante, melhor servirá aos déspotas em busca de fachadas honorabilizadoras –, pode levar-nos a perder a es-

ciência de que esse argumento também pode se voltar contra o próprio discurso que aqui se apresenta, onde também há um forte uso de palavras de legitimação). A grande dúvida é saber se é possível não apenas pensar humanisticamente, mas também agir da mesma forma. Dito de outra forma: é possível partir do discurso para a ação sem se contaminar pelos jogos de poder, pelas tentações ideológicas ou até mesmo pelos preconceitos inconscientes? Existe algum discurso que seja tão sincero ao ponto de ser totalmente livre de interesses ocultos e possa ser colocado em prática com toda a sua pureza e boa vontade? Há chances reais de se decidir e agir eticamente sem dissimulação? Nenhum argumento é capaz de sustentar a veracidade de qualquer resposta afirmativa às perguntas acima, já que o próprio argumento poderá estar contaminado. Portanto, não são nas palavras que se devem buscar as respostas, mas nas escolhas e nas ações reais de seres humanos concretos. A ética do discurso deve ser acompanhada de uma ética da vida prática⁵³⁹.

Ao que parece, na base de todos esses problemas envolvendo a dissimulação ética no discurso jurídico, encontra-se uma falha insanável de algumas propostas defendidas pela teoria da argumentação jurídica que separa o contexto da descoberta do contexto da justificação, fornecendo um verdadeiro estimulante teórico para o florescimento da hipocrisia judicial⁵⁴⁰. A dicotomia contexto da descoberta / contexto de justificação su-

pecificidade dos direitos do homem: estes implicam um controlo efectivo do poder – seja ele qual for – e, como tal, pode constatar-se que a maioria das reivindicações dos povos oprimidos, quando não foram ainda recuperadas por nacionalismos, a maior parte das vezes tirânicos, se formularam numa linguagem que é, com as transposições necessárias, a dos direitos do homem” (HAARSCHER, 1997, p. 102).

539 Nesse sentido, também pode ser mobilizada denúncia à hipocrisia religiosa formulada por David Hume: “O maior e mais verdadeiro zelo não nos proporciona qualquer protecção contra a hipocrisia. A impiedade mais aberta é acompanhada de um secreto receio e compunção. Não há absurdos teológicos tão flagrantes que não tenham sido, por vezes, aceites por homens com o maior e mais cultivado entendimento. Não há preceitos religiosos tão rigorosos que não tenham sido adoptados pelos homens mais voluptuosos e depravados. [...] O que é tão puro como alguma da moral incluída em alguns sistemas teológicos? O que é tão corrupto como algumas práticas a que esses sistemas dão origem?” (HUME, 2005, p. 237).

540 Confira-se uma explicação dessa dicotomia: “*una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega a establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión (...). Decir que el juez tomó esa decisión debido a sus firmes creencias religiosas significa enunciar una razón explicativa; decir que la decisión del juez se basó en determinada interpretación del artículo 15 de la Constitución significa enunciar una razón justificatoria. Los órganos jurisdiccionales o administrativos no tienen, por lo general, que explicar sus decisiones, sino justificarlas*” (ATIENZA, 2005, p. 4). O curioso é que Atienza, após criticar os

gere existir uma cisão entre o juízo decisório (introspectivo) e a argumentação jurídica (exteriorização das razões que justificaram a decisão). Essa distinção, bem explorada pelo realismo jurídico, procura demonstrar que nem sempre os fatores subjetivos que motivam uma determinada decisão coincidem com a formulação expressa da justificação do julgado. Essa explicação parece ser bastante plausível. No entanto, aceitar isso como algo inevitável e que necessariamente ocorre na vida prática do direito, como se fosse até mesmo um método de decisão recomendável, é estimular a hipocrisia judicial. Em última análise, essa distinção parece sugerir que, no contexto da descoberta, o juiz é livre para ser preconceituoso, racista, movido por fatores religiosos, exotéricos, místicos, pois não interessa como ele chegou à decisão, mas apenas os argumentos que ele apresentou para justificar a decisão. Não interessa, por exemplo, se ele consultou os búzios, se conversou com duendes, se recebeu propina ou se jogou dados para tomar a decisão. Tudo isso parece ser tolerado no contexto da descoberta se, no contexto da justificação, ele apresentar razões que justifiquem a conformidade da decisão com o sistema jurídico. No fundo, tal perspectiva estimula uma dissimulação argumentativa, levando o juiz a esconder os seus motivos e a mentir para o seu auditório⁵⁴¹. A validade da decisão, dentro dessa perspectiva, seria medida apenas pelo contexto da justificação, o que é um equívoco, pois é fundamental que o contexto da descoberta também seja movido pelos mesmos fatores que justificaram a decisão. O que deve motivar o juiz a decidir e, portanto, deve estar presente no contexto da descoberta é a crença naqueles valores ético-jurídicos que fundamentam o próprio direito. Se tais valores não estiverem na base da formação do juízo decisório, todo o resto será um embuste ins-

autores que confundem o contexto da descoberta com o contexto da justificação, apresenta uma conclusão que, a rigor, leva claramente à dissimulação/hipocrisia judicial: "*Es posible que, de hecho, las decisiones se tomen, al menos en parte, como ellos sugieren, es decir, que el proceso mental del juez vaya de la conclusión a las premisas e incluso que la decisión sea, sobre todo, fruto de prejuicios; pero ello no anula la necesidad de justificar la decisión, ni convierte tampoco esta tarea en algo imposible*" (IDEM, p. 7).

541 Patrick Devlin, em "*The Judge*", conforme narra Richard Posner, chega a defender abertamente que o juiz deveria mentir para manter as aparências da aplicação positivista do direito. Na sua ótica, mesmo que os juízes se afastem da lei ("*stretch the law*") para fazer a justiça substantiva, não deveriam falar abertamente que assim estão agindo. O fato de o sentimento de justiça fazer parte das motivações judiciais não seria necessariamente mau, desde que esse sentimento fosse ocultado na fase de justificação (POSNER, 2002, p. 95).

titucionalizado, fazendo com que a argumentação jurídica se transforme em um mero ornamento de fachada que tenta esconder os escombros de um decisionismo jurídico nem sempre bem orientado.

Por isso, é importante reconhecer a unidade metodológica de todos os momentos que integram o processo de realização concreta do direito. Ainda que se possa distinguir o juízo decisório, da interpretação, da integração normativa e da argumentação, tais momentos constituintes da realização concreta do direito devem ser tratados como parte integrantes de um mesmo processo, visando, em última análise, e sem solução de continuidade, a justa solução para o problema jurídico⁵⁴².

4.2.6 Objeções de resultados (relativas à segurança jurídica e ao enfraquecimento dos direitos)

A proposta de legitimação do exercício do poder fundamentada no consentimento ético-jurídico abre mão da validação formal obtida mediante a contagem de votos para buscar uma validade axiológica comprometida com os princípios fundantes do direito. Embora os critérios normativos positivados continuem a ser o núcleo duro do sistema e, portanto, um dos principais focos informacionais a serem utilizados pelo julgador para resolver os problemas jurídicos, a rigor, eles não são tratados como critérios definitivos, já que podem sofrer alterações para se adequarem às exigências de justiça do caso concreto, sem perder de mira os princípios fundantes da juridicidade.

Essa possibilidade de correção dos critérios normativos previstos pelo sistema pode provocar outra conhecida objeção, que é a objeção da insegurança jurídica. O argumento é antigo e se baseia em fatores muito relevantes: a expectativa de segurança, a previsibilidade das consequências jurídicas por cada ato praticado, a irretroatividade das leis, a proteção da confiança *etc.* são valores essenciais a uma vida comunitária, integrando a própria ideia de direito.

542 Em sentido semelhante: CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 126; 1995f, p. 147.

Nenhuma teoria jurídica pode abrir mão da segurança jurídica. Afinal, “se a segurança é um *valor* inerente à Ideia de Direito, também a si mesma se negaria o caráter ‘de direito’ uma decisão que se afirmasse arbitrária ou que não se propusesse a cumprir uma intenção de objectividade” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 561). Por isso, não se deve diminuir a importância da segurança jurídica. Pelo contrário. É preciso tentar conciliar as exigências materiais de justiça do caso concreto às exigências formais de respeito ao estado de direito, pois justiça e segurança são imperativos comuns que não podem ser dissociados. Ao lado de fundamentos relacionados à liberdade e à igualdade, o respeito à pessoa também pressupõe a observância de princípios de segurança jurídica, como a legalidade, a irretroatividade, a coisa julgada, o ato jurídico perfeito, as garantias processuais, os limites ao poder estatal e assim por diante. Tais princípios – que possuem, sem dúvida, uma preponderante índole formal – são fundamentos da juridicidade que decorrem do estado democrático de direito e não podem ter a sua importância minimizada, como se fossem valores contingenciais fracos que poderiam ser relativizados por motivos banais. Eles também integram a noção de validade jurídica que inspira o consentimento ético-jurídico, pois visam proteger as capacidades éticas da pessoa humana.

Não há, portanto, em uma proposta de realização do direito alicerçada em um consentimento ético-jurídico, uma recusa em aceitar a importância da proteção de expectativas, da previsibilidade, da irretroatividade e assim por diante. O que não se pode aceitar é a premissa legalista que sustenta que esse ideal de segurança jurídica somente pode ser atingido por meio da fiel observância de um sistema fechado de regras legais.

O mesmo ideal de segurança jurídica pode ser alcançado com a observância de um conjunto de valores, princípios e concepções jurídico-culturais previamente compartilhados pela comunidade, integrantes de um sistema normativo sempre aberto e capaz de captar as particularidades de cada caso concreto⁵⁴³. É possível justificar essa ideia com um

543 Além disso, “não é uma qualquer segurança, uma qualquer eliminação do caos, que se pode pensar inerente à Ideia de Direito. Não o será, por ex., a segurança resultante da estabilidade de um poder arbitrário, alheio ou negador de qualquer intenção ética e imposto apenas pelo terror, mas tão-só aquela que se possa ainda de alguma maneira oferecer como um modo de realização da *justiça*, como uma qualquer forma de realização do direito – mesmo que somente na estrutura formal de uma ‘igualdade perante a lei’, do seguro desenvolvimento de uma autonomia no quadro

exemplo hipotético bem simples. Tome-se uma comunidade eticamente comprometida com o valor de igual respeito e consideração de todos os seus membros. Todos estão conscientes de que as pessoas devem ser tratadas com igual dignidade, sem distinções arbitrárias por motivo de raça, por exemplo, e as instituições possuem a obrigação jurídica de se guiarem por esse princípio com imparcialidade. Nessa comunidade, o legislador, movido por preconceito, aprovou uma lei proibindo as pessoas negras de ocuparem determinados cargos públicos, violando claramente aquele dever jurídico. Diante disso, pergunta-se o que atinge melhor a expectativa de segurança e de certeza daquela comunidade: uma decisão judicial que anule essa norma, por ser incompatível com os valores aceitos pela comunidade, ou uma decisão judicial que faça valer essa norma tal como aprovada, em nome da legalidade? Mesmo sendo um exemplo meramente hipotético, não parece absurda a conclusão de que a referida comunidade estaria melhor protegida, no que se refere ao atendimento de suas expectativas jurídicas, se soubesse que os juízes, diante de um caso concreto, anulariam qualquer lei que violasse a consciência ético-jurídica compartilhada pelos membros da comunidade. Seria surpresa se o juiz aplicasse a lei discriminatória. Assim, nem sempre a observância cega da lei irá resultar em maior certeza e previsibilidade. Quando os critérios e os fundamentos adotados pelos julgadores são bem conhecidos e aceitos pela comunidade, a ideia de segurança jurídica é respeitada, ainda que esses critérios e fundamentos não estejam objetivados em leis pré-estabelecidas.

Além disso, em algumas situações, será mesmo necessário deixar de lado a segurança jurídica em nome de outros princípios fundamentais do direito, pois a segurança não é o único valor relevante para a justa reali-

e nos limites traçados pela lei, etc. Quer dizer, a própria segurança terá de legitimar-se ao serviço da justiça, terá de ser *justa* ou a expressão de uma *ordem de direito* (com o sentido axiológico deste termo: uma ordem eticamente fundada)” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 561/562). Daí a conclusão: “não basta, assim, invocar a segurança, como momento da Ideia de Direito, para dar validade incondicional a uma estrita legalidade; pois terá de continuar a perguntar-se se a segurança (e sua legalidade) instituída é uma segurança justa, se a lei imposta em seu nome realiza uma segurança compatível (ou cumpridora) da Ideia de Direito, ou se não ultrapassa aqueles limites para além dos quais a segurança só traduz o êxito social de um poder que como *força* apenas subsiste” (CASTANHEIRA NEVES, 1967, p. 562).

zação do direito⁵⁴⁴. O princípio da justiça é, na verdade, o princípio transpositivo mais importante para a concreta realização do direito. Por isso, Castanheira Neves (1995g, p. 269) conclama: “interpretemos e realizemos constitutivamente o direito de modo a conformá-lo em concreto segundo as exigências desse princípio e censuremos com seu fundamento o direito positivo, considerando-o em último termo inválido se frontal e irrecuperavelmente violar esse princípio”.

Atualmente, como quase todos os princípios-guias que densificam a ideia de justiça (liberdade, não discriminação, solidariedade etc.) estão na Constituição e nos tratados internacionais, boa parte da atividade judicativa pode e deve girar em torno do sistema normativo positivo-constitucional. Mas é um erro achar que esses princípios somente podem ser mobilizados pelos juízes porque estão na Constituição. Se o direito deve ter uma pretensão de controlar o poder, então os fundamentos e critérios de juridicidade não devem depender das contingências políticas próprias da positivação estatal, conforme já visto.

Por outro lado, é possível desenvolver outra objeção bem mais profunda a um modelo de jurisdição que atribui aos julgadores o papel de dirimir conflitos valorativos envolvendo direitos fundamentais. Tornou-se lugar comum, entre os teóricos do direito, afirmar que os direitos fundamentais são relativos (no sentido de restringíveis) e, por isso, podem ser

544 O já mencionado caso *Brown v. Board of Education*, julgado pela Suprema Corte norte-americana em 1954, serve de exemplo real. Naquele caso, um dever de coerência e consistência em relação ao que foi decidido e produzido pela comunidade jurídica até aquele momento levaria ao indeferimento do pedido das crianças negras que desejavam se matricular em uma escola para brancos. A legislação e os precedentes judiciais, desde *Plessy v. Ferguson*, de 1896, reconheciam a validade jurídica da segregação racial, conforme previa a doutrina do “*equal, but separate*”. Os próprios constituintes que aprovaram a emenda constitucional estabelecendo a cláusula da “*equal protection*”, pondo fim à escravidão em território estadunidense, criaram leis segregacionistas, dando a entender que a mera positivação constitucional da igualdade não significaria o fim da segregação oficial e institucionalizada. Portanto, a “leitura” mais óbvia e segura dos estratos do sistema normativo levaria à conclusão de que as crianças negras não possuíam o direito de estudar em escolas exclusivas para brancos. Se a preocupação central da Suprema Corte fosse atender as expectativas jurídicas de boa parte da população, conferindo um valor absoluto ao dever de observância aos precedentes e à legislação vigente, a solução seria previsivelmente negativa ao pleito autoral. Felizmente, a Suprema Corte ousou desafiar a segurança jurídica e preferiu inaugurar um novo paradigma, alterando o sistema jurídico até então em vigor, onde a segregação racial não seria mais admitida. Rompeu-se com uma tradição e, com isso, sacrificou-se a segurança jurídica, desencadeando um processo que gerou uma grande mudança na sociedade. Nos dias de hoje, poucos são capazes de dizer que a decisão foi equivocada.

limitados em determinadas situações⁵⁴⁵. Embora essa afirmação contenha um fundo de verdade, pois, como se viu, o choque entre direitos é, muitas vezes, inevitável em uma democracia plural, a forma banalizada e distorcida que se tem adotado esse pensamento está dando margem ao surgimento de um discurso pouco comprometido com os direitos fundamentais, que ameaça diretamente a ideia de dignidade humana. Nesse contexto, um uso distorcido da técnica da ponderação pode servir e tem servido para enfraquecer a proteção dos direitos fundamentais e esvaziar o seu sentido maior, que é estabelecer freios ao poder.

Esse fenômeno pode ser presenciado em vários julgamentos reais. Assim, por exemplo, com o pretexto de que os direitos fundamentais são relativos e “sopesando” a proteção à integridade física e psicológica com a necessidade de se garantir a segurança contra atos terroristas, alguns tribunais têm flexibilizado o conceito de “tortura” a fim de camuflar práticas policiais nitidamente desumanas, tal como fez a Alta Corte de Justiça de Israel e a Corte Européia de Direitos Humanos, ao entenderem que não constitui tortura a colocação de sacos na cabeça durante o interrogatório de presos acusados de terrorismo, a submissão a sons elevados, a privação de sono, comida e bebida e outros procedimentos igualmente cruéis⁵⁴⁶. Do mesmo modo, pode ser citada a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Gregg v. Georgia*⁵⁴⁷, de 1976, onde foi reconhecida que a pena de morte

545 Como explica Joel Feinberg, “Quando há ameaça de conflitos, não há ‘direitos absolutos’ que tenham que ser sempre reconhecidos como tais. Em outras palavras, ‘o direito a X’ deve ser sempre compreendido como ‘o direito a X *a menos que* surja alguma reivindicação mais forte’, estando a ‘cláusula do *a menos que*’ tacitamente compreendida. De acordo com esta teoria, de vez que não há nenhum modo seguro de se saber quando uma reivindicação mais forte irá surgir, a confiança em nossos direitos deveria sempre ser temperada com ceticismo – um direito não é uma garantia rigorosa. A posse de um direito discricionário cria apenas uma *presunção*, num dado caso e em determinada época, de que se tem um direito específico dele normalmente derivado” (FEINBERG, 1974, p. 112). Ressalte-se que Feinberg critica essa perspectiva e prefere adotar uma linha de proteção jurídica mais forte. Segundo ele, alguns direitos podem ser classificados como absolutos no sentido de estabelecerem para os tribunais deveres *incondicionalmente incumbentes* de respeito e execução. Assim, uma vez tendo pronunciado que um determinado ato está dentro da área de proteção constitucional, “o tribunal já não poderá mais ‘ponderar’ aquela proteção com referência a outras considerações” (IDEM, p. 122). Não fosse assim, os direitos, na verdade, seriam apenas *quase direitos* (IDEM, p. 126).

546 Sobre isso: PEREIRA, 2006, p. 276/277.

547 *Gregg v. Georgia, Proffitt v. Florida, Jurek v. Texas, Woodson v. North Carolina, and Roberts v. Louisiana*, 428 U.S. 153 (1976). Disponível on-line: <http://tinyurl.com/ykx5b58>.

“se harmoniza com o conceito básico da dignidade humana no centro da [Oitava] emenda” da Constituição norte-americana, que proíbe a aplicação de penas cruéis e incomum (*cruel and unusual*)⁵⁴⁸.

O que se nota é que a invocação de valores, com frequência, tem sido utilizada pelos juízes para encobrir preconceitos conscientes ou inconscientes. Geralmente, os valores divergentes incomodam o *establishment* e, portanto, aqueles que defendem ideias contrárias à moral particular dos juízes costumam ser os primeiros a terem os seus direitos fundamentais restringidos sob o fundamento de que estão ultrapassando os limites da proteção jurídica. Para demonstrar isso, basta observar que, ao longo de todo o século XX, o pensamento dominante defendeu que a ideologia comunista seria destruidora da paz social e perigosa para a segurança do estado, razão pela qual os direitos de liberdade (política, de expressão, de reunião, de associação etc.) não se aplicariam a quem defendesse tais ideias. Mesmo governos supostamente democráticos, que exaltavam em seus textos constitucionais o direito de manifestação do pensamento, não tiveram qualquer pudor em “ponderar” os valores em jogo para, em nome dos princípios “mais importantes” da pátria, da família e da propriedade, sacrificar o direito daqueles que defendiam o marxismo⁵⁴⁹.

O grande problema é que toda ponderação de valores é, em última análise, uma escolha que resulta no sacrifício de um valor importante em nome da proteção de um valor alegadamente ainda mais importante. O peso de cada valor é atribuído pelo julgador que pode, eventualmente, dar pouca importância às liberdades individuais ou a outros valores que

548 Eis o texto da oitava emenda: “*Amendment VIII – Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted*”.

549 São inúmeros os exemplos históricos de repressão ao pensamento marxista. Destaco, pela notoriedade, o marcatismo norte-americano, que assombrou o país após a Segunda Guerra Mundial. Mas também não podemos esquecer a própria atitude tomada pelo governo brasileiro, com o aval do Poder Judiciário, que não tinha qualquer escrúpulo em perseguir o pensamento divergente. Paradigmática, nesse sentido, foi a decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro no caso *Olga Benário*, de 1936, que permitiu a extradição de uma mulher grávida, de origem judaica, para a Alemanha, em pleno regime nazista. Olga acabou sendo morta no campo de concentração de Bernburg. Podem ser mencionadas outras decisões do nosso STF, proferidas no início do século XX, que autorizavam a perseguição de dissidentes políticos, especialmente anarquistas e comunistas, e negavam aos trabalhadores o direito de se reunirem e de realizarem greves ou protestos por melhores condições de trabalho. Para uma análise bastante rica da história do Supremo Tribunal Federal, recomenda-se a leitura dos quatro tomos da “História do Supremo Tribunal Federal”, de Lêda Boechat Rodrigues.

não se harmonizem com a sua tradição e estilo de vida. No debate jurídico, o juiz pode achar que a livre discussão de ideias, sobretudo aquelas mais incômodas ao *establishment*, é algo sem valor e pode ceder com facilidade quando se chocar com outros valores supostamente mais “importantes”, como a integridade moral do governo, o respeito às instituições existentes ou as concepções moralistas dominantes, por exemplo⁵⁵⁰. E esse mesmo juiz poderá proferir decisões que reflitam o seu sistema particular de crenças, construindo um convincente discurso de legitimação onde invocará diversas passagens do direito positivo, inclusive do direito constitucional vigente, para demonstrar que a sua decisão representa a “autêntica vontade geral” ou “resposta constitucionalmente adequada” e não apenas a sua própria ideologia. Além disso, incrementará seus argumentos com palavras de ordem e frases de efeito, como a segurança nacional, a defesa da pátria e da civilização, o interesse social, a moral e os bons costumes, o bem coletivo e assim por diante, que funcionarão como elementos de persuasão para convencer um público mais incauto que acredita, sem pestanejar, em palavras deslumbrantes, que, no fundo, são vazias de significado. E o juiz fará isso com tal convicção que até ele próprio acreditará que sua decisão é a encarnação da justiça, tornando-se como o poeta fingidor de Fernando Pessoa, que finge tão completamente que chega a fingir que é dor a dor que deveras sente.

O mais assustador de tudo isso é que nós próprios estamos sujeitos a cometer o mesmo tipo de engano. As pessoas costumam dissimular as próprias motivações, fingindo possuir qualidades que, na verdade, não possuem. Quando avaliamos as nossas próprias convicções, raramente somos capazes de distinguir as pré-compreensões autênticas das inau-

550 No Brasil, o caso da “Marcha da Maconha” ilustra isso, sobretudo quando ainda não havia uma decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. Vários juízes brasileiros concederam ordens judiciais para proibir a realização de uma manifestação pela legalização da *cannabis sativa*, sob o argumento de que estaria havendo, por parte dos organizadores, uma apologia ao uso da droga, o que seria crime de acordo com as leis brasileiras. Referidas decisões desconsideraram completamente o direito à livre manifestação do pensamento e à liberdade de reunião. Em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a “Marcha da Maconha” não poderia ser tratada como crime, obrigando os juízes a interpretarem o código penal conforme à constituição de forma a excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos (STF, ADPF 187/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 15/6/2011).

tênticas. Tendemos a nos considerar imparciais, justos, éticos e altruístas, mesmo quando estamos movidos pelos piores preconceitos. Aliás, pessoas extremamente virtuosas e sábias, cujas ações e palavras inspiraram inúmeras gerações de seres humanos no mundo todo, foram capazes de construir elaborados discursos morais para defender o preconceito vigente em sua época. Locke, por exemplo, mesmo sustentando que todos os homens nascem “livres e iguais”, não teve força de vontade suficiente para questionar a escravidão e até se beneficiou com ela, na medida em que investia no comércio de escravos. Kant, mesmo recomendando um juízo ético purificado de elementos contingências, não foi capaz de eliminar seus preconceitos em temas sensíveis como a família, a pena de morte, o direito dos animais e das mulheres. Schopenhauer, por sua vez, apesar de reconhecer a dignidade dos animais, chegando ao ponto de chamar de “revoltantes e abjetas” as teorias éticas que consideram que os animais podem ser tratados como meios e não como fins (SCHOPENHAUER, 1995, p. 72), não teve a mesma virtude inclusiva em relação às mulheres, adotando uma visão radicalmente preconceituosa⁵⁵¹. Outro exemplo notoriamente famoso é o de Aristóteles, ao defender a escravidão. Aliás, quando se lê a defesa aristotélica da escravidão, é possível sentir uma sensação de estar lendo um pedido de desculpas aos escravos. Nota-se que Aristóteles se constrange ao negar aos escravos a condição de pessoa merecedora de igual respeito e consideração, tanto que sugere a existência de um “reconfortante” dever de tratar bem os escravos. Para alguém que, como nós, vivemos em uma sociedade onde a escravidão é condenada e que jamais seria capaz de tentar justificar a escravidão em termos éticos, ler aquelas palavras é como ler a tentativa desesperada de uma pessoa bem-intencionada que é incapaz de fugir da cultura de maldades em que está inserido. E se usarmos esses exemplos como espelho, podemos também nos questionar se as nossas crenças morais também não serão julgadas de modo tão implacável pelas gerações futuras.

551 Schopenhauer chegou ao ponto de sugerir “o pensamento de ver uma mulher exercendo o ofício de juiz faz rir”, já que “as mulheres, como seres que, por causa da fraqueza de sua razão, são bem menos aptas que os homens para entender, manter e tomar como norma os *princípios* gerais”, sendo “inferiores a eles na virtude da justiça e, portanto, também da honestidade e da escrupulosidade” (SCHOPENHAUER, 1995, p. 137/138).

Infelizmente, não há fórmula segura para escapar dos enganos morais. Não temos como saber se o nosso raciocínio moral está sempre nos levando para o caminho correto da justiça. Às vezes, nem mesmo a segurança trazida por uma deliberação coletiva é capaz de impedir os erros de avaliação. Os já mencionados exemplos de julgamentos da Suprema Corte norte-americana bem demonstram isso: em *Dred Scott*, por exemplo, a maioria dos juízes preferiu o direito de propriedade dos donos de escravos à liberdade conferida pelas leis abolicionistas; no caso *Lochner*, quase todos os juízes optaram pela liberdade contratual em detrimento dos direitos trabalhistas; no caso *Korematsu*, a segurança nacional justificou o encarceramento de japoneses em campos de concentração e assim por diante. De acordo com os padrões éticos atuais, tais julgamentos são tratados como erros claros de avaliação.

No próximo capítulo, será desenvolvida a ideia de expansão do círculo ético como princípio-guia a orientar nossas escolhas⁵⁵². A ideia é simples e pode ter algum impacto no pensamento jurídico, conforme se verá. Sua função principal é heurística, no sentido de que ela nos obriga a buscar um tipo de *alteridade inclusiva*, na qual a legitimidade de nossas escolhas é medida pela capacidade de trazer para dentro de nossas preocupações ético-jurídicas pessoas ou coisas, cujas necessidades geralmente não são levadas em conta em nossas avaliações éticas. Esse princípio-guia também poderá servir como ferramenta intelectual para medir o grau de legitimidade das decisões judiciais. Afinal, o que faz com que, hoje, nós sejamos capazes de reconhecer a decisão do caso “*Brown v. Board of Education*” como uma decisão legítima, justa, correta e, pelo contrário, a decisão do caso “*Dred Scott*” como uma decisão opressiva e arbitrária? Por que hoje nós somos capazes de criticar a não extensão do direito de voto pelas mulheres ou então a própria escravidão? Por que as atrocidades praticadas pelo nazismo nos causam tanta perplexidade e, por exemplo, a matança de animais para alimentação não nos choca tanto? Por que nos indigna-

552 A ideia da *expansão do círculo ético* foi desenvolvida por Lecky, no seu “*A History of European Morals*”, de 1869: “*At one time, the benevolent affections embrace merely the family, soon the circle expanding includes first a class, then a nation, then a coalition of nations, then all humanity and finally, its influence is felt in the dealings of man with the animal world. In each of these stages a standard is formed, different from that of the preceding stage, but in each case the same tendency is recognised as virtue*” (LECKY, 1917, p. 100/101).

mos com a morte brutal de alguém próximo, mas não sofremos uma dor tão forte quando uma guerra ocorre do outro lado do mundo e mata milhares de inocentes? No próximo capítulo, essas respostas serão exploradas à luz da ideia de expansão do círculo ético.

4.3 Da descrença realista à esperança utópica

No presente capítulo, foram apontadas várias questões problemáticas envolvendo a jurisdição, tendo sido elaboradas, em síntese, as seguintes críticas e objeções:

I – objeções políticas (relativas aos valores democráticos): (a) juízes não são eleitos; (b) a jurisdição constitucional seria contramajoritária; (c) o Judiciário não possuiria representatividade popular; (d) não existiriam mecanismos de controle popular no resultado do julgamento; (e) a suposta usurpação do poder popular pelos juízes geraria o enfraquecimento da consciência cívica e o abrandamento do dever de participação popular nos assuntos políticos; (f) o Poder Legislativo, ao se transformar em mero rito de passagem para preparar a solução final a ser dada pelo órgão responsável pela jurisdição constitucional, perderia o interesse em deliberar sobre questões polêmicas, preferindo se omitir, já que haverá um órgão jurisdicional para suprir esse papel sem os ônus da prestação de contas eleitoral; (g) as decisões judiciais em temas sensíveis poderiam provocar uma indesejada reação política contra a tese vitoriosa (efeito *backlash*), podendo gerar a aprovação de medidas legislativas que deixem o grupo beneficiado em uma situação ainda pior; (h) o caráter normativo da jurisdição constitucional violaria o princípio da separação de poderes; (i) as divergências judiciais, muitas vezes, escondem desacordos políticos, de modo que, em alguns casos, deveriam ser solucionados na arena política *etc.*

II – objeções morais (relativas às qualidades morais dos julgadores e dos julgamentos): (a) os juízes não possuem autoridade moral para atuar como um “superego” da sociedade (Maus); (b) a jurisdição constitucional infantiliza o povo, reduzindo a sua autonomia decisória; (c) o debate jurídico é hermético e dominado por uma casta conservadora (os bacharéis); (d) os juízes também podem errar nas escolhas morais mais importantes; (e) nada impede que os juízes sejam “capturados” pelos setores mais po-

derosos da sociedade; (f) há um sério risco de patrulhamento partidário dos membros do Judiciário, sobretudo quando a indicação dos membros da cúpula e do processo de promoção por merecimento é definido por razões políticas; (g) as decisões judiciais podem se pautar por critérios político-econômicos, distorcendo o autêntico sentido do direito *etc.*

III – objeções institucionais (relativas aos problemas prático-operacionais da jurisdição): (a) o excesso de judicialização acarretaria uma diminuição da qualidade dos debates e da argumentação; (b) a falta de estrutura do Judiciário geraria um déficit de eficácia de suas decisões, diante da incapacidade de implementar plenamente suas decisões mais complexas *etc.*

IV – objeções epistemológicas e de método (relativas à subjetividade dos valores, ponderação e incomensurabilidade): (a) os valores seriam subjetivos, variando de pessoa para pessoa e, portanto, não haveria como solucionar desacordos acerca da justiça de forma racional e objetiva; (b) a ponderação de valores pressupõe uma possibilidade de sopesamento entre valores em conflito, o que é uma ilusão diante da incomensurabilidade entre tais valores; (c) não é possível estabelecer uma hierarquia entre os valores *etc.*

V – objeções de déficit de justificação (relativas à argumentação jurídica, ao decisionismo e à dissimulação ética): (a) a possibilidade de mobilizar princípios para fundamentar a decisão e a incapacidade de justificar escolhas morais acarretariam a baixa qualidade da argumentação jurídica; (b) haveria um risco de decisionismo decorrente da adoção de um discurso axiológico; (c) haveria, com frequência, uma dissimulação ética, decorrente do uso insincero de palavras de legitimação de significado aberto *etc.*

VI – objeções de resultado (relativas à segurança jurídica e ao enfraquecimento dos direitos): (a) a alteração de critérios normativos previamente estabelecidos pelo legislador poderia gerar uma grande insegurança jurídica; (b) poderia haver o enfraquecimento dos direitos em razão da aceitação da relatividade dos direitos fundamentais.

Cada uma das críticas acima apontadas mereceria uma atenção pormenorizada. Elas foram citadas – e poderiam ser citadas muitas outras – tão somente para destacar quão frágeis são os alicerces que sustentam esse modelo de solução de conflitos constitucionais que, apesar de tudo, está sendo adotado por dezenas de países no mundo todo. Como se pode ob-

servar, são tantas críticas e de tal forma bem articuladas e fundamentadas, que mesmo os mais ardorosos defensores de um papel atuante dos juízes na defesa dos direitos fundamentais precisam reconhecer o mérito e a razoabilidade dos argumentos contrários à judicialização da vida. Ainda que se considere que as objeções não são suficientes para afastar a autorização dada aos juízes para controlarem o poder e protegerem a dignidade, elas possuem um forte peso contra o ativismo judicial inconsequente.

O intuito da formulação das referidas objeções, algumas delas com um forte apelo na realidade, não foi sugerir o fim da jurisdição, nem mesmo da jurisdição constitucional dos direitos fundamentais, mas apenas alertar para os riscos de uma crença irrefletida nos potenciais da função judicial. A atitude que devemos evitar a todo custo é substituir um pessimismo desesperançado em relação ao parlamento por um otimismo ingênuo em relação ao Judiciário. Nem uma “politicofobia”, nem uma “juridicolatria” são atitudes dignas de uma reflexão crítica. Se tivermos que ser otimistas, devemos ser otimistas com nós mesmos, com a nossa capacidade de avaliar o exercício do poder e de se revoltar contra qualquer tipo de injustiça institucionalizada, venha ela do Executivo, do Legislativo, do Judiciário, da sociedade ou de nossos próprios preconceitos. A aceitação da jurisdição não deve significar uma transferência de todo o peso da responsabilidade ética aos julgadores. A proposta que se defende é precisamente o contrário: um modelo de jurisdição que valorize o sujeito ético, permitindo que tudo aquilo que tenha valor moral possa florescer plenamente. É o que se verá a seguir.

5 A jurisdição e a transformação da ética em direito: a expansão do círculo ético como um princípio sem fim

Serei tanto mais rico de riqueza humanamente pessoal quanto mais ricos o forem no mesmo sentido os outros, e os outros serão pessoalmente tanto mais pobres quanto mais pobre for a minha pessoa” – Castanheira Neves, “Coordenadas de uma Reflexão sobre o Problema Universal do Direito”

Your reason for thinking it objectively important how your life goes is also a reason you have for thinking it important how anyone's life goes: you see the objective importance of your life mirrored in the objective importance of everyone else's – Ronald Dworkin, “Justice for Hedgehogs”

5.1 Uma análise panorâmica do caminho percorrido

O fio condutor que tem orientado todo o trabalho até aqui desenvolvido é a busca de elementos que possam legitimar o exercício do poder, mais especificamente do poder judicial, e a produção de conhecimento capaz de contribuir para que a atividade jurídica possa cumprir sua autêntica missão de servir como instância de validade axiológica.

A base teórica desse modelo foi justificada no Capítulo 2, quando se defendeu o consentimento ético-jurídico como justificativa da legitimidade do poder. Trata-se de uma ideia relativamente simples, mas poderosa, em que o parâmetro de legitimidade/validade das deliberações estatais é medido mais pelo nível de eticidade do que pelo nível de politicidade. Ou seja, o que conta mais, na avaliação da legitimidade do poder, é a sua capacidade de respeitar, proteger e promover a dignidade e não uma mera contagem de votos.

Como pano de fundo desse debate, encontra-se um problema fundamental para a teoria do direito, que pode assim ser resumido: o estado, através de instituições políticas e jurídicas, se auto-atribui a prerrogativa de dizer com exclusividade sob que circunstâncias será possível usar a força física contra qualquer membro da comunidade. Ao se questionar o que pode ser considerado como uma violência legítima, cria-se uma situação constrangedora, pois tal indagação parece nos levar a um beco sem saída. Afinal, o direito estatal, com a sua pretensão de controlar a vida das pessoas em seus mínimos detalhes, fatalmente conflita com a ideia de autodeterminação pessoal, especialmente porque, numa perspectiva realista, as prescrições jurídicas são ditadas e impostas independentemente da vontade de seus destinatários e obriga que todos sigam o padrão normativo nele estabelecido mesmo que não se concorde com o seu conteúdo. Sendo assim, a regulamentação heterônoma das condutas humanas será sempre potencialmente conflitante com a ideia de autonomia, que constitui um dos aspectos nucleares da dignidade humana, pois qualquer lei que obriga uma pessoa a fazer algo contra a sua vontade ou a impede de agir como lhe convém, atinge a sua capacidade de autocontrole, tirando uma parcela essencial de sua liberdade. Aparentemente, nenhum poder heterônomo poderia ser legítimo, já que pressupõe a substituição da autonomia por um padrão normativo externo. Este é o paradoxo do problema: a ninguém é lícito empregar a coação contra a vontade do outro, pois isso representa uma violação de sua dignidade, mas é justamente isso que o estado faz, supostamente para proteger a própria dignidade!

Como se viu no Capítulo 2, alguns influentes pensadores ocidentais, inspirados pela noção de contrato social, tentaram resolver esse imbróglio inserindo a noção de consentimento como fundamento do exercício do

poder, de modo que a única violência legítima seria aquela que passasse necessariamente por um processo de consentimento voluntário por parte daqueles que serão afetados pelo poder. Dito de outro modo: o estado só poderia ter o poder legítimo sobre qualquer indivíduo se o indivíduo concordasse em se submeter ao poder político do estado.

Mas o consentimento proposto, na linha do modelo representativo que circundava as principais teorias contratualistas, era o consentimento político, pretensamente obtido mediante eleições populares, através das quais os candidatos mais votados seriam escolhidos para fazerem parte do parlamento, assumindo a função de deliberarem e aprovarem o padrão normativo para a solução dos conflitos em nome dos eleitores. Os argumentos utilizados para justificar esse modelo eram bastante persuasivos: (a) as eleições possibilitariam uma participação popular no exercício do poder, assegurando, pelo menos em tese, o autogoverno da sociedade; (b) eleições periódicas permitiriam, além do debate público, a alternância política, viabilizando a substituição sem violência dos governantes que tomassem decisões equivocadas; (c) o procedimento para a definição do lícito e do ilícito seria objetivo e facilmente mensurável, pois bastaria contar os votos da assembleia para saber qual a tese vencedora; (d) a aprovação prévia de critérios gerais pelo parlamento, devidamente publicados em repositórios oficiais de legislação, garantiria o atendimento do ideal de segurança jurídica, facilitando o acesso às informações necessárias para que os indivíduos pudessem planejar suas vidas em conformidade com as regras jurídicas, não sendo surpreendidos com decisões *ad hoc* construídas *ex post facto*; (e) a vinculação dos juízes e governantes aos critérios normativos estabelecidos pelo legislador e a aplicação uniforme das regras gerais evitariam o arbítrio e garantiriam uma maior igualdade na administração da justiça, fazendo com que casos semelhantes recebessem tratamento semelhante; (f) a aprovação de regras claras facilitaria o trabalho dos julgadores que não perderiam tempo tentando desenvolver uma solução específica para cada caso, e assim por diante.

Por outro lado, logo se percebeu que esse modelo também possuía seus inconvenientes, inclusive de índole metodológica. Assim, por exemplo: (a) o legislador nunca é capaz de prever com absoluta precisão todos os problemas que ocorrerão no futuro, gerando uma falta de sincronia

entre a realidade e o sistema legal; (b) a rígida vinculação do juiz à lei, reforçada pela crença no método da subsunção, impediria que os critérios legais sejam adaptados às peculiaridades do caso concreto; (c) o modelo da subsunção, ao valorizar o texto normativo como *locus* para a formação do juízo decisório, empobreceria o pensamento jurídico, transformando a realização concreta do direito em um mero ato de conhecer e de descobrir o sentido semântico de prescrições legislativas; (d) o uso de expressões indeterminadas pelo legislador acarretaria dúvidas de interpretação, levando à insegurança e arbítrio na aplicação da lei e assim por diante.

Para além desses problemas metodológicos, há problemas ainda mais profundos nesse modelo alicerçado no consentimento político, a saber: (a) no sistema representativo, a participação popular na formação da vontade legislativa ocorre em momentos incipientes e relativamente irrelevantes do processo deliberativo, pois os votantes limitam-se a escolher seus representantes e, a partir daí, tudo é delegado para a esfera parlamentar; (b) o sistema eleitoral possui vícios patentes, tanto porque costuma ser excludente quanto pela influência do poder econômico no resultado das eleições, além de outros graves problemas como a manipulação das massas e a falta de condições para o exercício pleno das liberdades políticas etc.; (c) a igualdade política embutida na ideia de que cada um conta por um (“cada cabeça, um voto”) é ilusória, pois não leva em conta a assimetria de poder de impacto e de influência de certos grupos politicamente privilegiados, de modo que nada garante que os mecanismos de aferição da vontade majoritária correspondam, de fato, à opinião da maioria; (d) o sistema de deliberação proposto pelo consentimento político pode acarretar uma politização do direito, fazendo com que as regras de conduta a regularem a vida social sejam estabelecidas por critérios ideológicos nem sempre comprometidos com os princípios fundantes da juridicidade; (e) o consentimento político estimula um raciocínio auto-interessado, em que as pessoas lutarão para fazer valer suas reivindicações a todo custo, inclusive mediante o sacrifício da justiça e da ética; (f) a mera existência de um sistema legislativo não seria uma garantia contra a iniquidade, pois o próprio legislador também pode oprimir, inclusive quando guiado pela vontade majoritária; (g) a transferência do poder de decidir sobre o que é lícito e o que é ilícito para instituições provocaria um sentimento de

desoneração da responsabilidade individual, que pode acarretar a banalidade do mal (Hannah Arendt), na medida em que os indivíduos deixarão de se sentir responsáveis pela redução das injustiças presentes e, muitas vezes, praticarão maldades em nome da lei sem qualquer crise de consciência; (h) diante da falta de um mecanismo institucional para possibilitar o controle ético-jurídico das deliberações parlamentares, a única solução para o indivíduo oprimido seria a resistência física, o que nem sempre é factível; (i) a crença na supremacia e na infalibilidade do legislador, aliada à crença na força do princípio majoritário, provoca uma atitude de conformação das vontades individuais ao padrão comportamental dominante, trazendo consequências perversas para a concepção de sujeito ético autônomo e responsável.

Essas profundas falhas do consentimento político ocorrem, dentre outros motivos, porque, nesse modelo, os conflitos morais são resolvidos a partir de um processo político-legislativo de medição de forças em que as teses que conseguem mais votos vencem (e se tornam a representação do *lícito*) e as teses derrotadas são eliminadas (tornando-se o *ilícito*). O grupo que consegue transformar sua concepção moral em lei pode usar a força do estado para obrigar a todos os demais a seguirem seus próprios valores, transformando o sistema normativo em um mecanismo de repressão institucionalizada. Ao fim e ao cabo, esse tipo de proposta obriga o sujeito ético a se curvar à vontade dominante, criando, artificialmente, um padrão comportamental uniforme e com pouca diversidade, que comporá o *código legal da sociedade*.

O curioso é que os principais pensadores que defenderam um arranjo institucional alicerçado no consentimento enfatizaram a importância da autonomia e afirmaram a dignidade como um valor de grande relevância. A razão e reflexão conscientes foram exaltadas como uma nota essencial da personalidade, levando a uma crença na capacidade da pessoa de ser autolegisladora de si mesma, dona do próprio destino, capaz de distinguir, por conta própria, o certo do errado. Mas, no fundo, poucos foram capazes de levar essas ideias efetivamente a sério, ao ponto de pôr em dúvida a validade do consentimento político. De um modo geral, todas as propostas teóricas que se basearam em um contrato social para fundamentar o direito chegaram à conclusão de que o sujeito que firma um

pacto político, aceitando fazer parte da sociedade, deve obedecer a todas as leis aprovadas pelo legislador, mesmo que essas leis contenham mandamentos iníquos. Na realidade, ao invés de protegerem a autonomia, essas propostas atrofiavam as capacidades éticas da pessoa, sufocando a liberdade em nome de um dever incondicional de obediência às deliberações oficiais, que nem sempre são guiadas por princípios de justiça.

Além disso, o método baseado na soma de votos individuais (majoritarismo) possui uma inquestionável propensão à opressão, na medida em que seu principal fator de decisão é estritamente quantitativo, ou seja, o conteúdo da deliberação não é, por si, relevante. Potencialmente, as minorias derrotadas nesse jogo serão menosprezadas, marginalizadas, excluídas de qualquer tipo de proteção jurídica, perdendo uma parcela essencial de sua dignidade-autonomia, ao ponto de afetar até mesmo a sua condição de pessoa. Com muita frequência, os comportamentos que se afastam da concepção moral da maioria vitoriosa são criminalizados, e a força do estado é utilizada para amoldar as condutas individuais ao código moral dominante, que passa a ser institucionalmente incorporado ao direito positivo após a deliberação política. Essa repressão estatal ao diferente acarreta graves danos à sua própria identidade, diminuindo a sua condição de ser humano e, conseqüentemente, estigmatizando-o como alguém inferior, anormal, sub-humano, que não merece respeito nem consideração. Por sua vez, esse estigma priva-o de alguns benefícios jurídico-sociais, o que acentua ainda mais a sua imagem de inferioridade e que, curiosamente, costuma ser invocada para justificar a repressão legislativa, num círculo vicioso em que o produto vira a causa da exclusão. O *status* legal dos negros, das mulheres, dos índios, dos homossexuais, dos estrangeiros, das minorias religiosas etc. reflete esse fenômeno com muita clareza, conforme já referido (Capítulo 2).

De certo modo, esse modelo não está totalmente superado, pois o arranjo institucional do Estado Democrático de Direito finca suas bases nesses alicerces do consentimento político, buscando uma legitimidade político-eleitoral com forte apelo popular. Porém, houve mudanças significativas na estrutura do poder, sobretudo a partir do século XX, que possibilitaram a passagem do consentimento político para um modelo que se pode chamar de consentimento ético-jurídico.

Em primeiro lugar, a incorporação dos direitos fundamentais ao sistema normativo, num nível hierárquico de supralegalidade, criou um obstáculo jurídico à opressão institucionalizada. O reconhecimento da força normativa da Constituição possibilitou o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, dando à pessoa um trunfo para que ela possa questionar ou desafiar a validade jurídica das deliberações legislativas em um foro de discussão institucionalizado que, pelo menos em tese, avaliará sua causa com imparcialidade e independência. Além disso, a exaltação jurídica da liberdade propiciou um ambiente de maior proteção da autonomia, reduzindo a margem de interferência do estado na vida privada, fazendo surgir para o ser humano um direito de não intromissão estatal naqueles assuntos que devem ser decididos na sua esfera pessoal. Aos poucos, a ideia de que o estado somente pode restringir a liberdade para impedir que os membros da comunidade causem danos aos outros foi se consolidando como um verdadeiro *limite jurídico* à ação estatal, justificando a invalidação judicial de diversas leis contrárias a esse princípio. Junto a isso, valores de pluralismo, diversidade, multiculturalismo passaram a ser enaltecidos e, eventualmente, alçados à condição de direitos humanos/fundamentais. O direito, por isso mesmo, passou a ser mais tolerante em relação às concepções morais minoritárias, deixando de buscar uma homogeneização moral mediante coação para buscar a harmonia na diversidade. Assim, todas as pessoas, independentemente de qualificativos, passaram a ser, pelo menos no plano retórico, consideradas como merecedoras de igual respeito e consideração. Daí em diante, surgiram diversas propostas de construção de modelos de legitimação do poder que, ao invés de institucionalizar uma determinada moral que se tornaria o único padrão comportamental juridicamente aceitável, tenta proteger diversas concepções de vida dentro do mesmo sistema de proteção jurídica.

Nesse novo modelo, a jurisdição (especialmente, a jurisdição constitucional) assumiu uma função de contrapoder não apenas para limitar o espectro de deliberação do órgão legislativo, mas também para densificar o conteúdo dos princípios fundantes do direito, especialmente aqueles princípios capazes de valorizar a pessoa e de promover as suas capacidades éticas. Desde então, diversas questões altamente sensíveis, relacionadas ao direito à vida (aborto, eutanásia, pesquisas com células-

-tronco etc.), ao direito à igualdade (sobretudo envolvendo grupos em desvantagem sócio-econômica que, por não terem força política, tentam reivindicar e proteger seus direitos na via judicial), à liberdade (geralmente questionando o excesso do controle estatal sobre a vida das pessoas), ao direito dos animais (tentando elevar o seu status jurídico), entre várias outras, passaram a ser objeto de debates jurisdicionais, dentro daquilo que se pode denominar de judicialização da ética. Os tribunais, diante disso, tornaram-se um espaço dialético de argumentação para diversas reivindicações fundadas nos direitos fundamentais e passaram a ser uma instância central de controle de validade jurídica das prescrições legislativas e governamentais. Nesse modelo, a legitimidade da jurisdição, sempre atrelada aos resultados concretos que produz na vida das pessoas, manifesta-se por uma particular forma de deliberação, em que os direitos fundamentais e os princípios fundantes da juridicidade-eticidade ocupam um lugar de destaque.

Mas é necessário fazer uma distinção entre a jurisdição enquanto arranjo institucional destinado a limitar a regulação normativa da sociedade sobre as pessoas e a jurisdição como mecanismo de regulação da sociedade. No primeiro caso, a jurisdição exerce uma função de valorização do sujeito ético, estabelecendo um tipo de barreira de proteção jurídica ao poder normativo que nem mesmo a coletividade institucionalmente organizada pode ultrapassar. No segundo caso, a jurisdição assume-se, ela própria, como instituição dotada de um poder normativo autônomo, com pretensões de estabelecer normas gerais a todos os membros da sociedade em substituição à regulação normativa tradicionalmente exercida pelo Legislativo. A diferença entre essas duas funções assumidas pela jurisdição é notória, pois as principais objeções democráticas à jurisdição são claramente pertinentes no segundo caso, mas muito mais tênues no primeiro. Afinal, um órgão que devolve ao sujeito ético uma capacidade que lhe foi tomada pela coletividade ou pelo grupo de poder que, ocasionalmente, controla a sociedade não pode ser acusado de estar usurpando um poder normativo, pois, a rigor, quem usurpou o poder do sujeito ético, com base na força física ou na força política, foi o legislador. A jurisdição, quando assim age, funciona como um contrapoder com ambições normativas limitadas, pois a sua principal pretensão é estabelecer parâmetros

capazes de ajudar a compreender até onde a legislação pode avançar sem violar a independência ética. Por outro lado, quando a jurisdição vai além e dita regras de conduta aos membros da coletividade, sem o respaldo democrático que a política costuma estar mais apta a proporcionar, o risco da usurpação do Poder Legislativo pela jurisdição é muito maior. A progressiva e parcial substituição do consentimento político pelo consentimento ético-jurídico não implica, necessariamente, o fim da política, mas a submissão da política a determinados parâmetros formais e substanciais que não podem ser violados. Dentro desses limites, a política ainda possui uma grande margem de conformação legislativa que deve ser respeitada pelos órgãos jurisdicionais. Em outras palavras, o papel da jurisdição, em um modelo fundado no consentimento ético-jurídico, é garantir que o exercício do poder intencione uma validade axiológica (fundada em princípios) e não uma validade política ou instrumental (fundada na maximização de utilidades).

A razão de ser dessa proposta baseia-se em uma determinada concepção de dignidade que não admite a instrumentalização da pessoa. Se o raciocínio jurídico fosse guiado por outras considerações que não os princípios, o direito estaria instrumentalizando as pessoas, sacrificando seus direitos em nome de um cálculo utilitarista incompatível com a ideia de igual respeito e consideração. O modelo de consentimento ético-jurídico propõe que a validade jurídica seja associada e condicionada ao respeito à dignidade, o que significa, em síntese: (a) substituir, como parâmetro de validade, o consentimento político, orientado por um pragmatismo eleitoral, onde a solução válida é a solução que proporcionar a vitória nas urnas, pelo consentimento ético-jurídico, orientado pelos princípios, onde a solução válida é a solução que melhor respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais; (b) substituir a argumentação instrumental-estratégica, focada em argumentos de interesse próprio ou de maximização de utilidades, em que o importante é obter, pela força da sedução, uma adesão quantitativa, por uma argumentação comprometida com a justiça, em que o importante é demonstrar o respeito e consideração a todos os que serão afetados pela decisão; (c) substituir o juízo parcial-partidário, de facções e coalizões, por um juízo de imparcialidade, preferencialmente

uma imparcialidade aberta, capaz de levar em conta o interesse de tudo e de todos, dentro de uma concepção de dignidade sempre expansiva.

A validade ético-jurídica certamente é um conceito difuso e marcado pela síndrome dos “consensos abstratos, desacordos concretos”. Afinal, todos concordam que as soluções jurídicas devem respeitar a dignidade, devem ser justas e não podem ser opressivas. O problema é que existem profundas divergências sobre o que isso significa na prática. Por conta disso, o modelo de consentimento ético-jurídico proposto seguiu uma perspectiva que Amartya Sen denominou de *nyaya* em contraponto à perspectiva *niti* que orienta, por exemplo, a teoria da justiça de John Rawls. Em síntese, ao invés de se buscar a construção de um arranjo institucional abstratamente perfeito num nível transcendental, preferiu-se adotar uma perspectiva mais concreta de comparação centrada em realizações, buscando desenvolver uma racionalidade prática onde o mais importante é remover as injustiças presentes no mundo a partir de problemas e soluções pontuais e específicas, sob o enfoque das capacidades. Assim, todos aqueles com poder de ação e de decisão tornam-se responsáveis pela construção de um mundo mais justo e decente, dentro de seus limites e possibilidades funcionais.

Existem muitas formas de se combater uma injustiça: através do uso da força física (direito de resistência não pacífica), da desobediência civil, da não-cooperação pacífica, da mobilização política e assim por diante. A transformação da ética em direito apresenta-se como uma proposta que visa combater injustiças concretas por meios institucionais, no interior do processo de realização prática do direito. A jurisdição surge assim como um espaço dialético em que as pessoas envolvidas em um conflito inter-subjetivo podem apresentar argumentos e exigir uma solução justa para aquela controvérsia prática.

Ao longo do Capítulo 3, tentou-se conciliar essa ideia com a proposta metodológica que Castanheira Neves designa por jurisprudencialismo. Por mais que a matriz intelectual que oriente o jurisprudencialismo seja herdeira de uma tradição filosófica diversa e por mais que existam diferenças de fundo que recomendam uma prudência comparativa, tentou-se aproveitar as contribuições do jusfilósofo de Coimbra para construir um modelo de jurisdição propenso a transformar ética em direito. A in-

incorporação de alguns elementos do jurisprudencialismo na construção desse modelo, contudo, não significou a mera reprodução das ideias de Castanheira Neves ao fim proposto, tentando adequá-las a uma terminologia particular. Também não significou apenas a reprodução das “afinidades eletivas”, onde os pontos de concordância são destacados e tudo aquilo que é motivo de divergência é omitido ou ignorado para evitar um confronto. Em muitos aspectos importantes, o consentimento ético-jurídico, juntamente com a ideia de transformar ética em direito orientado pela expansão do círculo ético, exigirá um “olhar além do jurisprudencialismo”, conforme se verá ao longo deste capítulo.

O jurisprudencialismo, conforme visto (Capítulo 3), propõe um resgate da dimensão prática do pensamento jurídico e, para isso, alicerça-se nos seguintes postulados: (a) o direito é compreendido como uma prática cultural institucionalizada em contínua realização e não substância que se descobre como algo “dado” ou como um mero campo de aplicação de uma normatividade pressuposta; (b) o direito emerge como uma alternativa humana, funcionando como um instrumento para a solução de conflitos intersubjetivos dentro de uma convivência comunitária num ambiente de escassez (“o mundo é um e os homens são muitos”), que procura respeitar a condição humano-existencial do ser humano (“os membros da sociedade são pessoas, com autonomia e responsabilidade”), bem como a sua condição ética, como pessoas dotadas de dignidade e, portanto, merecedoras de serem tratadas como fins em si mesmo e não como meros instrumentos para o poder e para a prepotência dos outros; (c) o direito deve necessariamente possuir uma intencionalidade ética ou um projeto axiológico, consistente na afirmação da dignidade humana como fundamento (prático-racional), o que acarretará a necessidade de reconhecer ao ser humano a condição de sujeito de direitos, dirigidos aos outros, e de obrigações, exigidas pelos outros, em todos os níveis, segundo todos os princípios e em todas as modalidades estruturais e institucionais que normativamente se objetivem como direito; (d) o respeito incondicional à pessoa humana é o sentido do direito, já que o direito não pode sequer

ser pensado se não for através da pessoa e para a pessoa⁵⁵³; (e) o direito é assim compreendido como validade (validade axiológica-normativa), que traduz o sentido do direito como direito, manifestada em um juízo (decisão judicativa) que respeite a igual dignidade de todos; (f) a validade axiológico-material que há de conferir ao direito o seu autêntico sentido é uma validade autonomamente constituída pela experiência judicativa e, portanto, seu fundamento não decorre de uma legitimidade política (daí a autonomia do direito em relação à política), nem da mera força (daí a autonomia do direito em relação ao poder), mas da própria comunidade (validade comunitária), que se torna a titular do sentido do direito.

No que se refere ao problema metodológico da realização do direito, o jurisprudencialismo adota os pressupostos básicos que se seguem: (a) o ponto de partida (melhor dizendo: o *prius* metodológico) do juízo decisorio há de ser o *caso concreto* e não o sistema normativo; (b) a solução do caso concreto é constituída com a mediação do sistema normativo que é um sistema aberto e dinâmico, constantemente enriquecido pela realidade empírica; (c) a relação entre o sistema normativo e o caso jurídico não deve ser considerada como uma relação lógico-dedutiva, mas como um autônomo juízo normativo desenvolvido a partir da singularidade do caso concreto; (d) o sistema normativo não se confunde com o conjunto de leis positivas, nem com as prescrições legislativas de um modo geral, pois abrange também os princípios, bem como o conhecimento produzido no âmbito da jurisprudência e da doutrina; (e) as normas jurídicas, quando disponíveis, não são simplesmente *aplicadas* ao caso concreto, pois precisam passar por um processo de *adaptação* e *correção*, para servirem como critérios válidos de solução do específico problema jurídico; (f) a norma

553 O conceito de pessoa para Castanheira Neves é um conceito eminentemente ético: “a pessoa não é o *indivíduo*, nem o *sujeito* – o indivíduo, apenas como termo biológico ou como o reivindicante solipsista dos interesses, o sujeito como *causa sui* das determinações e *auto-nomos* de uma racionalidade universal –, o primeiro não conhece nenhuma ordem normativa em que se vincule (é relevante, quanto a este ponto, a reflexão com essa mesma conclusão de Gunther Jakobs, ob. cit., 29, ss., e *passim*), o segundo pode ser condição de um vínculo normativo, em imperatividade universal que transcenda a vontade individual, mas essa apenas universal racionalidade não o pode fundar, enquanto pela pessoa, traduzindo o transcender do antropológico e do estritamente racional ao axiológico em transindividual reconhecimento ético, com a sua dignificação e numa relacional convocação ética, é a própria eticidade da normatividade que com ela também se institui” (CASTANHEIRA NEVES, 2002b, p. 14).

jurídica (quando haja uma norma disponível) deixa de ser apenas um postulado lógico-conceitual para ser entendida como a solução hipotética de um problema normativo e, portanto, deve ser interpretada à luz do referido problema; (g) os princípios derivados do respeito à pessoa humana fundamentam e condicionam a realização concreta do direito, podendo servir como instância de controle de validade dos próprios critérios normativos disponíveis no sistema; (h) esses princípios que fundamentam o direito são constituídos e validados pela própria comunidade (validade comunitária), a partir da experiência judicativa dinâmica e constantemente enriquecida pela jurisprudência, razão pela qual não dependem de um ato político-legislativo de validação jurídica.

Assim, ao mobilizarmos o jurisprudencialismo de Castanheira Neves, trazendo o debate sobre a justiça para o mundo prático do direito, adotando a perspectiva do juiz preocupado com a busca da melhor solução para o caso⁵⁵⁴, novas considerações vêm à tona, pois percebemos que: (a) o modelo de pensamento focado em problemas concretos é mais apropriado para captar a dinâmica do mundo social, marcado pela singularidade dos conflitos e pela variedade de contextos, a recomendarem que todo projeto de justiça seja considerado como um projeto inacabado, aberto, expansivo e falível; (b) a validade do direito deixa de ser uma validade do poder para ser uma validade comunitária (e humana), a exigir que todo projeto de justiça seja um projeto colaborativo, constituído coletivamente por pessoas responsáveis e autônomas que desejam compartilhar um ambiente de escassez em harmonia e de construir um mundo mais decente; (c) a desvinculação da validade jurídica de um procedimento político-legislativo exigirá que todo critério normativo estabelecido autoritariamente passe por um filtro ético-jurídico antes de ser assimilado no processo de realização concreta do direito; (d) os princípios fundamentais tornam-se, com isso, elementos essenciais para o pensamento jurídico, tratados como verdadeiros direitos vinculantes (princípios como *ius*), funcionando

554 Obviamente, qualquer proposta de método jurídico deve ter em mira, como condição de seu próprio sentido, as pessoas conscienciosas, bem-intencionadas e virtuosas que estão, efetivamente, preocupadas em promover a justa realização do direito. O método jurídico não pode ter como destinatário as pessoas inescrupulosas, pois não há um método correto para fazer a coisa errada.

como fonte de inspiração, orientação, motivação, adequação, correção e justificação das decisões judiciais e, ao mesmo tempo, como um mecanismo indispensável para que o direito – em especial a função jurisdicional – possa servir como instância de controle do poder.

Por outro lado, foi visto, no Capítulo 4, que qualquer proposta de valorização da função jurisdicional também acarreta riscos e, portanto, não se podem criar ilusões acerca de qualquer modelo institucional abstratamente considerado, pois a busca de uma validade ético-jurídica para o exercício do poder está sujeita a enganos, manipulações e dissimulações típicas da astúcia humana. Diante da realidade nua e crua, o otimismo nunca pode ser demasiadamente ingênuo, sobretudo quando se está tratando de um poder tão relevante, tão vilipendiado e tão abusado ao longo da história. Isso se torna ainda mais grave quando o discurso jurídico adota um tom persuasivo ou estratégico (orientado pelo êxito e não pela ética), mobilizando retoricamente palavras de legitimação com grande apelo emotivo, mas pouca densidade semântica, como é o caso de dignidade, justiça, direito, ética e assim por diante. A experiência de vida demonstra que o ser ambicioso fará o que for preciso para realizar seus desejos, inclusive deturpar os princípios éticos que costumam representar o sentimento moral dominante. Para isso, ele elegerá o princípio conforme a utilidade, amoldando os valores aos seus projetos de poder e não o inverso. Suas ações e decisões mobilizarão as palavras de legitimação mais adequadas aos seus propósitos de persuadir o auditório, mesmo que, no fundo, tenham sido motivadas por fundamentos radicalmente opostos àqueles que ornamentam o discurso. Por isso, nessas situações, é preciso desvelar as intenções declaradas para descobrir o que está por detrás do discurso, pois a mera análise das palavras utilizadas pelos julgadores, na justificação de seus posicionamentos, não é suficiente, por si só, para possibilitar uma plena análise da legitimidade do julgado. Tão importante quanto as palavras que ornamentam a decisão é o efeito concreto que aquele ato decisório acarretará na vida das pessoas. É preciso, pois, em alguns momentos, acordar daquele “nobre sonho” referido por Hart para perceber que o Judiciário não é sempre um espaço imaculado e plenamente racional de realização dos direitos (HART, 1983, p. 123-144). As mazelas da jurisdição não podem ser jogadas para debaixo do tapete,

devendo ser reconhecido que os juízes são seres humanos e, portanto, falíveis. E mesmo os juízes sérios, preparados e bem-intencionados também possuem limitações óbvias, já que não são seres oniscientes, nem dispõem de uma estrutura de trabalho perfeita, nem de todo o tempo do mundo para meditar e solucionar os vários casos que lhes chegam diariamente. O Juiz-Hércules, “*a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen*” (DWORKIN, 1978, p. 105), infelizmente somente existe como metáfora, na imaginação de filósofos criativos como Ronald Dworkin.

Mas o pessimismo gerado pela análise da realidade não deve eclipsar a esperança, sem a qual a motivação para transformar essa mesma realidade desaparece, e todo o esforço para a construção de um mundo melhor perde o sentido⁵⁵⁵. Essa esperança funcionará como combustível para as considerações a serem apresentadas, em que serão formuladas algumas diretrizes que servirão de base para a construção de um projeto de *expansão do círculo ético* a partir da transformação da ética em direito. Esse projeto, assumidamente utópico nos seus objetivos, mas prático nas suas intenções e meios, deve ser encarado como um projeto aberto, inacabado, colaborativo, contextualizado e falível, dentro do espírito de humildade que deve orientar qualquer proposta dessa natureza. Mesmo adotando a perspectiva do olhar à frente, não será esquecido o passado, nem desconsiderada a realidade presente, até porque nenhum projeto pode perder a noção de seus limites e de sua contingente situação histórica.

5.2 A transformação da ética em direito e a expansão do círculo ético

A ideia de transformar ética em direito que, desde o início, tem orientado o presente estudo, baseia-se na crença de que existe uma intensa sinergia (e interdependência) entre o raciocínio ético e o raciocínio jurídico que, apesar disso, não se confundem.

555 Pode-se citar, dentro desse mesmo espírito, uma bela passagem escrita por Gustav Radbruch: “a nós, juristas, cabe-nos por isso o mais difícil e espinhoso de todos os deveres que pode haver neste mundo para um intelectual: o de cremos firmemente na nossa profissão e contudo também, no mesmo passo, o de duvidarmos constantemente dela nas mais profundas regiões de nossa consciência moral” (RADBRUCH, 1997, p. 226).

A ética e o direito parecem compartilhar os mesmos valores fundamentais, a exemplo do respeito à dignidade, que é a base comum tanto do direito quanto da ética, sendo esta uma das mais fortes conexões entre ambos. Isso poderia gerar a falsa impressão de que os fundamentos do direito e da ética são substancialmente iguais. Na verdade, a dimensão ética da dignidade não é exatamente idêntica à dimensão jurídica da dignidade. A grosso modo, pode-se dizer que a dimensão ética do respeito ao outro é mais abrangente do que a dimensão jurídica do respeito ao outro. Isso significa, também a grosso modo, que a responsabilidade ética costuma ser muito mais exigente do que a responsabilidade jurídica⁵⁵⁶. O dever de afeto familiar, por exemplo, é claramente um dever ético, mas não necessariamente implica uma responsabilidade jurídica, a não ser em algumas situações particulares⁵⁵⁷. O dever de caridade em relação aos pobres constitui, muitas vezes, uma direta e pessoal responsabilidade ética, mas nem sempre gera qualquer tipo de consequência jurídica se não for praticado pelo indivíduo⁵⁵⁸. O descumprimento do dever ético de não mentir, algumas vezes, não acarretará qualquer sanção jurídica, pois a censura jurídica à omissão ou adulteração da verdade é muito mais restrita do que aquela prevista no

556 Uma exceção é a *responsabilidade objetiva*, presente no direito e ausente na ética. Isso porque os ilícitos morais estão relacionados à motivação dos sujeitos de um modo distinto dos ilícitos jurídicos, de forma que o *dolo* parece ser uma condição indispensável para a censura moral, mas não necessariamente do ilícito jurídico.

557 No Brasil, tem sido cada vez mais aceita na doutrina e na jurisprudência a responsabilidade civil pelo *abandono afetivo*. Assim, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que é devida a condenação em danos morais do pai que não cumpriu o seu dever “de criação, educação e companhia – de cuidado”, gerando um abandono psicológico. Na ementa, foi assinalado que “apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social” (STJ, REsp 1159242/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 10/05/2012). Por outro lado, há também decisões em sentido contrário: “A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária” (STJ, REsp 757411/MG, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 29/11/2005, DJ 27/03/2006, p. 299).

558 No que se refere ao dever de assistência aos pobres, a solução jurídica foi transformar a responsabilidade direta e pessoal por uma responsabilidade coletiva e difusa, custeada solidariamente por meio de tributos que não de financiar a assistência pública, fornecida pelo estado, por meio de políticas públicas de combate à pobreza, inclusive benefícios prestacionais diretos. Desse modo, ainda que por vias transversas, pode-se perceber uma conexão entre o dever ético de caridade e os direitos de caráter social.

domínio da ética. Desse modo, só nos resta concluir que, de fato, o direito e a ética, embora sinergicamente entrelaçados, não se confundem. Em que sentido, então, se pretende transformar ética em direito?

Em termos muito simplificados, pode-se dizer que transformar ética em direito significa aproximar ainda mais as conexões entre a ética e o direito e reduzir as desconexões existentes. Para isso, é preciso reforçar a necessidade de reconhecer que o juízo jurídico (voltado à resolução de problemas jurídicos concretos) não pode deixar de ser, ao mesmo tempo, um juízo ético (comprometido com o respeito ao outro). Sob a perspectiva do jurista responsável pelo resultado de sua atividade (perspectiva interna, participante, conscienciosa e comprometida), o juízo ético-jurídico obriga que se incorpore no pensamento jurídico um princípio de alteridade imparcial, que orientará todo o processo de realização concreta do direito, seja numa fase prévia à formação do juízo, seja numa fase de justificação da solução adotada, que devem ser unitariamente vinculadas pela mesma intencionalidade.

O princípio do respeito ao outro é, portanto, a chave para compreender a ideia de transformação da ética em direito. E também é a chave para compreender a noção de expansão do círculo ético, pois o que se pretende realizar é um projeto ético-jurídico intencionalmente guiado por um sentido sempre expansivo de respeito ao outro, aproximando a dimensão jurídica da dignidade da sua correspondente dimensão ética. O primeiro passo para que isso se torne possível é embutir no pensamento jurídico a capacidade de pensar além do interesse próprio.

5.2.1 Para além do interesse próprio

Apesar de o *respeito ao outro* ser um dos mais antigos princípios de convivência humana, seu conteúdo não é fácil de definir e, em certo sentido, muitas vezes não passa de um *slogan* genérico e vazio de significado. A ele, pode ser aplicada a mesma crítica que Schopenhauer desenvolveu em relação à “dignidade humana”:

esta expressão, ‘dignidade humana’, uma vez que Kant a pronunciou, tornou-se a senha de todos os moralistas desorientados e destituídos de pensamento que esconderam sua falta de um fundamento da moral real ou,

pelo menos, de um fundamento da moral que dissesse alguma coisa, sob aquela expressão imponente de ‘dignidade humana’, contando astutamente com o fato de ver também seu leitor usando com prazer uma tal dignidade e ficando, assim, satisfeito com isso. (SCHOPENHAUER, 1995, p. 78).

A crítica de Schopenhauer nos obriga a reconhecer que um conceito tão vago quanto o respeito ao outro não é suficiente para fornecer respostas precisas para os conflitos intersubjetivos, pois seu significado depende de outros critérios e contextos que não são auto-evidentes. Ele se insere claramente dentro daquilo que Dworkin denominou de conceito interpretativo, de modo que sua compreensão faz parte de uma rede de valores que se sustenta mutuamente (DWORKIN, 2011, 2012). Não basta, pois, invocar o respeito ao outro e, a partir daí, considerar que todos os problemas serão facilmente solucionados. Na verdade, justamente porque existem grandes divergências sobre o significado prático do respeito ao outro é surgem os conflitos intersubjetivos mais profundos⁵⁵⁹. Embora todos desejem ser tratados com respeito e consideração, na prática, ocorrem tantas controvérsias sobre o que é um tratamento digno ou respeitoso que a mera alusão ao princípio se desmancha no ar. Por isso, para que a ideia de *respeito ao outro* não se torne apenas mais uma “senha de todos os moralistas desorientados e destituídos de pensamento”, é fundamental que seu uso venha acompanhado de um contexto mais abrangente, de preferência com exemplos (exemplos positivos, de respeito à dignidade, e exemplos negativos, de violações da dignidade) a partir dos quais se poderá desenvolver uma concepção mais concreta de seu sentido.

559 Sem concordar com as conclusões (no sentido de que a solução para o problema da variabilidade dos sentidos dos princípios da justiça consiste em transferir ao direito positivo a função de fornecer os critérios do justo e do injusto), é possível mobilizar o argumento de Kelsen criticando a regra de ouro: “Quando a regra de ouro postula que qualquer um de nós trate os outros como subjetivamente deseja ser por eles tratado, pressupõe-se evidentemente que também os outros assim desejam ser tratados. Mas tal é evidente e compreende-se de per si – pensa-se – pois todos desejam sem dúvida ser bem tratados. Se a regra de ouro fosse observada, haveria concordância entre os homens quanto à sua conduta recíproca e não existiriam, portanto, quaisquer conflitos – alcançar-se-ia a harmonia social. Isto, porém, é uma ilusão, pois que os homens de forma alguma coincidem no seu juízo sobre aquilo que é subjetivamente bom, ou seja, afinal, naquilo que desejam. O que alguém considera ser um bom tratamento, a ponto de desejar ser tratado dessa maneira, e de, conseqüentemente, segundo a regra de ouro, tratar outrem da mesma forma, pode este outrem considerar subjetivamente como um mau tratamento, o que significa que ele não quer ser tratado dessa maneira” (LINHARES, 2001b, p. 55).

O respeito ao outro é, por definição, um princípio de alteridade, a exigir que nossas decisões levem em consideração os efeitos que produzirão na vida dos outros. A capacidade de respeitar os outros é o que faz com que um ser humano possa ser considerado um sujeito ético.

O sujeito ético é um ser que vive em comunidade, compartilhando um mundo de escassez com outras pessoas que possuem necessidades, projetos de vida, desejos, preferências, talentos e capacidades bastante diferentes entre si. E também é um ser capaz de se comunicar, aprender e trocar experiências com outras pessoas, o que lhe permitirá ter uma melhor compreensão do que os outros entendem por respeito. Dessa convivência intersubjetiva, surgirão outras capacidades fundamentais para a formação da personalidade: a capacidade de compaixão e de empatia (de se colocar no lugar do outro e sofrer a dor do outro⁵⁶⁰), de afeto, de cumplicidade, de amizade, de bem-querer, de piedade, de hospitalidade e assim por diante. Todas essas capacidades, conjugadas com os sentimentos que lhes correspondem, fornecem a motivação psicológica para que o ser humano, na maioria dos casos, seja capaz de se conduzir eticamente. Naqueles casos mais comuns, para os quais já existem respostas armazenadas no cérebro decorrentes de experiências passadas, a conduta ética é quase intuitiva. Quando essas capacidades atingem seu nível máximo, ao ponto de gerar um sentimento de amor pleno, pode-se falar que o ser humano alcançou o ético absoluto, de entrega incondicional, ilimitada e infinita ao outro. No seu nível mais baixo, as capacidades éticas produzem apenas o amor próprio, ocasião em que o respeito ao outro é sempre condicionado a algum tipo de vantagem que possa gerar para o agente. Aliás, é importante reconhecer que até mesmos os indivíduos movidos exclusivamente pelo amor próprio podem chegar à conclusão de que, em determinadas situações, a melhor forma de satisfazer o auto-interesse é cooperar, conforme visto no Capítulo 2⁵⁶¹.

560 Mesmo entrando num campo desconhecido – a neurociência – é possível mencionar a existência dos chamados *neurônios-espelho* (*mirror neurons*), termo cunhado pelo neurofisiologista italiano Giacomo Rizzolatti, para se referir às células nervosas que nos tornam capazes de sentir o sofrimento do outro como sendo nosso. Sobre o tema, em linguagem acessível: PRECHT, 2009, p. 138/143.

561 O direito parece ser incompatível com o *absoluto ético*, pois, em uma situação de alteridade incondicional, a mediação da comunidade para fazer valer o *respeito ao outro* se torna desnecessária. Por outro lado, quando se tem um grupo de indivíduos movidos exclusivamente pelo amor próprio,

O projeto de transformação da ética em direito não propõe a substituição do direito por um absoluto ético, onde a responsabilidade pelo outro seria ilimitada e infinita, até porque isso significaria, em última análise o fim da jurisdição e de toda a mediação institucional exigida pelas civilizações contemporâneas⁵⁶². A relação ética pessoa-pessoa deve ser incentivada, mas a vida social ainda exige uma mediação institucional, guiada pelo princípio do respeito ao outro⁵⁶³. Portanto, o projeto aqui defendido não abre mão da função jurisdicional, ainda que orientada para uma direção de valorização do sujeito ético.

somente alguma forma de força coletiva parece ser capaz de possibilitar uma convivência harmoniosa. Mas não se quer dizer com isso que o direito existe apenas em função do “*bad man*”, tal como sugeriu Holmes. As *capacidades éticas* são variáveis não apenas de pessoa para pessoa, mas também de circunstâncias para circunstâncias. O “homem mau” pode amar o próximo em dadas circunstâncias. E o “bom homem” pode praticar as piores atrocidades em situação de desespero ou de ignorância. Não existem homens absolutamente bons e, talvez, também não existam homens absolutamente maus, exceto aqueles que padecem de algum grave distúrbio mental. É justamente por entender que até mesmo os piores homens possuem algum nível de capacidade ética que o direito não pode abrir mão de buscar um fundamento axiológico. É um erro achar que a única linguagem que o “homem mau” entende é a do medo, a da força e a do castigo. Em dadas circunstâncias, ele pode se convencer a agir eticamente. A função da expressão *consentimento* na fórmula do “consentimento ético-jurídico” é precisamente esta: a de jamais renunciar à busca de um fundamento axiológico, capaz de convencer – de forma espontânea e não ameaçadora – os sujeitos éticos que serão atingidos pela concreta realização do direito. O consentimento ético-jurídico visa, antes de tudo, conquistar o apoio voluntário, consciente, ponderado e refletido de todos os cidadãos que professem doutrinas abrangentes razoáveis, ainda que conflitantes.

562 Sobre esse ponto, Castanheira Neves apontou a incompatibilidade do *absoluto ético* com o pensamento jurídico, tendo em vista que o absoluto ético pressupõe uma infinita e incomparável singularidade pessoal, ao passo que a justiça implica a mediação de um terceiro e exige a comparação segundo um padrão comum de partilha diferente do amor incondicional pressuposto pela ética: “o absoluto ético ‘carece originalmente de reciprocidade, pois a reciprocidade ameaçaria o seu caráter gratuito, a sua graça e a sua caridade incondicional’, por isso mesmo não pode esse absoluto ser solução do problema prático ou reduzir o mundo prático, onde, nas palavras também de Lévinas, ‘de trás das singularidades únicas é preciso antever indivíduos do mesmo gênero, e há que compará-los, julgar e condenar’, surgindo assim a ‘ordem da justiça’, a implicar ‘o facto do terceiro que, junto àquele que é o meu outro, é para mim ‘outro outro’, ‘surge aqui a obrigação de comparar’ uns aos outros e a impor, portanto, a ‘objectividade da justiça’, ‘o momento das instituições habilitadas para julgar’ (...), a implicar o ‘terceiro incluído’ para além simplesmente da inter-relação ‘eu’ e ‘tu’, através da ‘mediação institucional’ e, como tal, a recuperar a dimensão comunitária própria do problema prático. Daí que a ética se exprima segundo mandamentos e a sua categoria seja o dever, enquanto a justiça implica, na intencional mediação de seus fundamentos e critérios, antes direitos e obrigações correlativos e convoca integrantes responsabilidades. (...) o ético absoluto não cumpre ao problema prático, na sua inconfundível especificidade, e daí não pode oferecer-lhe a solução que a ele lhe seja própria (CASTANHEIRA NEVES, 2009b, p. 322/324). Conferir também: LINHARES, 2007, p. 5-56.

563 Sobre isso: CASTANHEIRA NEVES, 2008f, p. 153/154.

Essa mediação institucional é necessária porque, mesmo que as capacidades éticas estejam presentes na maioria dos seres humanos, elas são limitadas e, em muitos casos, insuficientes para evitar o conflito intersubjetivo. Os desacordos decorrem de diversos motivos: (a) as necessidades humanas são variadas e nem sempre é possível satisfazê-las integralmente, sendo preciso estabelecer prioridades geralmente conflituosas; (b) as pessoas podem desejar os mesmos bens, quase sempre escassos, gerando disputa para a sua obtenção; (c) a cobiça faz com que alguns homens ambicionem os bens alheios, sendo capazes de praticar os atos mais abomináveis para conquistá-los; (d) a perspectiva de impunidade pode levar o ser egoísta a adotar expedientes escusos para satisfazer o interesse próprio; (e) mesmo quando a pessoa está movida por boas intenções, pode haver divergência sobre o que é o melhor para o outro; (f) a ignorância pode levar a um erro de avaliação sobre o que é certo e o que é errado; (g) a *pleonexia* (desejo de tirar vantagens dos outros), aliado à *akrasia* (fraqueza da vontade), leva o indivíduo, muitas vezes, a agir contra o seu melhor juízo, cometendo injustiças mesmo quando sabe que está fazendo a coisa errada, entre vários outros motivos⁵⁶⁴.

Quando ocorrem conflitos concretos e as capacidades éticas são incapazes de, espontaneamente, proporcionar que os envolvidos cheguem a uma solução consensual, é preciso submeter a discussão a uma instância de julgamento (jurisdição), que, com o apoio da comunidade e da autoridade que dela decorre, apresentará uma decisão pretensamente definitiva para o problema⁵⁶⁵. O terceiro responsável pelo julgamento (o juiz)

564 Na tentativa de explicar a presença da agressividade na natureza, o etólogo austríaco Konrad Lorenz sugeriu que a agressão pode exercer uma função importante no processo de seleção natural. De acordo com ele, a agressão praticada abundantemente por diversos seres vivos pode favorecer a seleção dos melhores e dos mais fortes e, por mais nefastos que possam ser os efeitos negativos do comportamento agressivo, ela funcionaria, em muitos casos, como mecanismo de sobrevivência da espécie. Por causa das tensões criadas pela agressividade, os seres vivos criam laços intersubjetivos para equilibrar as forças sociais, possibilitando a convivência de vários indivíduos em um mesmo espaço territorial (LORENZ, 1973).

565 Vale ressaltar que nem todo conflito intersubjetivo gerará obrigatoriamente a necessidade de uma instância judicatória para dirimir a controvérsia. Se tivermos em mente que o direito não é qualquer ordem de coações normativas, ou que não é mera voluntas e poder, mas intencionalidade axiológico-normativa, perceberemos que existem limites para a juridicidade, vale dizer, nem todo o problema humano pode ser objeto de uma solução autenticamente jurídica. Para que a solução jurídica possa emergir, é preciso, em primeiro lugar, estar presente as três condições apontadas por Castanheira Neves: a mundano-social, a humano-existencial e a ético-jurídica. E

também é um sujeito ético e, como tal, precisa levar em conta o interesse de todos aqueles que serão afetados pela sua decisão. Porém, há uma característica diferenciada da jurisdição que coloca o juiz na posição de um sujeito ético especial: a imparcialidade. O dever de imparcialidade obriga o juiz a adotar a alteridade por princípio e não por interesse próprio. Enquanto as partes envolvidas no conflito podem estar motivadas pelo auto-interesse, o juiz deve tomar uma decisão que respeite o interesse dos outros independentemente das vantagens que trará para si ou para os de seu grupo, não devendo agir como uma espécie de advogado das próprias crenças e valores.

A legitimação proposta pelo consentimento ético-jurídico baseia-se na ideia de que todo aquele que esteja tomando decisões envolvendo o interesse alheio deve se basear em um juízo de alteridade imparcial em que os interesses dos outros devem ser considerados tão importantes quanto os próprios interesses. Ainda que não exista um método preciso para caracterizar o consentimento ético-jurídico, é possível desenvolver, com base em princípios de experiência prática, alguns fatores que indiquem, pelo menos presumivelmente, que uma determinada perspectiva segue a premissa da imparcialidade e alteridade nos moldes acima sugeridos. Esses fatores não garantem uma certeza absoluta de imparcialidade, nem mesmo de eticidade, mas pelo menos ajudam nessa tarefa. A ideia é relativamente simples e pode ser sintetizada na seguinte máxima: presume-se imparcial aquele que defende ideias e toma decisões que não o beneficiem direta ou indiretamente ou então que defende ideias ou toma decisões que possam lhe causar prejuízo imediato. Outras máximas semelhantes poderiam ser desenvolvidas: presume-se imparcial aquele que defende ideias ou toma decisões contrárias a do grupo a que per-

tais condições nem sempre estão presentes. Nem sempre o ser humano está numa relação inter-subjetiva de compartilhamento e de escassez, ocasião em que se dispensará a mediação jurídica por ausência da condição mundano-social. Do mesmo modo, nem sempre o ser humano está numa situação de autonomia e responsabilidade comunitárias, de direitos dos outros perante si e obrigações para com os outros, bastando ter em mente os seus compromissos religiosos, ideológicos, artísticos etc, ocasião em que se dispensará a mediação do direito por ausência da condição humano-existencial. Finalmente, nem sempre estará presente a condição ético-jurídica, já que o ser humano não vive apenas em termos de direitos e obrigações institucionalizados, havendo também as puras relações de amor e de amizade em que não faz o menor sentido a atribuição de responsabilidades estritamente jurídicas. Sobre isso: CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 71.

tence ou então que beneficiem outros grupos de pessoas não incluídas na sua esfera de convivência; presume-se imparcial aquele que defende ideias ou toma decisões que possam se chocar com suas crenças religiosas ou com seus interesses privados e assim por diante⁵⁶⁶.

Logicamente, as referidas máximas não são totalmente confiáveis, nem indicam que as soluções que atendam a esses critérios de imparcialidade serão sempre corretas, muito menos sugerem que as decisões que não se encaixem nessas máximas sejam necessariamente parciais. Portanto, não servem para fundamentar o juízo, mas apenas para medir

566 A construção dessas premissas foi inspirada em grande parte na obra “Sobre o Fundamento da Moral”, de Arthur Schopenhauer. Para o filósofo alemão, toda ação é motivada por vários fatores, que muitas vezes se contrapõem, como o egoísmo (onde o sujeito quer o seu próprio bem), a maldade (onde o sujeito quer o mal alheio) e a compaixão (onde o sujeito quer o bem-estar alheio). Há motivos para agir e contra-motivos para não agir diante de problemas concretos da vida. O motivo principal para a ação seria o bem-estar ou o mal-estar, tomados num sentido amplo. O bem-estar ou o mal-estar podem se referir ao próprio agente ou a um outro ser, que será afetado, negativa ou positivamente, pela ação. Quando o agente age movido primordialmente para a satisfação do seu próprio bem-estar ou para evitar o seu próprio mal-estar, essa ação é egoísta. Uma ação motivada imediata ou mediamente pelo egoísmo (bem-estar ou mal-estar do próprio agente) seria destituída de qualquer valor moral. O significado moral de uma ação só poderia ser medida na relação do sujeito com os outros. O bem-estar e o mal-estar do outro é o que conta para saber se uma ação tem valor moral ou não. Se um agente age para promover o bem-estar do outro ou para reduzir o mal-estar causado no outro, está-se diante de uma ação moral. Por outro lado, se um agente age para prejudicar o bem-estar do outro ou para produzir um mal-estar, sua ação deve ser condenada moralmente. De acordo com Schopenhauer, esse sentimento que nos motivaria a se preocupar com o bem-estar do outro seria a compaixão, que “é a única motivação não egoísta e a única genuinamente moral” (SCHOPENHAUER, 1995, p. 157). Nessa perspectiva, o principal princípio ético poderia ser sintetizado na seguinte máxima: “não prejudiques a ninguém, mas ajuda a todos quanto puderes”. Como se vê, Schopenhauer tentou buscar o fundamento da ética não no interesse próprio ou no egoísmo, mas em um sentimento de compaixão embutido no coração dos homens. Nessa linha de raciocínio, embora o egoísmo possa ser o primeiro e mais importante fator para a motivação humana, não seria o único sentimento, nem mesmo precisaria prevalecer em todos os casos. Aliás, a moralidade entraria justamente como um motivo para combater o egoísmo. Segundo ele, *a ausência de toda motivação egoísta seria, portanto, o critério de uma ação dotada de valor moral* (SCHOPENHAUER, 1995, p. 124). Apesar de se concordar com os argumentos de Schopenhauer, inclusive aproveitando-o para desenvolver as fórmulas descritas no texto, é preciso reconhecer que essa proposta não traz, na verdade, um fundamento para a moral, muito menos para a ação e decisão. Sua proposta parece conter mais um mecanismo de avaliação do comportamento à luz do altruísmo alicerçado num sentimento de compaixão e no sofrimento alheio que, por si só, não é capaz de dar muitas respostas aos muitos conflitos morais relevantes. Como defendeu Ernst Tugendhat, a compaixão é um sentimento que não está presente em igual medida em todos os homens. Daí é de se questionar: “pode um tal sentimento, naturalmente pré-dado e existente em graus diversos, ser fundamento para uma obrigação? Somos nós obrigados por compaixão? Pode-se sem dúvida dizer que devemos desenvolver essa emoção como generalizada. Mas, o que motivaria para tal, se já não pressupomos uma visão moral? (...) A compaixão tem um valor muito grande, se tá temos um ponto de vista normativo-universal (um critério universal), mas dela não podemos extrair magicamente nada de universal e de normativo” (TUGENDHAT, 2003, p. 183 e 187).

precariamente do grau de alteridade e de imparcialidade da decisão, tendo como base não o procedimento decisório, mas a resposta concretamente oferecida para um problema real.

Essa concepção de alteridade/imparcialidade também pode servir como parâmetro (indiciário) para medir (precariamente) a validade de algumas classificações ou discriminações estabelecidas pelas autoridades constituídas. A título de exemplo, quando um órgão legislativo aprova alguma medida que possa beneficiar apenas os membros daquele órgão ou do grupo majoritário que detém o poder político, a medida deve ser vista com desconfiança, pois há uma forte presunção de que o poder está sendo usado em proveito próprio. Por outro lado, quando os decisores adotam medidas de discriminação que os prejudiquem visando beneficiar pessoas com fraca representação política, há uma presunção de validade, já que é provável que as suas razões tenham sido guiadas por uma legítima preocupação de imparcialidade e alteridade. Assim, a ideia de imparcialidade, aliada a uma compreensão dinâmica da igualdade, pode acarretar a invalidação de medidas legislativas danosas a minorias com pouca força política, exigindo daqueles que tenham o poder de prejudicar os outros que também sejam obrigados, na mesma medida, a prejudicarem a si mesmos, ou, pelo menos, a prejudicarem a maior parte dos eleitores dos quais dependem para serem reeleitos. Se ao Judiciário é reconhecida a função de controlar a validade do poder, esses critérios podem ser bastante úteis para estabelecer mecanismos argumentativos de suspeita e de desconfiança capazes de orientar a formação do juízo⁵⁶⁷.

A aparente banalidade dessas afirmações terá consequências relevantíssimas para a realização concreta do direito. A capacidade de formular juízos imparciais é uma condição indispensável para bem julgar. O juiz que leva a sério o dever de alteridade imparcial não tentará agir como um “tutor moral da sociedade”, impondo suas próprias preferências às partes envolvidas no conflito, pois será obrigado a ser tolerante e compreensivo em relação a todas as concepções morais divergentes. Além disso, ele buscará uma solução próxima daquilo que John Rawls denominou de *overlapping consensus*, tentando encontrar um ponto de harmonia em que

567 Essas ideias foram desenvolvidas com mais detalhes em: ELY, 1980.

peças com visões de mundo diferentes possam ter igual proteção jurídica dentro do mesmo espaço territorial, desde que se respeitem mutuamente, num sincero e consciente exercício de tolerância e compreensão⁵⁶⁸.

O dever de respeito, aliado ao dever de imparcialidade, gera, pois, o dever de tolerância, ou seja, a capacidade de aceitar a diferença, que certamente não é uma capacidade fácil de ser cultivada, pois, como bem alertou Thomas Scanlon (2003, p. 187), ela nos obriga a suportar as pessoas e permitir suas práticas mesmo quando as desaprovamos fortemente. Mas é uma capacidade indispensável para quem pretende ter o poder de decidir conflitos intersubjetivos ou elaborar normas gerais e vinculantes. Quando transformado em princípio jurídico, o dever de tolerância leva à proteção das liberdades e da autonomia, estabelecendo claros limites ao poder do estado de interferir na esfera privada das pessoas. Não se trata, obviamente, de uma *autonomia absoluta* (ou um *autonomismo*⁵⁶⁹), já que o próprio exercício

568 Conforme visto (Capítulo 2), John Rawls denomina as concepções abrangentes comprometidas com a tolerância de razoáveis e, na sua teoria, são essas concepções razoáveis que merecem compor o *overlapping consensus*. As concepções abrangentes irrazoáveis seriam aquelas cujos membros pretendem forçar todos os outros a se curvarem aos seus dogmas, sem levar em conta a vontade dos outros. Mas é preciso ter consciência das limitações do *overlapping consensus*. Um consenso abrangente entre pessoas que compartilham distintas concepções morais razoáveis não é tão simples quanto aparenta, até porque há uma grande dificuldade de enquadrar uma determinada concepção como razoável ou não-razoável. É muito provável que os desacordos mais profundos residam precisamente nesse ponto. Para alguns, por exemplo, não é uma concepção moral razoável defender o direito da mulher de realizar o aborto. Para outros, por outro lado, não é uma concepção moral razoável pretender impor o dever de levar a gestação adiante, em nome do direito à vida, mesmo contra a vontade da mulher. A mera invocação de um *overlapping consensus* certamente não é suficiente para superar esse impasse.

569 Sobre o risco da defesa da autonomia degenerar patologicamente em um “autonomismo” ver: LOUREIRO, 2006a, p. 35 e 47/48. Do mesmo modo, no artigo “Saúde no Fim da Vida: entre o amor, o saber e o direito”, João Loureiro também questiona a “hipervalorização da autonomia” para criticar a transformação do direito à vida em um direito “sobre a vida”, ao ponto de permitir a eutanásia ou o suicídio assistido. Na sua ótica, uma “autonomia amorosa”, hiperindividualizada, fruto de uma ruptura do conceito kantiano de dignidade, levaria a uma “cultura de morte” que colocaria em risco a própria humanidade (LOUREIRO, 2007). Conquanto seja possível concordar com os riscos de um excessivo apego à autonomia, sobretudo se não for levado em conta o sentido de autenticidade que deveria orientar o exercício da autonomia, não me parece adequado levar o pêndulo para o extremo o oposto, ao ponto de, por exemplo, ceifar por completo a liberdade de escolha em questões envolvendo a vida ou a morte. Nunca é demais enfatizar que a capacidade de tomar decisões eticamente orientadas é uma prerrogativa que deve competir à pessoa ou às pessoas que serão diretamente afetadas pelo ato, não cabendo aos agentes públicos, por mais bem-intencionados que sejam, interferirem nessa escolha, exceto em situações excepcionais, conforme já se defendeu diversas vezes ao longo deste trabalho. Assim, uma criminalização arbitrária de questões como a eutanásia ou o suicídio assistido pode representar uma indesejada tentativa de usurpação pública do direito à independência ética que sufoca a autonomia pessoal, representando uma concreta ameaça à dignidade humana.

da liberdade também deve estar condicionado ao respeito ao outro⁵⁷⁰. Dito de outro modo: a autonomia que a juridicidade deve proteger é a autonomia sincera, bem informada, ponderada e refletida. O sistema jurídico deve intervir naquelas situações em que a autonomia é viciada, por ignorância, desespero, coerção ou medo, por exemplo, devendo partir do princípio de que o ser humano que admite ser instrumentalizado, escravizado ou coisificado não está, autenticamente, exercendo a sua autonomia.

Essa proteção das liberdades e da autonomia terá sérias consequências na realização concreta do direito, sobretudo quando se admite um papel de *contrapoder* à função jurisdicional. Em termos muito simplificados, pode-se dizer que a jurisdição, em nome da tolerância, deve assumir uma função de harmonização do pluralismo e da diversidade e não de instrumento de superação forçada de conflitos morais. Para isso, é preciso limitar qualquer pretensão estatal de tentar resolver os conflitos morais com base na força, desconsiderando o ponto de vista daqueles que serão atingidos pela decisão. Nesse modelo, o grande desafio não é pôr fim ao conflito moral, mas permitir que as diferenças morais subsistam sem comprometer a paz social, nem fragmentar de tal modo a comunidade ao ponto de destruí-la⁵⁷¹. Assim, o papel da jurisdição, num modelo comprometido com o consentimento ético-jurídico, não deve ter a pretensão de assumir o papel de “superego da sociedade”, mas garantir que exista uma margem de autonomia para que

570 Não se pode deixar de assinalar que direitos e deveres são conceitos de mão-dupla, ou seja, os direitos também obrigam, razão pela qual o exercício dos direitos implica a assunção de responsabilidades perante os outros e perante a comunidade. Assim, se é pertinente falar na existência de *direitos fundamentais*, também não se pode deixar de reconhecer a existência de *deveres fundamentais*. Sobre isso: CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 50/52).

571 Em face disso, é um equívoco acusar o órgão responsável pela jurisdição constitucional de estar assumindo um papel de “tutor moral” quando invalida leis que restringem a autonomia. Em muitas situações, a decisão nada mais faz do que devolver ao indivíduo a responsabilidade pela tomada de decisão. Assim, por exemplo, quando se confere ao portador de uma moléstia grave e incurável o direito de interromper ou não a sua vida para cessar o sofrimento causado, o órgão jurisdicional está ampliando a capacidade de decisão do indivíduo e não usurpando um poder legislativo, que, a rigor, não existe, já que uma escolha tão dramática não deve caber ao estado. Em situações assim, o que o juiz está decidindo é que o estado não interfira nessas escolhas, que competem ao sujeito ético. Portanto, a atuação judicial diminui a intervenção estatal ao mesmo tempo em que aumenta a autonomia e a capacidade ética das pessoas. (Ressalte-se que a presente nota não deve ser vista necessariamente como uma defesa da eutanásia, mesmo porque há diversos aspectos da discussão que não estão sendo aqui considerados, mas apenas como uma refutação àqueles que acusam a jurisdição constitucional de usurpar o Poder Legislativo quando, na verdade, é o Poder Legislativo quem estaria, a rigor, usurpando o poder de decisão da pessoa).

o próprio sujeito ético faça suas escolhas, pelo menos naqueles conflitos em que existam divergências entre doutrinas morais razoáveis. Dito de outro modo: o papel da jurisdição é criar as condições necessárias⁵⁷² para que as questões morais sejam resolvidas pelas próprias pessoas, de acordo com as visões que professem livremente⁵⁷³.

Ronald Dworkin, a esse respeito, desenvolveu uma teoria sobre a legitimidade do poder político que sustenta que o governo deve ser considerado legítimo se subscrever dois princípios básicos. Em primeiro lugar, deve mostrar igual preocupação com a sorte de todas as pessoas sobre quem reivindica o domínio. Em segundo, deve respeitar totalmente a responsabilidade e o direito de cada pessoa a decidir por si própria sobre como fazer da sua vida algo de valioso. (DWORKIN, 2011, p. 2; 2012, p. 14)

Esses princípios estão intimamente relacionados ao conceito de dignidade formulado por Dworkin, cujo alicerce também se baseia em dois

572 Dentro da perspectiva de Amartya Sen, *criar as condições necessárias* para que as pessoas possam se desenvolver plenamente significa *remover os obstáculos e privações* que dificultem o exercício das capacidades, o que inclui não só a proteção das liberdades no sentido tradicional, mas também dos direitos econômicos, sociais e culturais que, na ótica de Sen, compõem as chamadas *liberdades substantivas*. Não se trata apenas de auxiliar os necessitados, mas de colocar todas as pessoas em condições de enfrentarem seus próprios problemas.

573 Naturalmente, não se pode negar a possibilidade de controle jurisdicional de algumas escolhas realizadas pelo sujeito a fim de reprimir os abusos da autonomia. Pode-se tomar como exemplo o caso do suicídio assistido. Mesmo os países que descriminalizaram o suicídio assistido em dadas circunstâncias, estabeleceram limites ético-jurídicos para a sua realização. Em geral, somente foram descriminalizados os suicídios assistidos motivados por razões humanitárias, sendo punido o suicídio assistido realizado por motivos egoístas. É o que estabelece o artigo 115 do Código Penal da Suíça: *“Celui qui, poussé par un mobile égoïste, aura incité une personne au suicide, ou lui aura prêté assistance en vue du suicide, sera, si le suicide a été consommé ou tenté, puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus ou d'une peine pécuniaire”*. Assim, se o suicídio assistido for praticado por motivo egoísta (como por exemplo, com o intuito de favorecer os herdeiros ou de gerar o recebimento de um seguro de vida ou para liberar um leito hospitalar ou algo do gênero), haverá crime. Se, por outro lado, o suicídio assistido for praticado para cessar o sofrimento intenso de um doente terminal, portador de doença incurável, que tenha manifestado o desejo de ser auxiliado a pôr fim à própria vida, não há que se falar em crime. Esse é um modelo que retrata bem a sinergia entre a ética e o direito, pois, enquanto a conduta auto-interessada é punida, a conduta altruísta é permitida. Ao Judiciário não cabe decidir se o paciente deve ou não pôr fim à própria vida, mas apenas controlar os abusos do exercício da autonomia. A responsabilidade final é sempre da pessoa, como deve ser em qualquer questão dessa natureza. Em outras palavras: não é papel da jurisdição, nem de nenhuma autoridade estatal, nem mesmo do legislador, tomar a decisão em nome da pessoa em um tema tão sensível e particular, seja para obrigar a eutanásia, seja para proibir a eutanásia. O papel da jurisdição seria o de criar as condições necessárias para que as pessoas possam tomar decisões sensatas e, quando muito, garantir que as decisões sejam tomadas em conformidade com o princípio de respeito ao outro (cabendo, nesse ponto, investigar as motivações por detrás da escolha, a fim de verificar se fora guiada por um juízo de alteridade).

princípios básicos: o primeiro é o princípio do respeito próprio, vale dizer, cada pessoa deve levar a sua vida a sério, aceitando que é importante que a sua vida seja uma realização bem-sucedida e não uma oportunidade perdida. O segundo é o princípio da autenticidade, ou seja, cada pessoa tem a responsabilidade especial e pessoal de criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerente que ela própria aprova. (DWORKIN, 2011, p. 203; 2012, p. 211). Juntos esses dois princípios ofereceriam um conceito de dignidade como respeito próprio e autenticidade.

O princípio do respeito próprio descreveria uma atitude que as pessoas devem ter relativamente às suas vidas. Assim, por força do princípio do respeito próprio, todos devem dar às suas vidas um sentido valioso. A autenticidade seria o outro lado do respeito próprio. Ela exige um sentido pessoal de caráter e compromisso com padrões e ideais que servem de base às nossas ações. Quem leva a sério a sua autenticidade assume a responsabilidade por aquilo que faz. Por isso, a autenticidade exige que, na medida em que se devem tomar decisões sobre a melhor utilização a dar à vida de uma pessoa, as decisões devam ser tomadas pela pessoa cuja vida está em causa. Nesse sentido, a autenticidade distinguir-se-ia da simples autonomia (ou seja, do mero poder de escolha), pois implica que as escolhas sejam concebidas em conformidade com um juízo de valor ético formulado pela própria pessoa. Da autenticidade resultaria o direito à independência ética (*"ethical independence"*), a considerar ilegítima qualquer tentativa usurpação da faculdade de juízo ético da pessoa, de modo a obrigá-la a aceitar o juízo de outra, em vez do seu próprio, sobre os valores ou objetivos que a sua vida deve demonstrar (IDEM, 2011, p. 212/213; 2012, p. 219/220). Dworkin propõe uma distinção entre a autonomia (*freedom*) e a liberdade (*liberty*). A autonomia (*freedom*) de uma pessoa seria a sua capacidade de fazer o que quiser sem ser condicionada pelo governo. Por sua vez, a liberdade (*liberty*) de uma pessoa seria a parte de sua autonomia que o governo faria mal em condicionar por violar a sua independência ética. Assim, a autonomia não seria um direito absoluto, pois haveria situações e comportamentos que justificariam a sua restrição. Já a liberdade seria uma zona que deveria ficar livre da interferência estatal, em nome do direito à independência ética, a exigir, por parte do estado, um dever de tolerância ou de não interferência.

Mas o dever de respeito exige algo mais do que a simples tolerância. A tolerância parece pressupor uma espécie de conformação, em que o indivíduo tolerante sente-se incomodado com a presença do outro, mas não tem poder suficiente para afastá-lo de sua zona de conforto. Então, por falta de opção, o indivíduo resigna-se, suportando a presença do outro sem confrontá-lo. O outro não é aceito como tal, mas como um fardo decorrente da civilidade, o que pode gerar uma fragmentação e segregação prejudiciais à vida comunitária, transformando a tolerância em um ódio contido que pode explodir a qualquer momento. Por isso, para além da tolerância, o dever de respeito também impõe uma necessidade de compreensão do outro, que pressupõe o ouvir, o se comunicar, o interagir, a fim de que se possa perceber as suas angústias, necessidades e desejos. O outro deve ser encarado não como um indivíduo a ser suportado, mas como alguém que pode abrir novos horizontes e perspectivas. A metáfora do “ponto cego”, lembrada por Marcelo Neves⁵⁷⁴, serve para ilustrar esse aspecto: embora nós não sejamos capazes de enxergar o “ponto cego”, é possível que outra pessoa consiga. Assim, o nosso campo de visão se amplia consideravelmente a partir do momento em que estejamos dispostos a ouvir o que o outro tem a dizer e não simplesmente querer impor a nossa própria visão de mundo na base da força e da arrogância. Afinal, não há nenhuma pessoa ou grupo social que seja capaz de ter uma visão tão privilegiada e tão abrangente de determinado problema que possa se arrogar no direito de impor a sua própria solução às outras pessoas sem levar em conta o que elas têm a dizer.

Outra metáfora talvez ainda mais persuasiva é aquela que compara a cooperação social a uma orquestra, o que sugere à ideia de sociedade como uma união social de uniões sociais. (RAWLS, 1993, p. 321). Nessa perspectiva, a diversidade de talentos entre os seres humanos, caso coordenada de forma adequada dentro de um modelo de complementaridade e cooperação, poderia levar a humanidade a um patamar superior de existência, onde os esforços de todos seriam aproveitados para um bem

574 Marcelo Neves (2009). A ideia do “ponto cego” (*blind spot*) foi extraída de um aforismo de Heinz von Foester, conhecido como “the principle of the Double Blind”: “*The blind spot: One does not see what one does not see*”.

maior. Essa união social de uniões sociais, marcada pela mútua dependência e pela reciprocidade, criaria os laços necessários para a formação do senso de justiça e para a consolidação da crença de que o outro também deve ser levado em conta na elaboração dos nossos projetos de vida. Com isso, a existência de uma diversidade moral dentro da sociedade não seria mais vista como um empecilho ao projeto comunitário, mas como uma forma de enriquecer a convivência humana, seja porque a intensificação das relações sociais diminui a hostilidade que, em geral, acompanha a falta de afetividade, seja porque o convívio ajuda a quebrar estereótipos e a falsa impressão de que somos membros de um grupo superior. Quanto mais passamos a conhecer o diferente, mais passamos a apreciar o que temos de igual, e esse é o começo de qualquer projeto cooperativo⁵⁷⁵.

Ronald Dworkin, mais uma vez, lançará luzes no debate, na medida em que propõe uma integração entre a ética e moral, defendendo uma conjunção entre os padrões que prescrevem como tratar os outros e os padrões que prescrevem como nós próprios devemos viver. Nessa ótica, o conceito de viver bem implica a necessidade de se preocupar com o que devemos aos outros. Assim, as nossas várias responsabilidades e obrigações para com os outros decorreriam também dessa responsabilidade pessoal pelas nossas próprias vidas, pois só podemos respeitar adequadamente a nossa própria humanidade se respeitarmos a humanidade nos outros⁵⁷⁶.

Usando outras palavras para desenvolver a mesma ideia, pode-se dizer que, quando determinadas exigências de alteridade começam a fazer parte indissociável de nosso código de valores, a delimitação entre ética e moral torna-se cada vez mais sutil, podendo chegar ao ponto de desa-

575 Ver, por exemplo: ELY, 1980, p. 161.

576 DWORKIN, 2011, p. 4 e 14 – também consultado na versão portuguesa: DWORKIN, 2012, p. 16 e 26. Dworkin denomina esse dever de dar valor à humanidade como um todo de *princípio de Kant* e desenvolve essa ideia com as seguintes palavras: “para que o valor que encontro na minha vida seja verdadeiramente objetivo, tem de ser o valor da própria humanidade. Tenho de encontrar o mesmo valor objetivo nas vidas de todas as outras pessoas. Tenho de me tratar como um valor em si mesmo e, por isso, com respeito próprio; do mesmo modo, tenho de tratar todas as outras pessoas como fins em si mesmos. O respeito próprio exige também que me trate a mim mesmo como autônomo numa aceção dessa ideia: tenho de aceitar os valores que estruturam a minha vida. Esta exigência corresponde ao nosso segundo princípio: tenho de ajuizar a maneira certa de viver para mim mesmo e resistir a qualquer coerção que pretenda usurpar essa autoridade” (DWORKIN, 2011, p. 265; DWORKIN, 2012, p. 273).

parecer. Assim, pessoas que cultivam o dever de tolerância, de respeito às diferenças, de aceitação da diversidade, de solidariedade como uma parte integrante de sua concepção moral, já não precisam mais fazer uma distinção rigorosa entre ética e moral, pois o respeito ao outro terá se fundido à concepção de vida boa e de respeito próprio, ou seja, terá havido uma integração mutuamente sustentadora desses dois conceitos, onde as nossas ideias sobre viver bem ajudam a compreender nossos deveres para com os outros.

Outra forma de compreender esse processo de integração entre a moral e a ética é perceber que a noção de dignidade começa com a percepção do que significa, para nós, o respeito próprio. Assim, tratar as pessoas com o respeito que atribuímos a nós próprios exige, no mínimo, que não reivindicemos para nós próprios direitos que não atribuímos aos outros e que não imponhamos deveres aos outros que não aceitamos para nós próprios (DWORKIN, 2011, p. 266; 2012, p. 274). A partir daí, através da experiência, do diálogo, da troca de informações, do aprendizado mútuo, da convivência prática, da reflexão intersubjetiva e da própria *práxis* judicativa, a noção de dignidade torna-se cada vez mais delimitada até que os dois princípios (de respeito próprio e de responsabilidade para com os outros) passam a compor uma mesma rede de valores integrados e coerentes entre si, formando um todo unitário (a *unidade de valor* que está na base na concepção de Dworkin) que orientará a solução de novos problemas, fornecendo o parâmetro para a busca das respostas corretas.

Assim, quando o *outro* passa a ser uma parte integrante de nossos projetos de vida, a noção de respeito, proteção e promoção de sua dignidade vai se tornando cada vez mais precisa, embora também se torne cada vez mais ampla, passando a exigir além de obrigações negativas (não agredir, não roubar, não mentir, não trair, não explorar, tolerar), também obrigações positivas mais complexas relacionadas à interdependência decorrente da cooperação social (colaborar, ser leal, ajudar, compreender, prestar assistência, proteger etc.), cujo nível de exigibilidade varia no tempo e no espaço. Em termos muito sintéticos, todas essas obrigações podem ser compreendidas dentro da concepção de capacidades: o outro possui capacidades relevantes (afetivas, sensitivas, intelectuais, físicas, econômicas etc.) que merecem ser respeitadas, protegidas e promovidas,

conforme o grau de desenvolvimento de uma determinada comunidade e, naturalmente, de suas circunstâncias.

Com a proposta de expansão do círculo ético, pretende-se defender um modelo de transformação da ética em direito em que o conteúdo da ideia de respeito seja continuamente enriquecido com o desenvolvimento das capacidades de bem-querer ao outro⁵⁷⁷. Porém, para além dessa contínua expansão do conceito de respeito, também é fundamental – e talvez mais importante – embutir no projeto de expansão do círculo ético um constante alargamento do sentido de *outro*. Logicamente, o vínculo obrigacional que decorre do círculo ético é tanto mais intenso quanto mais perto estejamos do centro, o que implica um vínculo forte com aqueles que estão mais próximos da nossa convivência e afetividade. A atitude ética exige que nos esforcemos para tentar ampliar esse vínculo obrigacional, levando a responsabilidade ética para além do interesse próprio, do interesse familiar, do interesse do grupo, da nação ou mesmo da humanidade. Tal responsabilidade deve ser assumida como um compromisso e, obviamente, não deve servir como desculpa para enfraquecer o vínculo obrigacional que nos liga àqueles que estão próximo do núcleo de nosso círculo ético. O importante é que sejamos capazes de ampliar o nosso círculo ético, reservando aos outros (por mais afastados que estejam do nosso núcleo pessoal) o tratamento respeitoso que tudo aquilo que possui dignidade merece. É o que se verá a seguir.

5.2.2 Para além da dignidade humana

The universality of inclusion of the kind that Wollstonecraft demands is, in fact, an integral part of impartiality... – Amartya Sen, “The Idea of Justice”

O modelo de proteção jurídica que se consolidou desde Kant adota como premissa a ideia de que o ser racional é uma pessoa dotada de dignidade, que não pode ser coisificada ou instrumentalizada, devendo ser

577 Vale mencionar, a esse respeito, a ideia de justiça como “lealdade ampliada”, desenvolvida por Richard Rorty, onde se defende que a justiça poderia ser tratada como o nome para a lealdade a determinados grupos grandes, que poderia ser ampliada progressivamente, passando pelos concidadãos, para todos os membros da espécie humana e até de todas as coisas vivas: RORTY, 1997, p. 139/151.

tratada como um fim em si mesmo. O conceito de pessoa está, pois, vinculado à capacidade de pensar (racionalidade) e de agir conforme princípios elaborados a partir de uma reflexão consciente, com base na autonomia, autodeterminação e autoresponsabilidade pessoais. Trata-se de uma proposta poderosa e imensamente relevante para *valorizar* o sentido de pessoa como algo que, de tão importante, não tem preço. Levada ao seu ponto máximo, essa concepção nos obriga a incluir no nosso círculo de proteção ética todo ser humano racional, independentemente de sentirmos ou não afeto por essa pessoa, de sermos ou não parentes, de termos ou não relações comerciais ou de amizade, de sermos ou não vizinhos e assim por diante. Todo o histórico de discriminação e de privações sofrido pelos negros, pelas mulheres, pelos estrangeiros, pelas minorias, pelos pobres poderia ser censurado com base nessa simples ideia.

Mas talvez essa proposta traga um efeito colateral indesejado, que é a desvalorização ética e jurídica daquilo que não pode ser enquadrado no conceito de pessoa. A rigor, pela formulação kantiana, tudo o que não puder ser considerado como *pessoa* seria *coisa* e, como tal, não teria dignidade, podendo ser instrumentalizado e tratado como objeto⁵⁷⁸. E como o conceito kantiano de pessoa é um conceito restrito, limitando-se aos seres racionais, muitas coisas importantes (e até seres vivos sencientes) perderiam a proteção que a ideia de dignidade – como algo valioso que não pode ser instrumentalizado – se propõe a garantir.

A concepção de pessoa de Kant tem sido criticada por ser incapaz de proporcionar uma adequada proteção aos animais, às pessoas com graves deficiências mentais, às crianças não nascidas ou por nascer, por exemplo.

578 Essa desvalorização das coisas pode ser percebida a partir da leitura da famosa passagem da “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, em que Kant defende que “os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chama *coisas*, ao passo que os seres racionais se chamam *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto do respeito)” (KANT, 2008, p. 72). E mais: “No reino dos fins tudo tem ou um **preço** ou uma **dignidade**. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como *equivalente*; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Portanto a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade” (IDEM, p. 81).

Valiosa, nesse sentido, é a concepção de justiça desenvolvida por Martha Nussbaum já referida no Capítulo 2, que denuncia a feição excludente que a ideia de pessoas “livres, iguais e independentes” pode adquirir. (NUSSBAUM, 2006).

Para contornar esse problema, alguns filósofos sugerem uma redefinição do conceito de pessoa para que a racionalidade não seja a única capacidade relevante a ser considerada. Por exemplo, há propostas em que a capacidade eticamente relevante para caracterizar a pessoa seria a capacidade de prazer e sofrimento, o que significa que existiriam pessoas humanas e pessoas não humanas, aqui incluídas todas as espécies com capacidade de sofrimento⁵⁷⁹. Martha Nussbaum vai além e acrescenta ao rol de capacidades relevantes diversos outros elementos, como a capacidade de afeto ou mesmo de ter uma vida plena, o que poderia incluir no contexto da justiça até mesmo plantas ou animais que não sofrem (NUSSBAUM, 2006).

579 Por todos: SINGER, 1999; 1998; SINGER, 2008. Singer ficou famoso por sua defesa do direito dos animais, cuja argumentação principal foi desenvolvida no livro “*Libertação Animal*” (SINGER, 2010). Para Singer, a dor é má seja quem for aquele que sofre, razão pela qual deve ser evitada e minimizada independentemente da raça, do sexo ou da espécie do indivíduo que sofre. Como os seres humanos não são os únicos seres capazes de sentir dor ou de sofrer, o sofrimento dos animais também deveria ser levado em conta em qualquer concepção ética, razão pela qual deveríamos trazer os animais não-humanos para o interior de nossa esfera de proteção moral. Não poderíamos ignorar eticamente os interesses de outros seres apenas por eles não serem membros da nossa espécie. Por isso, Singer defendeu a prevenção do sofrimento e do suplício dos animais e combateu a discriminação arbitrária por motivo de espécie, que para ele configuraria um *especismo*, termo cunhado por Richard Ryder, consiste em um preconceito ou em uma atitude tendenciosa em relação aos interesses dos membros de nossa própria espécie em detrimento dos interesses dos membros de espécies diferentes. “Os racistas violam o princípio da igualdade atribuindo maior peso aos interesses dos membros de sua própria raça quando se verifica um choque entre estes interesses e os interesses de uma outra raça. Os sexistas violam o princípio da igualdade favorecendo os interesses do próprio sexo. De modo similar, os especistas permitem que os interesses da sua própria espécie se sobreponham e anulem os interesses maiores de outras espécies. O padrão repete-se em cada um destes casos” (SINGER, 2008, p. 50). Singer também lutou ativamente contra o sofrimento desnecessário e a exploração sofrida pelos animais, pois, na sua ótica, a posse de um grau superior de inteligência não conferiria a um ser humano o direito de tratar outros seres (humanos ou não-humanos) somente como um meio para atingir os seus fins. Mesmo sendo uma proposta ética expansiva, não se pode deixar de nota uma incoerência no pensamento de Peter Singer quando, ao mesmo tempo em que defende a expansão do círculo ético, propõe uma visão reducionista das capacidades eticamente relevantes. Ao transformar a diminuição do sofrimento no único objetivo eticamente digno de consideração, Singer acaba por excluir do círculo ético todos aqueles (ou tudo aquilo) que não é capaz de sentir prazer ou sofrimento, a exemplo dos seres não nascidos e pessoas com deficiências mentais graves, o que não parece ser compatível com a proposta de alguém que defende tão apaixonadamente a ampliação do círculo ético.

O importante nessa concepção focada em um rol mais amplo de capacidades é o desenvolvimento de tudo aquilo que seja valioso para a construção de um mundo decente, de modo que se uma determinada comunidade não proporcionasse um grau mínimo de proteção das capacidades essenciais não poderia ser considerada como uma comunidade justa.

Seja como for, parece inquestionável que uma proposta alicerçada no consentimento ético-jurídico precisa ir além do conceito de pessoa kantiano, sob pena de ser incapaz de dar respostas a muitos problemas importantes. Essa ampliação da proteção ético-jurídica poderia seguir duas linhas argumentativas: ou se altera o conceito de pessoa para ampliar as capacidades relevantes ou se altera o conceito de dignidade para reconhecer que até mesmo “não pessoas” merecem ser tratadas com respeito e consideração.

A primeira alternativa exige, certamente, uma mudança de paradigma mais profunda, pois o conceito de pessoa – juntamente com a ideia de sujeito de direito – está muito arraigado na consciência moral e jurídica do mundo ocidental contemporâneo⁵⁸⁰. A segunda alternativa parece ser de mais fácil assimilação, pois basta reconhecer que existem determinadas coisas que são tão importantes que merecem ser tratadas dignamente como se pessoas fossem.

Tome-se, por exemplo, a discussão sobre a personalidade do Planeta Terra ou Pacha Mama⁵⁸¹. Dizer que o Planeta Terra é pessoa e, como tal, titular de direitos é, sem dúvida, um enorme avanço dentro da ideia de expansão do círculo ético aqui defendida e, certamente, dentro dessa concepção, não haveria qualquer problema em pensar assim. Apesar disso, ressaltando-se algumas populações indígenas que acreditam que a natureza é um ser vivo (uma mãe que protege, alimenta, acolhe e castiga),

580 Para uma compreensão do sentido de “sujeito de direito” ao longo da história, sobretudo em face do pensamento europeu: MARQUES, 2011, pp. 20/35.

581 A Constituição do Equador, aprovada em 2008, foi a primeira do mundo a reconhecer que Natureza (*Pacha Mama*) seria titular de direitos reconhecidos formalmente pelo Estado. No preâmbulo constitucional, consta o seguinte: “CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existência”... E no capítulo sétimo (artigo 71 e seguintes), há um expreso reconhecimento dos direitos da natureza: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

poucos são capazes de dar um passo tão grande ao ponto de atribuir ao Planeta Terra uma personalidade jurídica⁵⁸².

Porém, não é necessário vincular a noção de dignidade à condição de ser humano, nem mesmo à condição de pessoa. A dignidade é um atributo de valor moral, ou seja, é algo que, de tão importante, merece ser tratado como um fim em si mesmo. Existem coisas com valor axiológico inestimável que não são necessariamente pessoas, nem seres humanos. A natureza é um exemplo. Se os animais forem excluídos da concepção de pessoa, também nada impede que a eles seja atribuída uma dignidade⁵⁸³.

582 Conforme se verá mais à frente, essa é a proposta da chamada *deep ecology*, que sugere um retorno às origens tradicionais, a fim de se considerar a natureza como um ser vivo dotado de personalidade e até mesmo de consciência. A esse respeito, tornou-se famosa, nos círculos ecológicos, a resposta dada pelo chefe Seattle, da tribo dos Sioux, ao receber a proposta de vender suas terras para os norte-americanos: “Como se pode comprar ou vender o calor da terra? A ideia parece-nos estranha. Se a frescura do ar e o murmúrio da água não nos pertencem, como podemos vendê-los? (...) “Para o meu povo, não há um pedaço de terra que não seja sagrado – uma agulha de pinheiro que cintila, uma margem arenosa, uma bruma leve no meio dos bosques sombrios. Tudo é sagrado aos olhos do meu povo. A seiva que cresce na árvore contém em si própria a memória dos peles-vermelhas. Cada clareira, cada inseto que zumbe, é sagrado na memória e na consciência do meu povo. Nós fazemos parte da terra e ela faz parte de nós. Esta água cintilante que corre pelos ribeiros e rios não é apenas água, é o sangue dos nossos ancestrais (...). porque, se tudo desaparecesse o homem poderia morrer numa grande solidão espiritual. Todas as coisas estão ligadas entre si. Ensinai às vossas crianças o que ensinamos às nossas sobre a terra: que ela é nossa mãe, e que tudo o que lhe acontece acontece-nos a nós e aos filhos da terra. Se o homem desdenha a terra desdenha a si próprio. Disto temos a certeza. A terra não pertence ao homem, mas é o homem que pertence à terra” (extraído de OST, 1995, p. 173).

583 A esse respeito, podem ser citados alguns casos judiciais bastante curiosos na jurisprudência brasileira, envolvendo animais silvestres, geralmente papagaios, que vivem com humanos como se fossem membros da família. Em muitos casos, diante da falta de autorização do órgão ambiental, o animal é apreendido e levado a cativeiro, a fim de ser devolvido à natureza, conforme prevê a legislação de proteção aos animais. O problema é que, como o animal já está acostumado a viver com seus “donos”, o afastamento familiar costuma gerar doenças depressivas no pássaro, que podem levar até mesmo à sua morte. Em situações assim, há várias decisões judiciais que, *levando em conta o interesse do animal*, determinam a sua devolução à sua família de humanos. Confira-se um exemplo: “I – A atuação do órgão ambiental há de se desenvolver na linha auto-aplicável de imposição ao poder público e à coletividade do dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, para as presentes e futuras gerações (CF, art. 225, caput). Em sendo assim, esse equilíbrio há de se efetivar de forma mútua, envolvendo o homem, a fauna e a flora, de modo que a apreensão de animais silvestres, criados em ambiente doméstico, como no caso, em que não se verifica a ocorrência de qualquer mal-trato e/ou a exploração ilegal do comércio de aves, numa relação harmoniosa e benéfica para ambos os lados, afigura-se-lhes infinitamente mais carregada de prejudicialidade do que a sua permanência sob a cuidadosa e eficiente guarda daqueles que já a detém, de há muito tempo, como no caso em exame. II – Na espécie dos autos, o papagaio ‘Juca’, sem dúvida, já encontrou um novo ‘habitat’, com as características de integração do homem-natureza, em perfeito equilíbrio sócio-ambiental, onde o carinho humano, que se transmite ao pássaro, elimina-lhe as barras do cativeiro, propiciando-lhe um ambiente familiar, ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida dele próprio (Papagaio

Caso o ser humano não nascido não seja incluído no conceito de *pessoa*, certamente isso não lhe retira o *status* da dignidade, pois ele tem um valor intrínseco decorrente não só de sua condição de organismo, mas também de sua capacidade de tornar-se pessoa plena⁵⁸⁴. Pode-se ir além e reconhecer a dignidade até mesmo dos *concepturos*, que ainda nem existem⁵⁸⁵. Sabe-se também que a dignidade pode projetar-se para além da vida⁵⁸⁶, de modo que os mortos, que já perderam a personalidade jurídica, igualmente possuem uma dignidade⁵⁸⁷. Não é absurdo especular que possam

'Juca') e daqueles que o cercam, em clima de paz e felicidade. Retirá-lo desse convívio humano é cometer gravíssima agressão ambiental, o que não se recomenda, nem se permite, no caso. III – Apelação e remessa oficial desprovidas. Sentença confirmada. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, AMS 2005.38.01.004457-5/MG, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ p.51 de 13/07/2007)

584 É o que defende, por exemplo, Habermas: “antes de ser inserida em contextos públicos de interação, a vida humana, enquanto ponto de referência dos nossos deveres, goza de proteção legal, sem ser, por si só, um sujeito de deveres e um portador de direitos humanos. Disso não devemos tirar conclusões erradas. Os pais não apenas falam *sobre* a criança que cresce *in útero*, mas, *de certo modo*, também já se comunicam com ela. Não é apenas a visualização dos traços inegavelmente humanos do feto na tela que faz da criança que se move no útero materno um destinatário, no sentido de uma *anticipatory socialization* [socialização por antecipação]. Obviamente, temos para com ela e *em consideração a ela* deveres morais e jurídicos. Além disso, a vida pré-pessoal, anterior a um estágio em que se pode atribuir a ela o *papel destinado* a uma segunda pessoa, a quem se pode dirigir a palavra, também conserva um valor integral para a totalidade de uma forma de vida *eticamente* constituída. Nesse aspecto, dá-se a distinção entre a dignidade da vida humana e a dignidade humana garantida juridicamente a toda pessoa (...) (HABERMAS, 2004, p. 50/51).

585 É o que defende João Loureiro: “a vida humana começa com a fertilização e isto não pode deixar de ter relevância jurídica, nomeadamente em sede de proteção constitucional da vida pré-natal. Inclusivamente, como analisámos noutros estudos centrados na genética humana, há pré-efeitos que decorrem do artigo 24º, alargando a proteção a situações em que estamos ainda perante não existentes (concepturos)” (LOUREIRO, 2006a, p. 62).

586 Nesse sentido, João Loureiro defende que “numa perspectiva temporal, o reconhecimento da pessoa leva a uma produção de pré-efeitos e de efeitos *postmortem*, ou seja, quando ainda não há ou deixou de haver o suporte pessoal. Na verdade, se a morte arrasta consigo o fim do sujeito na ordenação temporal, nem por isso o princípio da dignidade da pessoa humana deixa de actuar agora apenas na sua dimensão objectiva” (LOUREIRO, 2008, p. 721). Ressalte-se que, no referido estudo, João Loureiro discorre apenas sobre a dignidade da pessoa humana. Apesar disso, ele reconhece que tem havido uma “pluralização da dignidade” para aplicá-la fora de um modelo personocêntrico, “alargando-o aos animais e até à natureza, podendo a questão vir, no futuro, estender-se aos robôs” (IDEM, p. 710).

587 Um caso jurídico bastante representativo da ideia de que a dignidade projeta-se para além da vida envolveu Iara Lavelberg, que era companheira do guerrilheiro Carlos Lamarca e ativa militante do Movimento Revolucionário 8 de Outubro (MR-8), um dos mais radicais grupos de combate à ditadura militar brasileira. Em agosto de 1971, Iara foi morta por policiais do DOI/CODI, em Salvador. Segundo a versão oficial, divulgada pelos órgãos de segurança na época, ela teria se suicidado após ser descoberta pelos policiais. De acordo com o jornalista Élio Gaspari, o corpo de Iara ficou numa gaveta do necrotério de Salvador por mais de um mês, para atrair Lamarca.

existir obras artísticas ou sítios arqueológicos ou artefatos históricos etc. tão valiosos ao ponto de ser-lhes atribuído algum nível de dignidade. Do mesmo modo, os valores culturais, morais e espirituais de uma determinada comunidade podem justificar o reconhecimento da dignidade para além da dimensão individual de seus membros⁵⁸⁸. Numa perspectiva mais futurista e especulativa, não se pode deixar de refletir sobre a dignidade de sistemas dotados de inteligência artificial que alcancem um nível de independência e de autonomia a justificar a atribuição de algum tipo de respeito ético-jurídico⁵⁸⁹. A dignidade não precisa, pois, está vinculada à concepção de pessoa, muito menos de pessoa humana.

Depois, foi levado para São Paulo, num caixão lacrado. A família não pôde abri-lo. Lara, que era judia, foi enterrada na ala dos suicidas no Cemitério Israelita de São Paulo, de costas para a área central e longe do túmulo do pai, sem as cerimônias tradicionais dispensadas aos demais mortos. Vale ressaltar que o suicídio é considerado um dos mais graves crimes pelas leis judaicas. Como havia indícios de que Lara não teria se suicidado, os seus familiares pediram à direção do cemitério a exumação do corpo. O pedido foi negado, pois os judeus só permitem a exumação em casos de transferência dos restos mortais para Israel, para enterro próximo a parentes ou se a sepultura for profanada, o que não era o caso. A família de Lara, não conformada com a postura dos controladores do cemitério, ingressou no Judiciário paulista, obtendo uma ordem judicial para a exumação do corpo. O intuito era esclarecer as condições da morte da guerrilheira, para tentar descobrir se houve mesmo o alegado suicídio. Após longa batalha judicial, a exumação do corpo foi autorizada após decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Os médicos da Universidade de São Paulo, que examinaram o corpo, concluíram ser “improvável que a morte de Lara Lavelberg tenha ocorrido por suicídio”. Com isso, os restos mortais de Lara puderam ser transferidos da ala dos suicidas para a área comum do Cemitério Israelita, resgatando a dignidade daquela combativa mulher.

588 No caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (2012), a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que o Equador teria violado diversos direitos humanos do Povo Sarayaku ao permitir a exploração petrolífera em um território pertencente à comunidade indígena sem consultá-la, nem levar em conta os fortes laços sociais e espirituais daquela comunidade com a natureza. O relevante desse caso foi reconhecimento de que o valor a ser protegido não seria meramente individual (dos membros da tribo enquanto indivíduos), mas de toda a comunidade enquanto *sujeito coletivo* com uma identidade cultural particular a justificar uma proteção especial. Daí a conclusão: “La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos” (p. 69). Assim, os direitos humanos deveriam compreendidos em sua dimensão coletiva a fim de proteger não apenas os indivíduos enquanto tais, mas toda a identidade cultural e espiritual que os vincula, devendo a comunidade ser tratada como autêntica titular e sujeita coletiva de direitos (CIDH, Sentencia *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. CDH-12.465/207, 25 de julho de 2012. A decisão pode ser lida em: <http://tinyurl.com/pgzwdsc>).

589 A chamada *robotethics*, termo cunhado por Gianmarco Veruggio em 2002, é um ramo da ética que discute as implicações morais da inteligência artificial, focando o comportamento moral dos seres humanos nas suas relações com os seres artificialmente inteligentes (*design*, construção, utilização etc.), bem como do comportamento moral dos agentes morais artificiais (AMAs), dentro daquilo que se pode chamar de ética da máquina (“*machine ethics*”). Sobre isso: VERUGGIO;

A proposta de consentimento ético-jurídico se alicerça em uma preocupação com o respeito ao outro por princípio, conforme visto, mas sempre atrelado a um projeto de expansão do círculo ético. Sendo assim, para fins dessa proposta, não se pode reduzir o âmbito de proteção da dignidade apenas a um círculo restrito de seres humanos racionais que, curiosamente, são os mesmos que formularam essa noção de dignidade. Isso parece ser totalmente incompatível com a noção de alteridade imparcial que deveria fundamentar os juízos éticos. Tal atitude de inclusão seletiva e arbitrária configura uma manifestação de parcialidade auto-interessada, contrária à ideia de “universalidade da inclusão” que deveria estar presente em qualquer concepção de justiça ou de ética, conforme defendeu Amartya Sen, inspirando-se em Wollstonecraft. (SEN, 2009, p. 117).

A dignidade a ser levada em conta é a dignidade de tudo o que tem valor moral e deve ser juridicamente protegida por uma questão de princípio e de justiça. Seu papel, dentro da deliberação jurídica, é semelhante ao papel de um *trunfo*, no sentido desenvolvido por Dworkin, ou seja, a dignidade deve ser contada como um valor prioritário, a ser levada a sério, não podendo ser sacrificada em nome de interesses ilegítimos da coletividade⁵⁹⁰. Isso significa, na prática, valorizar o raciocínio e o argumento de princípio, reconhecendo a superioridade das razões ético-jurídicas em relação às razões instrumental-estratégicas, de tal forma que, quando estivermos diante de um problema jurídico em que esteja em jogo alguma

OPERTO, 2006. Também a esse respeito, Ray Kurzweil tem defendido que, ainda neste século, as máquinas alcançaram um estágio de evolução em que possuirão auto-consciência e até mesmo emoções próprias, o que justificaria o reconhecimento da dignidade dos seres dotados de inteligência artificial (KURZWEIL, 2007).

590 A título de exemplo, pode-se mencionar, no contexto brasileiro, um importante caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal, envolvendo um evento cultural que ocorria em Santa Catarina denominado “Farra do Boi”. Diversas entidades de proteção aos animais ingressaram com uma ação judicial pedindo a proibição do referido evento, sob a alegação de que submeteria os animais (gados) a tratamento cruel desnecessário, já que tais animais eram maltratados para a diversão dos participantes. A decisão judicial, proferida em grau de recurso pelo Supremo Tribunal Federal, foi no sentido que eventuais valores relacionados à cultura e à tradição popular não poderiam justificar o tratamento degradante dos animais. Diante disso, entendeu-se que a “Farra do Boi” deveria ser proibida (STF, RE 153.531, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 13-6-1997).

capacidade merecedora de dignidade, a solução deverá se guiar por razões axiológicas e não por razões instrumentais-estratégicas⁵⁹¹.

A capacidade de atribuir valor moral às coisas e às pessoas é, sem dúvida, uma capacidade restrita. Aparentemente, apenas alguns seres humanos possuem⁵⁹². Tal capacidade exige mais do que uma mera capacidade de raciocínio, pois pressupõe uma capacidade de pensar e de agir em função do outro, vale dizer, uma capacidade de assumir uma perspectiva de alteridade por princípio⁵⁹³. Portanto, não é preciso descartar completamente a concepção kantiana de pessoa, como o ser dotado de autonomia e que age movido por um sentimento de dever que vai além do interesse próprio. Sem esse sujeito ético sequer se poderia falar em justiça ou em direito. O erro está em pensar que esse sujeito ético somente é capaz de atribuir dignidade a pessoas com as mesmas características biológicas do que a sua. Um sujeito ético que pense assim, no fundo, já perdeu a sua qualidade de sujeito ético, pois não está alcançando o grau de alteridade

591 Para exemplificar essa proposta, é possível citar o famoso caso do *Snail Darter*, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, onde um pequeno peixe ameaçado de extinção foi capaz de dificultar a construção de uma barragem que já havia consumido mais de 100 milhões de dólares, no Tennessee [TVA v. HILL, 437 U.S. 153 (1978)]. Naquela ocasião, apesar do estágio avançado das obras, a Suprema Corte julgou favorável à tese ambientalista, decidindo que a proteção das espécies ameaçadas representaria um interesse maior do que o prejuízo econômico decorrente da não-construção da barragem. A existência do pequeno *Snail Darter*, um peixe com poucos atrativos estéticos e sem nenhuma utilidade para os seres humanos, foi *dignificada* ao ponto de ser considerada mais importante do que o enorme gasto público até então efetuado. É certo que a decisão judicial se baseou em textos legais que, posteriormente, foram revogados, o que permitiu a conclusão da obra com a transferência do *Snail Darter* para outro habitat. Porém, o que interessa destacar aqui é o fato de que nem mesmo um argumento econômico bastante persuasivo foi capaz de fazer a Suprema Corte mudar de posição, demonstrando que, quando o que está em jogo é a realização concreta do direito (ainda que seja o direito de existência de uma espécie em extinção), o tipo de raciocínio que deve orientar um julgamento imparcial é o raciocínio axiológico e não o instrumental-estratégico.

592 Como sugere Schopenhauer, “de outros seres racionais não posso falar” (SCHOPENHAUER, 1995, p. 49).

593 Que a capacidade de raciocínio não é suficiente por si só para motivar a ação moral já havia sido percebido por Schopenhauer, cujas palavras merecem ser reproduzidas: “em todos os tempos chamou-se de *racional* o homem que se deixa guiar, não por impressões sensoriais, mas pelos *pensamentos e conceitos* e que, por isso, age sempre refletida, conseqüente e cautelosamente. Tal comportamento chama-se em geral *comportamento racional*. Mas este não implica, de modo nenhum, retidão e caridade. Pode-se pelo contrário agir muito racionalmente, portanto, refletida, prudente, conseqüente, planejada e metodicamente, seguindo todavia as máximas mais egoístas, injustas e mesmo perversas” (SCHOPENHAUER, 1995, p. 57).

necessário para ir além do interesse próprio ou do interesse do seu restrito círculo de iguais.

Não se pode confundir o senso de justiça com a mera “capacidade de cumprir termos equitativos de cooperação social”⁵⁹⁴ ou então com a capacidade de ser “membro legislador do reino dos fins” (KANT, 2008, p. 81). O senso de justiça é uma capacidade muito mais ampla e envolve a faculdade de perceber a prática da injustiça, de se indignar com essa prática e de não se conformar com a iniquidade presenciada, desejando fazer tudo o que estiver ao alcance para reduzi-la. A prática da injustiça é percebida quando se reconhece a existência concreta de um desrespeito ao outro, independentemente de quem seja ou o que seja o outro. A destruição da natureza, os maus-tratos aos animais, o vilipêndio aos mortos, a morte arbitrária e evitável de um estrangeiro em um país distante: tudo isso pode ser reconhecido como um desrespeito ao outro bastando que se amplie o senso de justiça para além das fronteiras da cidade e para além da dignidade humana.

5.2.3 Para além do legalismo, do constitucionalismo e do convencionalismo

Num Estado de direito, a validade de uma norma depende não apenas de factos, como os factos sociais da sua própria criação, segundo as fontes de direito, e ainda os factos da sua própria eficácia – sem a qual é revogada por costume revogatório – e da eficácia da ordem jurídica de que faz parte, mas também do seu conteúdo. Depende certamente do conteúdo das normas hierarquicamente superiores, com que tem de se conformar. Mas depende igualmente da correcção ou racionalidade do seu conteúdo e, portanto, em certa medida, da sua conformidade com a ética ou, pelo menos, com um mínimo de susceptibilidade de justificação ética. Isto é assim por causa do conteúdo das normas constitutivas que são reconhecidas na ordem jurídica. Mas é ainda assim, dentro de certos limites, mesmo sem reconhecimento e contra o reconhecimento – José de Sousa e Brito, “*O que é Positivismo Jurídico. Como se Autodefine e se Autosuspende*”

594 Esse conceito de *senso de justiça* foi proposto por Rawls: RAWLS, 1993, p. 301.

O pensamento jurídico não é estático, mas dinâmico, e transforma-se constantemente para cumprir seu projeto vocacional de tornar possível convivência ética. Nesse sentido, pode-se dizer que o pensamento jurídico também possui os seus paradigmas, que se modificam no tempo e no espaço constantemente⁵⁹⁵. Considerando a história do direito ocidental dos últimos séculos, percebe-se que o pensamento jurídico já viveu seu paradigma jusnaturalista, no qual os juristas pretenderam construir um sistema jurídico perfeito, completo e absolutamente justo, bem como o seu paradigma juspositivista ou de legalidade, em que a norma positiva, geralmente prescrita pelo Poder Legislativo, tornou-se a máxima expressão da juridicidade. Hoje, em muitos modelos jurídicos, vive-se o paradigma da constitucionalidade ou do pós-positivismo, no qual a Constituição e os seus princípios passaram a ocupar o papel antes reservado à lei e às regras. É possível observar uma evolução em que o pensamento jurídico caminha para um paradigma da convencionalidade, com a valoração dos direitos humanos previstos em tratados internacionais e do direito supranacional como um todo, que se tornam o parâmetro material para o chamado controle de convencionalidade⁵⁹⁶.

595 De acordo com a noção de *paradigmas* desenvolvida por Thomas Kuhn, no âmbito do desenvolvimento científico, ocorre, de tempos em tempos, uma substituição de determinadas crenças teóricas compartilhadas por uma determinada comunidade de praticantes de uma ciência por outras crenças mais compatíveis com os novos compromissos sociais e psicológicos assumidos pela respectiva comunidade. Os *paradigmas* seriam, portanto, realizações intelectuais que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência. As palavras de Kuhn, voltadas para a evolução das chamadas ciências naturais, esclarecem bem esse fenômeno: “quando, pela primeira vez no desenvolvimento de uma ciência da natureza, um indivíduo ou grupo produz uma síntese capaz de atrair a maioria dos praticantes de ciência da geração seguinte, as escolas mais antigas começam a desaparecer gradualmente. Seu desaparecimento é em parte causado pela conversão de seus adeptos ao novo paradigma. Mas sempre existem alguns que se apegam a uma ou outra das concepções mais antigas; são simplesmente excluídos da profissão e seus trabalhos são ignorados. O novo paradigma implica uma definição nova e mais rígida do campo de estudos. Aqueles que não desejam ou não são capazes de acomodar seu trabalho a ele têm de proceder isoladamente ou unir-se a algum grupo” (KUHN, 1998, p. 39). É preciso reconhecer, porém, que, no âmbito do pensamento jurídico, a sucessão de um paradigma por outro paradigma não obedece a uma lógica de *esquecimento*, em que o paradigma superado é completamente substituído pelo novo paradigma. Talvez seja mais correto falar em *acúmulo* de saberes e de práticas, onde novas fórmulas de solução são *acrescentadas* ao arsenal de conhecimento até então disponível, enriquecendo o sistema continuamente

596 Como explica Víctor Barzán, o controle de convencionalidade (“*control de convencionalidad*”) “*consiste en verificar la adecuación de las normas jurídicas internas que aplican en casos concretos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a los estándares interpretativos forjados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*” (BARZÁN, 2012, p. 17.).

O projeto de transformação da ética em direito alicerça-se em um novo paradigma: o paradigma da eticidade, em que os valores fundamentais da juridicidade finalmente se desprendem dos tradicionais instrumentos jurídico-positivos (códigos, constituições, tratados etc.). Nesse paradigma da eticidade, a atividade jurídica estará comprometida com um projeto de expansão do círculo ético, a fim de ampliar o sentido de respeito ao outro em suas várias dimensões. Assim, o valor dos documentos jurídicos fica condicionado à sua capacidade de promover esses princípios de alteridade inclusiva, podendo ser invalidados se os contrariarem.

Há, pelo menos, três razões que justificam esse esforço para tentar desvincular o fundamento (ou os fundamentos) do direito de sua formal positividade: (a) em primeiro lugar, havendo essa desvinculação, o sistema jurídico pode funcionar como uma instância de validade suprapolítica, vale dizer, que não fica refém das contingências do jogo de poder, pelo menos em tese; (b) em segundo lugar, a responsabilidade dos juristas pela concreta realização do direito é assumida como personalíssima, não se podendo mais imputar a culpa por eventuais injustiças cometidas em nome da lei ao legislador de ocasião; (c) em terceiro lugar, o raciocínio jurídico não se fecha em disputas meramente hermenêuticas, onde o relevante é captar o sentido de textos impostos por alguma autoridade que, muitas vezes, sequer foram elaborados para solucionar o problema em questão.

Conforme visto no Capítulo 3, um dos maiores erros metodológicos que um jurista pode cometer é reduzir deliberadamente o pensamento jurídico a uma análise textual das prescrições contidas nas leis ou mesmo na Constituição, aprisionando as soluções dos casos novos a uma opção política adotada em um passado distante, por pessoas que talvez nem mesmo serão atingidas pela decisão e que, provavelmente, sequer tinham em mente as especificidades do caso decidendo⁵⁹⁷. O reconheci-

⁵⁹⁷ No Brasil, houve um intenso debate jurídico a respeito da criminalização ou não da interrupção da gravidez em caso de anencefalia do feto que bem ilustra essa questão. Em 1940, quando o código penal brasileiro foi aprovado, optou-se por punir qualquer modalidade de aborto, abrindo exceção apenas para o aborto em caso de risco para a gestante ou o aborto decorrente de estupro (artigo 128). Ocorre que, a partir dos anos 1980, o diagnóstico fetal intra-uterino tornou-se uma realidade no acompanhamento médico pré-natal. Desde então, tem sido possível diagnosticar a anencefalia no embrião antes mesmo do nascimento da criança. Diante disso, muitas gestantes passaram a buscar autorização judicial para a interrupção da gravidez nessa situação, invocando, entre outros argumentos, a dignidade da pessoa humana, liberdade de escolha, livre disposição

mento de que a validade jurídica não está contida no texto legal acarretará uma profunda mudança de paradigma para o pensamento jurídico, pois, nessa perspectiva, os textos normativos deixam de ser a fonte primária da formação do juízo decisório, derrubando o mito de que as soluções

do próprio corpo *etc.* Desde 1990, haviam sido proferidas mais de três mil decisões judiciais autorizando a interrupção da gravidez em razão de anencefalia do feto (ROCHA; BARBOSA, 2009, p. 184). Nas primeiras discussões jurídicas a respeito desse tema, o foco do debate envolvia essencialmente a interpretação da legislação penal. Assim, por exemplo, em um caso bastante polêmico, o Superior Tribunal de Justiça, mirando exclusivamente o código penal, decidiu que “o Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador” (STJ, HC 32159-RJ, rel. Min. Laurita Vaz). Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento contrário, declarando ser “inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (STF, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12/04/2012). A questão é polêmica e não pretendo explorá-la com todas as suas nuances nesta nota de rodapé. O que desejo enfatizar é o fato de que as respostas fornecidas pelo Código Penal dão algumas diretrizes que podem ser tomadas como base, mas certamente não podem ser simplesmente transpostas para solucionar esse tipo de problema, sem nenhuma dose de criatividade do julgador, já que esse é um problema *atípico*, que não foi considerado no momento da elaboração da lei. Não parece ser correto interpretar extensivamente o artigo 128, do Código Penal, para incluir a situação como uma hipótese não punível de aborto, como também não parece ser adequado simplesmente enquadrar o caso na tipificação do crime de aborto sem levar em conta a peculiar situação vivida pela gestante. Dito de modo mais claro: não há respostas precisas para esse problema na velha legislação penal. Qualquer esforço hermenêutico para encontrar uma resposta na lei – seja a favor da criminalização, seja contra a criminalização – não passará de um jogo de faz de contas, pois a lei é silente quanto a esse assunto. Mesmo que se considere que o aborto em caso de anencefalia não pode ser realizado sem uma mudança legislativa, o certo é que a resposta para o problema não está no Código Penal de 1940 e, portanto, deve ser buscada além da legislação disponível. Não se quer, com isso, defender que a legislação penal não possa oferecer nenhum tipo de luz para a resolução do problema. É possível, sem dúvida, extrair alguns valores que o legislador de 1940 pretendeu proteger e que hoje continuam presentes na consciência ético-jurídica da comunidade. É o caso, por exemplo, da proteção da vida do feto, uma das mais importantes capacidades de um ser vivo. Tanto o legislador de 1940 quanto a atual sociedade brasileira preocupam-se com a integridade da vida embrionária. Há, inclusive, documentos jurídicos recentes, como o Pacto de San Jose da Costa Rica, incorporado ao direito brasileiro em 1992, que preveem a proteção do direito à vida desde a concepção. Mas também é possível, a partir do mesmo texto de 1940, obter diretrizes axiológicas de proteção da autonomia da gestante em situação dramáticas. As duas hipóteses não puníveis de aborto (risco de morte e estupro) são situações em que a mulher enfrenta uma escolha trágica, razão pela qual o legislador optou por exonerá-la de qualquer punição criminal. Nessas hipóteses, foi dada prevalência à capacidade de escolha da mulher em detrimento da proteção da vida do feto. Mas essas situações são, inegavelmente, de angústia extrema e envolvem intensos dramas psicológicos ocasionados por fatores alheios à vontade da gestante. Não houve, por exemplo, permissão para a prática do aborto por motivos egoísticos ou por dificuldades financeiras ou por vergonha de se gerar um filho indesejado. Saber se a interrupção da gravidez em caso de anencefalia insere-se no tipo ou na exceção é uma questão que vai muito além da mera leitura do texto da lei. O maior equívoco deste debate é reduzir a discussão a um mero exercício de compreensão semântica de uma lei aprovada há décadas, quando as informações disponíveis eram mais reduzidas e a mentalidade dominante era outra.

jurídicas são “descobertas” a partir da leitura das palavras escolhidas pelo legislador, através de uma tentativa desesperada de extrair algum sentido de um emaranhado de artigos jurídicos nem sempre coerentes. Os limites da legislação são assumidos claramente, pois a norma legal é percebida como um pré-esquema decisório para casos típicos, mas não para os casos atípicos. E mesmo diante de casos típicos, o critério normativo deve passar por um duplo filtro antes de ser mobilizado para solucionar um determinado caso: o filtro da adequação ao caso concreto e o filtro da conformação aos princípios.

Dentro dessa perspectiva, os textos normativos, inclusive o texto constitucional, perdem o papel de fundamento último do direito, entrando, em seu lugar, os valores-princípios constituídos pela prática jurídica na solução de casos concretos, que passam a integrar o sistema normativo como autênticos direitos vinculantes (princípios como *jus*) e não como normas positivas (princípios como *ratio*) ou como compromissos pré-jurídicos que dependeriam de um ato de poder para adquirirem juridicidade (princípios como *intentio*). O direito adquire assim uma autonomia perante o político, possibilitando que os princípios funcionem como verdadeiros fundamentos de validade jurídica dos próprios atos de poder, inclusive da Constituição. Diante disso, até mesmo as normas constitucionais precisam ser interpretadas “à luz dos princípios” para se conformarem às exigências materiais que deles decorrem⁵⁹⁸. Falar em interpretação da Constituição conforme os princípios ou conforme o direito pode parecer uma técnica heterodoxa, mas é uma mera constatação de que a Constituição, como qualquer lei, não está livre do jogo do poder, e que suas normas, como qualquer regra geral, também possuem limites que não podem ser camuflados. Não é concebível que o pensamento jurídico já tenha atingido maturidade suficiente para reconhecer as falhas do legalismo, mas não seja capaz de fugir dos mesmos erros quando se está diante de um texto constitucional⁵⁹⁹. Não se trata, portanto, de diminuir a importância da

598 Sobre isso, além do que foi explicado no Capítulo 3, vale conferir: CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 56.

599 Um caso exemplar, que serve para ilustrar diversos aspectos do que aqui vem sendo defendido, foi o julgamento do Supremo Tribunal Federal na questão sobre as relações afetivas formadas por casais do mesmo sexo. Por unanimidade (10 a 0), ficou decidido que as uniões estáveis homoafetivas merecem a mesma proteção jurídica dada às uniões estáveis entre homem e mulher

Constituição, mas de perceber que até mesmo a Constituição precisa ser interpretada conforme os princípios, inclusive aqueles princípios que ela própria institucionaliza, e que não faz sentido reconhecer a inconveniência do filologismo e da subsunção no nível legal e não perceber que o filologismo e a subsunção no nível constitucional também são técnicas metodologicamente equivocadas⁶⁰⁰. Da mesma forma que as normas le-

(STF, ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Brito, j. 4 e 5/5/2011). Apesar de existirem diversos precedentes no mundo todo sobre essa questão, o caso brasileiro é peculiar porque um dos principais obstáculos contra o reconhecimento dos direitos homossexuais vinha da própria constituição, especificamente do art. 226, § 3º, da CF/88, que estabelece que *“para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”*. Para muitos, o referido artigo constitucional seria uma prova clara de que, de fato, o desejo dos parlamentares era mesmo impedir o reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo. Porém, tal conclusão não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal que entendeu que qualquer autorização para discriminar os homossexuais teria que ser explícita. Ante a falta de uma norma expressamente excluindo os homossexuais de qualquer proteção jurídica, deveria prevalecer o princípio geral de não-discriminação. Sobre essa questão: MARCELSTEIN, 2011. No referido estudo, defendi que o art. 226, § 3º, da CF/88, mesmo à luz dos mais tradicionais elementos de interpretação, não deveria ser compreendido como uma autorização para discriminar os homossexuais, excluindo-os da mesma rede de proteção jurídica garantida aos heterossexuais. Por isso, defendi que a interpretação apresentada pelo Supremo Tribunal Federal teve o mérito principal de, a um só tempo, elevar o *status* de dignidade de um grupo historicamente oprimido e abrir o conceito de entidade familiar para que a ordem jurídica possa captar as mudanças culturais nessa seara tão dinâmica, dentro daquilo que se pode chamar de correção sincrônica. A mudança do contexto histórico social, juntamente com o princípio fundamental da não-discriminação, certamente levaria ao reconhecimento do direito à igualdade dos homossexuais. Seja como for, a solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal, no caso das uniões estáveis homoafetivas, é perfeitamente compatível com a literalidade do texto constitucional e, o que é mais importante, espelha uma preocupação com a expansão do círculo ético, que, a meu ver, deveria ser o principal parâmetro de validade de qualquer decisão. No caso aqui tratado, a técnica da “interpretação da constituição conforme o princípio” é bastante perceptível, obrigando-nos a ler o artigo 226, §3º, da CF/88, à luz do princípio da não discriminação previsto no artigo 3º, inc. IV, da CF/88.

600 Não perceber a importância da interpretação da constituição conforme os princípios parece ser um dos mais graves equívocos metodológicos cometidos por Lênio Streck quando analisou a mesma questão aqui tratada. No seu livro “Verdade e Consenso”, Streck criticou a decisão tomada pelo STF referida na nota anterior por entender ter havido uma violação dos limites semânticos da constituição. Ora, não há sentido em falar em “limites semânticos”, pois o que se interpreta não são textos, mas intenções normativas, e as intenções normativas independem da análise semântica do texto, pois o que importa é compreensão do problema-solução pressuposto pela norma, conforme já visto. Em praticamente todos os casos em que Streck analisa uma questão envolvendo a interpretação de lei (infraconstitucional), a sua solução consegue captar bem a ideia da interpretação conforme os princípios (chamada por ele de interpretação conforme a constituição, dado o seu apego ao texto constitucional). Ou seja, quando o que está em jogo é a superação do texto legal, a fim de oferecer uma solução adequada ao caso concreto, Streck aceita com muita naturalidade a atuação judicial. Porém, quando o que está em jogo é o texto constitucional, Streck esquece todas as críticas que formula contra o legalismo, formalismo, subsunção etc., para se apegar à literalidade com um fervor digno dos exegetas. Ele trocou o fetichismo da lei do positivismo pelo fetichismo da constituição do pós-positivismo. Parece

gais precisam passar por um processo de assimilação corretiva e adaptativa antes de serem utilizadas como critério da decisão, também as normas constitucionais precisam passar pelo mesmo processo⁶⁰¹.

que, quando está diante de um texto constitucional, Streck é acometido por uma *síndrome do bloqueio hermenêutico*, cujos sintomas mais graves são a diminuição do seu campo de visão e uma perda substancial de seu senso jurídico, inclusive do seu juízo crítico. Além disso, o bloqueio hermenêutico gera uma cegueira seletiva, em que o paciente somente enxerga aquilo que quer vê, transformando-se em uma espécie de cavalo de corrida que só consegue olhar para um único caminho – o caminho mais literalmente óbvio – e não consegue sair dele por mais que leve a um destino indesejado. O medo de desvalorizar a constituição leva-o a evitar qualquer solução que se afaste da literalidade, mesmo quando essa literalidade (nos moldes hermenêuticos tradicionais) não seja unívoca e indique uma resposta de duvidosa validade axiológica. Diante disso, ele sublima o texto – em detrimento da norma – que, no longo prazo, levará a um total desprestígio da constituição. Afinal, se a solução normativa “extraída do texto constitucional” não consegue promover a realização concreta do direito justo, quem sai arranhada é a própria constituição, que deixará de ser um documento jurídico que vale a pena ser seguido.

- 601 Um exemplo real, extraído da experiência brasileira, pode servir para ilustrar esse entendimento. A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu artigo 53, §3º, da CF/88, que os parlamentares não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, ocasião em que “os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”. Em 2006, o Superior Tribunal de Justiça determinou a prisão de um deputado estadual acusado de chefiar uma quadrilha criminoso, remetendo a questão para a respectiva assembleia legislativa a fim de cumprir a determinação constitucional. Ocorre que vinte e três deputados, de um total de vinte e quatro, estavam sendo investigados por atividades criminosas, de modo que os membros da referida casa legislativa não se pronunciaram sobre a prisão, tal como exige a constituição. Em razão disso, foi requerida, através de *habeas corpus* impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, a imediata libertação do deputado. Apesar de não ter havido manifestação da assembleia legislativa, o STF validou a prisão sob o argumento de que “a norma constitucional que cuida da imunidade parlamentar e da proibição de prisão do membro de órgão legislativo não pode ser tomada em sua literalidade, menos ainda como regra isolada do sistema constitucional. Os princípios determinam a interpretação e aplicação corretas da norma, sempre se considerando os fins a que ela se destina. A Assembléia Legislativa do Estado de Rondônia, composta de vinte e quatro deputados, dos quais, vinte e três estão indiciados em diversos inquéritos, afirma situação excepcional e, por isso, não se há de aplicar a regra constitucional do art. 53, § 2º, da Constituição da República, de forma isolada e insujeita aos princípios fundamentais do sistema jurídico vigente” (STF, HC 89417-RO, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 28/1/2006). No referido caso, o STF verificou que aquela situação atípica não poderia ser assimilada totalmente ao referido enunciado constitucional. A atipicidade do caso não se referia à prisão de um deputado, que, apesar de ser algo inusitado, não é um evento atípico, tanto que foi previsto pelo texto constitucional. A atipicidade referia-se ao não-funcionamento momentâneo da Assembléia Legislativa, dominada que estava por pessoas suspeitas de integrarem o crime organizado. A assimilação total daquela prescrição constitucional ao caso concreto pressupõe que a Assembléia Legislativa possa, de fato, avaliar a juridicidade/conveniência da prisão do parlamentar, o que não ocorria no caso. Em virtude disso, foi necessário proceder a uma assimilação por correção que acarretou uma mudança profunda no próprio sentido normativo da norma positiva, pelo menos à luz do caso decidendo. Como já dito, quando o sistema normativo oferece um critério normativo para resolver o problema jurídico, mas a solução oferecida mostra-se inadequada por uma atipicidade do caso decidendo, há necessidade daquilo que Castanheira Neves chama de assimilação por correção sincrônica. Em hipóteses assim, para evitar o arbítrio judicial, a assimilação por correção há de tomar como fundamento para elaboração dos critérios adequados para a solução do caso atípico os princípios da juridicidade. É precisamente aqui

Outro grave erro do pensamento jurídico contemporâneo, marcado pelo canto de sereia do constitucionalismo, é iludir-se a respeito das possibilidades da normatividade constitucional, acreditando ser possível solucionar todos os problemas jurídicos a partir de uma simples análise da Constituição. A pior consequência disso é pretender transformar artificialmente o método jurídico em uma mera atividade de sopesamento de direitos colidentes, como se tudo se resumisse a uma escolha do valor constitucional mais importante no caso concreto. É preciso que o jurista perceba que existe direito para além da Constituição, e que a Constituição não é o fundamento último do direito. Olhar para além da Constituição nos leva a perceber o caráter instrumental dos textos normativos, a relevância da especificidade do caso concreto para a elaboração dos critérios da decisão judicial e a função fundamentadora dos princípios. Por isso, a solução válida para problemas jurídicos complexos não deve ser buscada apenas em textos normativos, especialmente quando esses textos não enfrentam diretamente a questão. A solução deve ser construída a partir de uma compreensão abrangente da controvérsia real, sem perder de vista os princípios fundantes da juridicidade. Os princípios deverão ser o norte a guiar o jurista, sempre à luz de um contexto mais amplo extraído da controvérsia real. Para isso, tão importante quanto ler os códigos ou mesmo a Constituição é ouvir as pessoas que viveram os dramas e as angústias da situação problemática, buscando elementos para a formação do juízo decisório nos setores mais diretamente envolvidos na discussão, ampliando e pluralizando o foco informacional.

É certo que os princípios, por si sós, não dão respostas claras para todos os problemas, mas fornecem a inspiração, a motivação e a orientação para que a melhor solução seja produzida. E os princípios não precisam estar necessariamente positivados em documentos jurídicos oficiais, até porque os documentos jurídicos oficiais, para serem válidos, também precisam buscar o seu fundamento nesses princípios.

que entra em cena a ideia de interpretação da constituição conforme os princípios. No caso ora comentado, o princípio mais relevante que justificou a decisão do STF foi o princípio republicano a exigir a responsabilidade de qualquer autoridade que pratique ilícitos, não sendo compatível com o referido princípio soltar um deputado preso em flagrante diante da falta de uma manifestação da assembleia legislativa, por motivos imprevistos.

Desvincular os fundamentos e critérios normativos de uma exigência de positividade não significa invocar valores metafísicos ou transcendentais em substituição ao direito positivo, mas tão somente reconhecer que o sistema jurídico é aberto e formado por princípios fundamentais positivos, transpositivos e suprapositivos. Esses princípios fundamentais, que devem servir de parâmetro para o controle de eticidade, são aqueles que se incorporaram ao patrimônio ético-jurídico da humanidade (ou na “consciência ético-jurídica da humanidade”) e que estão em um processo de contínua assimilação aquisitiva, geralmente relacionados à igualdade, à liberdade, à solidariedade etc. Vários deles já foram formalmente integrados às mais importantes declarações de direitos por um ato político de reconhecimento, gerando uma falsa sensação de que são juridicamente válidos apenas por terem sido aprovados na via político-legislativa. Porém, conforme visto tanto no Capítulo 2 quanto no Capítulo 3, a conversão desses princípios em direito concretizado é um processo que não depende de um consentimento político, nem mesmo de um consenso político-constitucional, já que o dever de respeito à dignidade não fundamenta a sua validade jurídica em uma contingente deliberação coletiva, mas em uma específica compreensão do direito enquanto instância de controle do poder que se constitui autonomamente a partir das experiências judicativas. É um erro pensar que os princípios e os direitos fundamentais somente são válidos e vinculantes porque estão enunciados na Constituição. A Constituição, na verdade, não os constitui, mas apenas os declara, conferindo uma particular tutela e garantia em razão de sua importância axiológica⁶⁰².

602 No mesmo sentido: “aqueles direitos, princípios jurídicos e referências jurídicas sustentam a sua vinculante normatividade jurídica exclusivamente na constituição, unicamente porque esta os proclama e enuncia, ou a constituição apenas lhes confere uma particular tutela e garantia, a tutela e garantia justamente constitucional? No primeiro caso, a constituição será deles autenticamente *constitutiva* – todas essas entidades jurídicas não existem nem têm sentido antes da sua proclamação e enunciação pela constituição e as vicissitudes da constituição, de alteração ou mesmo supressão, serão também as suas vicissitudes. No segundo caso, reconhecer-se-á à constituição uma função tão-só *declarativa* e constitucionalmente positivante desses valores, princípios e referências. Se a opção necessária for a primeira, vemo-nos pura e simplesmente remetidos para o que já considerámos, e teremos o regresso do exclusivamente político e a anulação da autonomia do direito no que materialmente, e não só formalmente, importe – e o direito volta a ser só política, com o destino e a contingência desta, e o Estado-de-Direito converte-se acriticamente num Estado-de-Constituição. Se, pelo contrário, a segunda opção for a correcta, terá então de concluir-se que o fundamento e a normatividade daqueles direitos, princípios e outras

Os princípios fundamentais que não de orientar o juízo ético-jurídico emergem da compreensão dos fundamentos que embasaram juízos singulares e são constituídos a partir da solução de problemas concretos, de modo que jamais podem ser desvinculados de um contexto sociocultural. Sua existência não é uma existência natural ou sobrenatural, como se fossem presentes dos deuses ou como se fizessem parte da tessitura do universo, mas uma existência cultural, produto da vivência prática em que, a toda hora, conflitos eclodem e soluções intencionalmente válidas são apresentadas⁶⁰³. E assim os princípios vão se constituindo, dentro de um processo constantemente enriquecido pela realidade, numa circularidade constitutiva que se inicia a partir de uma controvérsia real a exigir uma solução juridicamente válida, cujo horizonte de sentido é representado pelo sistema normativo composto pelo acervo de soluções até então produzidas, sempre mediado por uma práxis de realização que não apenas reproduz o conhecimento existente, mas também reconstrói continuamente o sentido da juridicidade⁶⁰⁴.

referências jurídicas, cobertos e garantidos eles embora constitucionalmente, não os temos na constituição, mas fora ou para além dela – digamos, na normativa intencionalidade específica do direito referida à autonomia do seu sentido. Igualmente então a problemática desses direitos, princípios e referências jurídicas não é materialmente uma problemática constitucional e sim especificamente uma problemática jurídica” (CASTANHEIRA NEVES, 2002b, p. 24).

603 Para ilustrar como se desenvolve um princípio fundamental do direito, pode-se mencionar o surgimento do princípio da autonomia privada, como limite jurídico ao poder estatal, tendo como base a jurisprudência norte-americana. A ideia de que o estado não tem legitimidade para interferir na esfera privada do indivíduo é antiga, mas somente foi elevada à condição de princípio jurídico recentemente. Nos Estados Unidos, pode-se dizer que o primeiro caso em que uma lei foi invalidada por violar esse princípio foi o caso *Griswold vs. Connecticut*, proferida em 1965, onde ficou decidido que o estado não poderia, nem mesmo por lei, proibir a comercialização ou a utilização de anticoncepcionais. A lógica por detrás desse julgamento é a de que os casais deveriam ser livres para tomar as decisões ligadas à relação matrimonial, inclusive as questões ligadas à procriação, não cabendo ao poder público interferir nessas escolhas. Essa decisão foi o prenúncio da decisão proferida em *Roe vs. Wade*, de 1972, onde foi reconhecido que o estado não poderia interferir no direito da mulher de decidir interromper a gravidez no primeiro trimestre de gestação. Mais recentemente, no caso *Lawrence vs. Texas* (2003), a Suprema Corte norte-americana anulou uma lei do Texas que punia criminalmente a prática do homossexualismo, sob o argumento de que a sexualidade é uma opção íntima e pessoal que diz respeito a cada indivíduo em particular, sendo vedado ao estado interferir nessa escolha quando tomada consensualmente por pessoas adultas e plenamente capazes. O que se nota, desse conjunto de decisões, é a construção de uma ideia limitadora da atividade legislativa que, a partir daí, torna-se um princípio jurídico que há de fundamentar o exercício do poder.

604 Sobre isso: LINHARES, 2012a, p. 19.

A jurisdição, que é um *locus* particularmente privilegiado para captar a singularidade e a novidade de cada problema específico, exerce um importante papel no processo de transformação dos princípios em direito realizado, mediante um esforço intelectual intencionalmente orientado pela ampliação do respeito ao outro⁶⁰⁵. Nesse processo, a validade ético-jurídica não é uma validade político-legislativa, nem mesmo uma validade transcendental-metafísica, mas uma validade comunitária, constituída pela comunidade e para a comunidade, embora possa e deva tentar ir além da comunidade. É que se verá a seguir.

5.2.4 Para além da validade comunitária

Conforme visto, o projeto de transformação da ética em direito incorpora diversos aspectos jurisprudencialismo de Castanheira Neves, visando desenvolver um modelo de validade jurídica cujo fundamento seja constituído fora do sistema político, possibilitando que os próprios critérios normativos estabelecidos na esfera legislativa possam passar por algum tipo de filtro ético-jurídico desenvolvido longe do jogo do poder por uma instância imparcial e independente. Na proposta de Castanheira Neves, essa busca por uma validade jurídica despolitizada e sem contaminações ideológicas justificará a defesa da autonomia do direito em relação à política, ao governo, ao estado, ao poder e à economia⁶⁰⁶. Essa autonomia do direito levará à ideia de validade

605 Pode-se mobilizar aqui a metáfora do *romance em cadeia* de Ronald Dworkin para acentuar a constante preocupação do jurista em dar uma resposta juridicamente correta ao caso concreto, integrada não apenas ao presente e ao futuro, mas também ao passado. É preciso enfatizar, contudo, que o olhar ao passado não deve ser um olhar meramente de reprodução de práticas consolidadas e de culto à tradição. É fundamental que o passado também seja avaliado à luz do princípio do respeito ao outro para que se possa dar um passo à frente em direção à expansão do círculo ético.

606 Vale ressaltar que Castanheira Neves não ignora que o direito, como parte integrante do sistema político-social global, nunca perderá a sua dimensão política, ainda que não seja um mero instrumento do poder político: CASTANHEIRA NEVES, 1995f, p. 139. Dentro desse modelo de autonomia constitutiva, o direito “enfrenta o imperialismo do político para do político se distinguir – o direito não é política, mas validade; não é estratégia, mas normatividade; não actua por decisão de alternativas consequenciais, mas por juízo de fundamentante validade normativa” (CASTANHEIRA NEVES, 2012, p. 26). Também há uma pretensão de autonomia em relação a intenções ideológicas. Afinal, “o direito tem uma subsistência que o autonomiza das meras intenções ideológicas, porque é, ou pode ser, não o dúctil instrumento de domínio e opressão, mas a afirmação mesma da dignidade e liberdade do homem, aqui mesmo e hoje. Sendo assim, é ele decerto algo que para nós deverá ser sagrado” (CASTANHEIRA NEVES, 1995b, p. 23).

comunitária, como *locus* de constituição e desenvolvimento daqueles princípios fundantes da juridicidade. Mesmo sendo de difícil assimilação prática⁶⁰⁷, a ideia de validade comunitária realça o caráter intersubjetivo do direito, vale dizer: o autêntico sentido do direito não é obtido autoritariamente, mas dentro de um contexto dialógico que transcende os pontos de vista individuais, a partir de troca de experiências, da solução de controvérsias e da produção de informações juridicamente relevantes no seio da própria comunidade afetada.

O conceito de validade comunitária tem inegáveis méritos, mas uma má-compreensão do seu sentido pode levar a um indesejado modelo de comunidade fechada de intérpretes, que, além de virar as costas para outras comunidades, pode pretender reduzir a tarefa constitutiva do direito a uma ainda mais restrita comunidade de juristas que, por mais compreensiva e bem-intencionada que seja, ainda não é um círculo tão abrangente quanto o desejável⁶⁰⁸. Na verdade, atribuir uma espécie de monopólio jurídico a uma classe específica de profissionais parece apenas reforçar a possibilidade do preconceito institucionalizado, na medida em que os membros daquela comunidade sofreram influências culturais semelhantes

607 É possível citar os seguintes problemas que circundam o conceito de *validade comunitária*: (a) em primeiro lugar, ele é demasiadamente vago, podendo ser semanticamente manipulado para diversos fins; (b) em segundo lugar, como consequência da sua abertura semântica, a noção de validade comunitária pode provocar problemas de inviabilidade e redundância, pois nem resolve o problema jurídico (já que continuariam existindo divergências sobre o que está de acordo com a validade comunitária), nem serviria como parâmetro autônomo de fundamentação (já que a validade comunitária obtém princípios de justiça que pressupõe a própria validade comunitária); (c) finalmente, a noção de validade comunitária seria de difícil assimilação prática, pois é obtida a partir de uma difusa e indeterminada “consciência jurídica geral”. Afinal, como pode um grupo de pessoas possuir algum tipo de dom especial capaz de “captar” ou “traduzir” a validade comunitária?

608 Ressalte-se que Castanheira Neves não defende o isolamento cognitivo dos juristas, nem mesmo nega as conexões do direito com outros campos do saber. Mesmo assim, a ênfase na autonomia do jurídico pode levar a uma confusão que precisa ser desfeita. A autonomia do direito não deve ser compreendida como uma autosuficiência disciplinar, nem mesmo com o fechamento epistemológico, muito menos com a pureza metodológica, mas sim como um mecanismo de *validade autoconstitutiva* aberta à influência dos valores que compõem o sentido da juridicidade. Nesse sentido, Aroso Linhares ressalta que o sistema jurídico, na perspectiva jurisprudencialista, busca uma unidade que recusa tanto a clausura holística quanto a auto-suficiência aproblemática do isolamento normativístico, submetendo-se constantemente a uma dialéctica “entre práticas de estabilização e práticas de realização” (LINHARES, 2012a).

e nem sempre estão dispostos a fugir do provincianismo local⁶⁰⁹. Mesmo que se admita que os juristas serão capazes de cumprir um papel “anti-ideológico”, contribuindo ativamente para a constituição de um autêntico direito axiologicamente válido, ainda assim é preciso reconhecer que a realização concreta do direito exige a adoção de uma perspectiva que vai muito além de um estreito círculo de pessoas. Além disso, um modelo de validade comunitária restrita ao círculo de juristas pressuporia uma certa unidade axiológica no interior do pensamento jurídico que, na verdade, não existe. A classe dos juristas é composta por pessoas com concepções de mundo bastante plurais, com histórias de vida diferentes, ideologias diferentes, expectativas diferentes, objetivos diferentes. Extrair desse mosaico de perspectivas uma “consciência jurídica geral” é algo bastante complicado. Se é certo que pode existir algum pluralismo dentro do grupo de juristas, possibilitando alguma diversidade no debate, também é igualmente certo que a perspectiva ainda será excessivamente estreita se não houver uma tentativa de compreensão de outras perspectivas diferentes, inclusive de outras partes do mundo⁶¹⁰.

609 Em *Overcoming Law*, Richard Posner, aproveitando sua posição privilegiada de jurista crítico e, ao mesmo tempo, juiz federal membro de um órgão colegiado, proporcionou uma das mais interessantes análises da profissão jurídica dentro de uma abordagem assumidamente pragmática. Para Posner, a história das profissões jurídicas pode ser compreendida como a história de seus membros em busca de um prestígio social, a fim de garantir o seu lugar de honra no mundo (“*a lustrous place in the financial and social-status sun*”). Mobilizando as antigas corporações de ofício, Posner sugere que a profissão jurídica funcionaria como uma espécie de cartel projetado para proteger seus membros, seja contra a concorrência externa, seja contra as pressões internas desagregadoras. Assim, a autonomia do direito em relação à política e à economia seria, dentro dessa perspectiva, um subproduto dessa cartelização, visando, em última análise, valorizar a profissão jurídica, transformando os juristas em pessoas dotadas de algum tipo de conhecimento especial somente adquirido após muito estudo e experiência (POSNER, 1995, p. 33/34). O erro de Posner está em confundir a autonomia do direito com o isolamento, a auto-suficiência e o fechamento cognitivos. De fato, se a autonomia for entendida nesses termos, Posner tem razão em denunciar a sua feição “monopolística”. Mas a autonomia do direito em relação à política e à economia não tem esse objetivo. A função da autonomia é garantir ao direito um papel de controle e de validade, seja em relação ao poder político, seja em relação ao poder econômico. Não se trata, portanto, de fechar o direito para outros saberes, nem mesmo para as influências políticas e econômicas que, inegavelmente, afetam a realização concreta do direito.

610 Como indaga Amartya Sen: “*We do not live in secluded cocoons of our own. And if the institutions and policies of one country influence lives elsewhere, should not the voices of affected people elsewhere count in some way in determining what is just or unjust in the way a society is organized, typically with profound effects – direct or indirect – on people in other societies?*” (SEN, 2009, p. 130). E para não virar as costas para academia de Coimbra, pode-se também mencionar a *hermenêutica diatópica*, desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos. Em suas palavras, “a hermenêutica diatópica baseia-se na ideia de que os topoi de uma dada cultura, por mais fortes que sejam, são tão incompletos quanto a própria cultura a que

Por isso, é fundamental que sejam ampliados os elementos subjetivos (o círculo ético) do conceito de validade comunitária, de modo que, essa comunidade seja integrada por qualquer pessoa que possa fornecer informações relevantes para o julgamento da causa. A validade comunitária torna-se, assim, uma validade comunitária ampliada ou alargada, podendo-se invocar, novamente, a ideia de imparcialidade aberta (*open impartiality*), tal como desenvolvida por Amartya Sen⁶¹¹. Tal imparcialidade aberta deve ser intencionalmente assumida por qualquer agente decisor como uma capacidade para tentar escapar de preconceitos paroquialistas e ir além da mera consciência jurídica geral consolidada, que, muitas vezes, é a mera reprodução dos preconceitos do grupo dominante.

Embora o conceito de imparcialidade aberta também não esteja imune a críticas, pelo menos assume uma postura mais humilde, em que os valores comunitários são constantemente avaliados à luz da experiência que vem de fora. Nesses tempos globais, em que o que acontece num dado país tem reflexos quase imediatos por todo o planeta, as soluções aos conflitos sociais não devem adotar uma perspectiva provinciana, voltada apenas para os valores de uma dada comunidade geograficamente situada, virando propositadamente as costas para outras experiências culturais que podem alargar consideravelmente a abordagem⁶¹². A sociedade

pertermem. Tal incompletude não é visível do interior dessa cultura, uma vez que a aspiração à totalidade induz a que se tome a parte pelo todo. O objectivo da hermenêutica diatópica não é, porém, atingir a completude — um objectivo inatingível — mas, pelo contrário, ampliar ao máximo a consciência de incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra. Nisto reside o seu carácter dia-tópico” (SANTOS, 2002). V. também: SANTOS, 2009, p. 10-18; SANTOS, 2006, Capítulo 13, p. 401-435. Ressalte-se que a expressão “hermenêutica diatópica” foi criada pelo padre católico Raimond Panikkar, com o propósito de obter um diálogo inter-religiões.

611 “*The liberating role of open impartiality allows different types of unprejudiced and unbiased perspectives to be brought into consideration, and encourages us to benefit from the insights that come from differently situated impartial spectators*” (SEN, 2009, p. 144).

612 É possível, nesse sentido, formular uma crítica a diversos juristas brasileiros e portugueses. Em muitos ambientes jurídicos, não se costuma sentir qualquer constrangimento em buscar apoio para a solução de seus problemas na produção cultural da Alemanha ou da França, justificando tal atitude em uma suposta identidade civilizacional. Porém, quando se trata de olhar além do mundo europeu, muitos sentem um incômodo injustificável, como se estivessemos diante de uma contaminação cultural capaz de destruir um patrimônio milenar. Dito de um modo mais ácido (e aqui pedindo escusas pelo tom): muitos intelectuais orgulham-se de espalhar sua cultura pelo globo, ao ponto até mesmo de eliminar civilizações consideradas “inferiores”, mas não aceitam que outras culturas possam acrescentar nada valioso à sua “superior” visão de mundo.

atual exige que o debate jurídico leve em conta a pluralidade de vozes e de forças que emanam dos mais variados grupos de influência⁶¹³.

O importante, assim, é avaliar as nossas práticas e crenças a uma certa distância de nós mesmos, recorrendo, inclusive, a informações exteriores ao nosso restrito círculo de influência e tradição, através de uma comparação de soluções para problemas ético-jurídicos que ultrapasse os limites “dos muros da cidade”⁶¹⁴. Isso impõe ao jurista uma cultura de humildade intelectual, através da qual as valorações pessoais são submetidas a uma constante autocrítica a fim de que o debate seja enriquecido com diversas outras perspectivas. Exige também que olhar dos juristas vá além das fontes tradicionais do direito e dos estratos canônicos do sistema jurídico, conforme se verá a seguir.

5.2.5 Para além dos estratos canônicos do sistema jurídico

O jurisprudencialismo proposto por Castanheira Neves, conforme visto no Capítulo 3, enriquece o método jurídico em pelo menos duas frentes: com a valorização do contexto problemático e com a valorização do sistema normativo.

A valorização do contexto obriga que o jurista tenha pleno domínio de toda informação que possa ser relevante para a compreensão do pro-

613 E aqui poderíamos propor, pelo menos para fins heurísticos, mas sem se preocupar ainda com a operacionalidade desse modelo, uma ampliação da noção de *amicus curiae* para além do restrito círculo dos membros da coletividade diretamente envolvidos com a causa (“*membership entitlement*” ou legitimidade da parte). Nesse modelo, qualquer pessoa que tivesse razões relevantes que pudessem trazer luz para a solução da causa, fornecendo perspectivas diferentes e informações pertinentes, mereceria ser ouvida, independentemente de a pessoa em causa ter um interesse jurídico direto no julgamento (“*enlightenment relevance*” ou relevância de esclarecimento). Essa ideia fundamenta-se no fato de que os juízos relevantes também podem vir de fora do círculo constituídos pelas perspectivas daqueles diretamente envolvidos na causa. Admitir que outras pessoas possam colaborar é reconhecer a importância de todos para que seja alcançado o mais completo entendimento das coisas. Ver a esse respeito, focando sua análise não no processo judicial, mas na escolha social como um todo: SEN, 2009, especialmente os capítulos 4 e 6.

614 Aroso Linhares, no seu texto “A ética do *continuum* e a resposta civilizacional do direito: breves reflexões”, alerta para o risco de que, ao se abrir demais, o direito “abandone os muros e as ruas da (sua cidade)” e se esqueça do próprio problema (LINHARES, 2003, p. 214). Porém, não é preciso abandonar os muros e as ruas da cidade, até porque as cidades hoje não são muradas, como as velhas cidades medievais. O mundo hoje impõe uma abertura não apenas geográfica e econômica, mas também comunicacional.

blema, inclusive fatores sociais, normativos, emocionais, culturais, econômicos, políticos, axiológicos, espirituais e assim por diante. O domínio desses fatores seria condição indispensável para que se possa constituir uma solução justa e adequada ao problema concreto a ser resolvido.

O sistema normativo, por sua vez, é enriquecido com o reconhecimento de que os princípios (positivos, suprapositivos e transpositivos) compõem os estratos do sistema, fornecendo não apenas o fundamento para que o direito cumpra a sua intencionalidade ética, mas também a necessária abertura para que a evolução do sistema acompanhe a evolução da realidade. Além disso, o reconhecimento de uma função constitutiva da jurisprudência e de uma função sistematizadora da doutrina jurídica ofereceria ao sistema uma capacidade de se desenvolver de forma mais coerente, consistente e estabilizada.

O núcleo duro do sistema, como não poderia deixar de ser, continua a ser os critérios normativos, que são pré-esquemas de soluções jurídicas baseados em experiências passadas e exercem um importante papel na estabilização das relações sociais e na própria necessidade prática de urgência das decisões. Mas há algumas peculiaridades que precisam ser esclarecidas para não se cometer o erro de adotar uma perspectiva formalista dos critérios normativos. Em primeiro lugar, por serem constituídos a partir de contextos problemáticos, os critérios normativos devem ser compreendidos sempre à luz dos referidos contextos, de modo que o valor semântico dos textos não é o fator decisivo na busca do sentido normativo da norma. Em segundo lugar, os critérios normativos preestabelecidos no sistema deverão sempre passar por um processo de adaptação ou correção antes de serem mobilizados para solucionar um caso concreto, cabendo ao jurista captar as semelhanças e diferenças entre o contexto problemático do caso atual e o contexto problemático que justificou a elaboração do critério normativo. Em terceiro lugar, quando se tratar de um caso totalmente inédito, em que não existam critérios normativos pré-definidos no sistema, a solução jurídica deverá ser constituída autonomamente, com o apoio dos demais estratos do sistema, inclusive dos princípios. Por fim, quando o critério normativo disponível no sistema, após ser devidamente adaptado às exigências do caso concreto, resultar em uma solução contrária a algum princípio fundante da juridicidade, o jurista deverá afastá-lo (invalidá-lo) e constituir um novo critério normativo conforme o princípio.

A ideia de transformação da ética em direito parece ser compatível com esse modelo metódico em seus pontos essenciais. O que se deseja construir, em última análise, é um método jurídico que seja capaz de concretizar aqueles princípios fundamentais relacionados ao respeito ao outro, atribuindo ao juiz a responsabilidade ético-jurídica pela justa solução do problema. O jurisprudencialismo alcança esse desiderato sem desvalorizar os critérios normativos estabelecidos pelo legislador (atendendo as expectativas de uma sociedade democrática que valoriza o consentimento popular e o controle do poder) e sem empobrecer artificialmente o raciocínio jurídico, tal como muitas propostas normativistas fazem.

Apesar disso, talvez ainda seja possível dar um passo além do jurisprudencialismo, não necessariamente para confrontá-lo, mas para tentar enriquecer ainda mais o pensamento jurídico mediante a incorporação de novos saberes aos diversos estratos do sistema normativo.

No seu estrato fundamental (o dos princípios), há pouco o que acrescentar, exceto a inclusão do princípio da expansão do círculo ético como princípio dos princípios. No mais, nunca é demais alertar que o uso dos princípios deve estar acompanhado de algumas cautelas importantes, sem as quais o abuso pode transformar os princípios em um poderoso instrumento do arbítrio: (a) os princípios cumprem um papel de fundamento do sistema normativo e, nesse aspecto, estão carregados de valores de suma importância que devem orientar a realização concreta do direito em todas as suas fases, desde antes, durante e depois da formação do juízo decisório, como autênticos direitos vinculantes (princípios como *ius*); (b) deve haver uma unidade intencional entre todas essas fases, de modo que os princípios não podem ser mobilizados apenas depois que o juízo já está formado, como simples ferramenta retórica de convencimento, dissimulando os verdadeiros motivos que inspiraram a decisão; (c) a mera mobilização de um princípio não desonera o jurista de desenvolver um critério normativo que possa funcionar como esquema decisório, pois os princípios em si mesmos, embora orientem a formação do juízo, não devem ser tratados como normas, já que fornecem diretamente a solução para o problema⁶¹⁵; (d) os

615 Conforme alerta Aroso Linhares, os princípios funcionam como *warrant* argumentativos, mas não propõem “uma solução ou tipo de solução, não nos dispensando assim do esforço discursivo de

princípios são constituídos a partir de contextos problemáticos, de modo que o seu uso também depende de tais contextos.

No estrato dos critérios normativos, para que se possa ir além da mera validade comunitária, é preciso valorizar o direito internacional, mediante o reconhecimento da juridicidade dos tratados internacionais de direitos humanos⁶¹⁶. O aumento da importância normativa dos tratados internacionais parece estar relacionado à mudança de paradigma que ocorreu nos modelos de legitimação do poder (do consentimento político ao consentimento ético-jurídico). Isso porque a força jurídica dos tratados internacionais decorre mais de sua validade axiológica do que de sua validade política,

a obter” (LINHARES, 2012a). E mais: “O que nos permite reconhecer que os princípios normativos (prolongados por algumas explicitações-objectivações da doutrina) se nos ofereçam (e devam ser tratados metodologicamente) como *fundamentos*, devendo em contrapartida as normas, os precedentes ou prejuízos jurisdicionais e a maior parte dos modelos dogmáticos ser assumidos e experimentados como *critérios*”.

- 616 Embora se destinem primariamente a regular as relações internacionais entre os estados, os tratados também podem, eventualmente, ser incorporados ao sistema jurídico de cada país e criar direitos e obrigações para os indivíduos em particular. A força jurídica dos tratados internacionais depende de vários fatores. Cada país pode definir qual será o *status* hierárquico do tratado perante as demais normas do ordenamento jurídico. Alguns países colocam os tratados internacionais num patamar acima da própria constituição (*primazia do direito internacional*); outros preferem colocar os tratados internacionais no mesmo plano ou então abaixo da constituição (*primazia do direito nacional*). No Brasil, os tratados internacionais possuem uma disciplina jurídica bastante confusa, que ainda não foi completamente esclarecida nem pelo legislador nem pelos juízes. Até bem pouco tempo, entendia-se que os tratados internacionais teriam a mesma hierarquia jurídica das leis ordinárias. Esse entendimento, porém, não mais prevalece. O Supremo Tribunal Federal pacificou a tese de que os tratados internacionais de direitos humanos possuem uma força “supralegal”. Assim, eles estariam numa zona intermediária entre a Constituição e as leis ordinárias: os tratados com força “supralegal” invalidam as leis que o contrariem. Há, contudo, quem defenda que os tratados internacionais de direitos humanos devam ser incorporados ao direito interno com a mesma força das *normas constitucionais*. Há, inclusive, decisões do próprio Supremo Tribunal Federal que adotam a força constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, resolvendo um eventual conflito entre a norma constitucional e a norma internacional pelo princípio da primazia, vale dizer, prevalece a norma que melhor proteger os direitos humanos/fundamentais. Vale conferir, a esse respeito, a seguinte passagem de uma decisão do STF: “Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs” (STF, HC 90.450/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, j. 9/6/2009).

já que eles são aprovados sem observar os procedimentos que costumam orientar a democracia representativa. O certo é que as normas que protegem os direitos humanos devem ser vistas como importantes instrumentos jurídicos de garantia da dignidade humana e da limitação do poder⁶¹⁷.

Além de afetar o estrato dos critérios normativos, o direito internacional também tem alterado o estrato dos precedentes, a partir da valorização da *jurisprudência estrangeira* e da valorização da jurisprudência dos tribunais internacionais. Essa discussão envolve um fenômeno bastante atual, que é globalização ou desfronteirização do direito. Hoje, determinados problemas jurídicos são enfrentados ao mesmo tempo por diversas instâncias decisórias, dentro daquilo que se convencionou chamar de “proteção multinível dos direitos” (PERNICE, 2009, p. 349/407). Um mesmo caso de violação de direitos pode ser julgado tanto por cortes nacionais quanto por cortes internacionais, supranacionais ou mesmo estrangeiras. Canotilho designa esse fenômeno de interconstitucionalidade, para destacar a necessária troca de informações e de decisões pelos diversos níveis de jurisdição (CANOTILHO, 2006, p. 259/345). De fato, nesses tempos globais em que os problemas da humanidade não podem mais ser enfrentados de forma isolada por cada nação, foram criados vários centros de poder, sem subordinação entre si, que decidem casos dentro da sua esfera de competência, que muitas vezes é uma competência auto-atribuída. O ideal é que os diversos níveis de proteção dos direitos, ao invés de disputarem espaços por poder, tentem dialogar uns com os outros, num processo constante de aprendizagem recíproca. Não deve haver, portanto, uma relação de subordinação ou de hierarquia vertical entre as instâncias decisórias, mas um intercâmbio em que todos possam enriquecer com as perspectivas alheias e, com isso, possam proferir decisões melhores a fim de atingirem os objetivos comuns. Marcelo Neves, que adota essa linha, diz que “o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o ‘modelo de articulação’, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as

617 Para uma análise da discussão à luz do contexto brasileiro, defendendo a valorização dos tratados internacionais de direitos humanos: PIOVESAN, 1996; 1998.

experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos”. (NEVES, 2009, p. 264).

O modelo transconstitucionalista proposto por Marcelo Neves, que pode ser assimilado ao projeto de transformação da ética em direito, pressupõe a aceitação da concorrência de várias ordens jurídicas sem que nenhuma delas possa se arrogar no direito de se impor sobre as demais. Assim, o mais importante não seria saber quem é que tem a última palavra sobre um determinado problema, mas estimular uma conversação entre as várias instâncias decisórias a fim de que os casos comuns possam ser enfrentados conjuntamente. Por conta disso, os juízes nacionais, no julgamento dos casos, deveriam aproveitar o material informativo desenvolvido por outras cortes pelo mundo afora ou mesmo o conhecimento de comunidades locais, a fim de determinar com mais consistência o sentido do direito. Isso permitiria que os juízes testassem a compreensão de suas próprias tradições, comparando-as com outras visões de mundo, ampliando o seu repertório de conhecimento e, assim, produzindo decisões melhores.

Outra mudança perceptível nos estratos de constituição do sistema jurídico tem ocorrido no nível da produção doutrinária. Tradicionalmente, o conceito de doutrina jurídica abrange as obras acadêmicas ou então os pareceres específicos, escritos por juristas respeitados, sobre a questão central do conflito jurídico. A produção do conhecimento jurídico sempre foi tratada como uma atividade exercida basicamente por bacharéis em direito que monopolizavam o discurso utilizado nas decisões judiciais. Atualmente, é possível observar um movimento de abertura e de diversificação (pluralização) na construção do conhecimento jurídico. A realização do direito deixou de ser uma preocupação exclusiva dos juristas e passou a ser estudado pela Sociologia, pela Economia, pela Psicologia, pela Antropologia e por diversos outros saberes. Isso fez com que novas informações, mesmo quando não produzidas por bacharéis em direito, tornassem-se relevantes para a solução dos problemas jurídicos⁶¹⁸. Fala-

618 Um exemplo famoso pode ilustrar a importância do conhecimento produzido fora das Faculdades de Direito para a solução de problemas jurídicos. Refiro-me ao caso “*Brown v. Board of Education*”, julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1954. A questão jurídica básica era saber se a política segregacionista nas escolas públicas seria ou não compatível com a cláusula da igual-

se, inclusive, em uma “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, para utilizar uma expressão consagrada pelo jurista alemão Peter Häberle (1997). Essa sociedade aberta abrangeria todos os indivíduos e grupos sociais (sindicatos, partidos políticos, igrejas, associações civis, conselhos profissionais etc.) que são afetados pela decisão judicial e, portanto, em nome de uma democracia pluralista, são chamados a dividir com os juízes a tarefa de contribuir para a interpretação das normas jurídicas. Cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública tornam-se forças valiosas da decisão, cabendo aos juízes ampliar e aperfeiçoar os instrumentos de informação, estimulando a realização de audiências públicas, bem como a participação do chamado “*amicus curiae*” no processo judicial⁶¹⁹.

O estudo fornecido por comissões técnicas também merece ser valorizado. Existem determinados problemas, cuja solução exige um conhecimento especializado multidisciplinar, como é o caso das lides envolvendo o direito ambiental ou o direito médico. Em situações assim, o julgador deve se munir de informações produzidas por comissões que já estudam

dade. O modelo *sub judice* era alicerçado na doutrina “*equal, but separate*”, validada pela Suprema Corte no caso “*Plessy v. Ferguson*”, de 1896. Em *Plessy*, foi consagrado o entendimento de que a segregação racial seria compatível com a igualdade, desde que o estado oferecesse aos grupos raciais os mesmos serviços, ainda que em locais separados. Em “*Brown v. Board of Education*”, a doutrina “*equal, but separate*” foi desconstruída com base em argumentos eminentemente consequencialistas. Foi reconhecido que a segregação racial, ainda quando significasse o fornecimento de serviços educacionais absolutamente iguais aos negros e brancos (o que era raro), gerava um sentimento de inferioridade prejudicial aos grupos mais vulneráveis, impedindo a efetiva igualdade de oportunidades. Assim, um dos fatores mais relevantes para a mudança jurisprudencial não foi uma alteração dos critérios legais aplicáveis ou mesmo dos princípios fundamentais, mas a apresentação de pesquisas que comprovavam os impactos negativos da segregação sobre a mentalidade das crianças negras em idade escolar. Para chegar a essa conclusão, a Corte valeu-se não só de conhecimento produzido pelos juristas, mas também de estudos acadêmicos desenvolvidos no âmbito da psicologia, da economia e da sociologia, especialmente, as pesquisas acadêmicas desenvolvidas pelos psicólogos Kenneth B. Clark e Mamie Phipps Clark (“*Clarks’ ‘doll test’*”), bem como um livro publicado pela Unesco 1950, de autoria coletiva, intitulado *The Race Question*, e um livro do Prêmio Nobel de Economia Gunnar Myrdal, intitulado “*An American Dilemma: The Negro Problem and Modern Democracy*” (1944).

619 “*Amicus curiae*” (ou “amigo da corte”) é uma pessoa ou instituição que, não sendo parte no processo, tem interesse moral na lide e pode contribuir, com suas informações e conhecimentos, para encontrar a melhor solução para o caso. A previsão normativa para admissão do *amicus curiae*, no direito brasileiro, encontra-se no artigo 7º, §2º, da Lei 9868/99: “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

o assunto há mais tempo, incorporando ao ato decisório o mais amplo acervo de dados relevantes possível. Quanto maior for a participação de setores da sociedade no processo e quanto maior forem as informações coletadas, maior será a riqueza epistemológica da decisão, o que poderá afetar a sua qualidade ética se as informações forem assimiladas para valorizar os princípios de juridicidade/eticidade. No mesmo sentido, deve ser valorizado o conhecimento produzido por comissões éticas, de feição também multidisciplinar (médicos, juristas, teólogos etc.), no seio das quais se constroem consensos possíveis acerca de temas delicados, como aqueles relacionados à bioética (eutanásia, aborto, pesquisas com células-tronco e assim por diante). O próprio conhecimento produzido pela filosofia moral, em sua feição mais teórica, não pode ser descartado, pois, em muitos sentidos, o pensamento filosófico pode ajudar o juiz a abrir sua mente e a verificar as implicações mais profundas de sua perspectiva⁶²⁰.

620 Em sentido contrário, Richard Posner, no seu *"The Problematics of Moral and Legal Theory"*, defendeu a exclusão da teoria moral do pensamento jurídico, pois, segundo ele, a contaminação do direito pela teoria moral, seja de forma independente, seja através da teoria constitucional, não traria qualquer utilidade para o trabalho do juiz devendo ser substituída por um conhecimento mais empírico, particularmente o da sociologia do direito e da economia. Sua crítica à teoria moral inclui argumentos como os que se seguem: (a) a filosofia moral, especialmente aquilo que ele chama de "moralismo acadêmico" ("academic moralism"), se fundaria em alicerces irracionais, parciais e irrefletidos, onde os argumentos são desenvolvidos apenas para confirmar as crenças já arraigadas na consciência de seus defensores; (b) a linguagem erudita utilizada pelos filósofos morais seria incapaz de mudar a opinião de quem pensa em sentido contrário e impotente para alterar as motivações e os comportamentos humanos; (c) os debates travados entre os filósofos morais envolveriam divergências de fundo que são insuperáveis pelo mero apelo à argumentação racional; (d) os estudos acadêmicos de filosofia moral costumam ser meramente auto-referentes, voltados para si mesmos e, por isso, inúteis para a solução de problemas reais, sobretudo porque baseados em ideias de pensadores do passado (os clássicos da filosofia) que viveram em contextos socioculturais bastante diferentes do atual; (e) a invocação do pensamento clássico de Aristóteles, Tomás de Aquino, Kant, Stuart Mill, John Locke ou qualquer outro intelectual do passado distante para resolver dilemas morais do presente não passaria de um disfarce para reforçar preferências particulares, até porque não seria plausível imaginar que respostas para questões como o aborto, a eutanásia, a pesquisa com células-tronco esteja em livros tão dissociados do mundo atual; (f) os debates acadêmicos, geralmente herméticos e densos, somente são compreendidos por um círculo muito restrito de iniciados e, por isso, adquiriram uma feição excludente e isolada do resto do mundo acadêmico; (g) a pretensão dos filósofos morais costuma ser uniformizadora dos valores, o que não parece ser compatível com a complexidade e com a diversidade do mundo real, onde os papéis sociais são variados e, por isso, não seria seguro postular uma uniformização moral; (h) os filósofos morais, apesar de dedicarem boa parte de sua vida à reflexão ética, não costumam ter mais virtudes do que o ser humano médio e também estão sujeitos aos mesmos vícios presenciados em pessoas comuns, como a vaidade, a arrogância e o sentimento de competição tão presentes na vida acadêmica. Conquanto se possa concordar com a maior parte das críticas (e inclusive desenvolver muitas outras semelhantes), parece que Posner comete a mesma falácia por ele denunciada, vale dizer, ele pinça partes do

Pode-se falar, nesse sentido, de um pluralismo das fontes do direito. Mas é preciso ser claro em relação ao conceito de pluralismo, a fim de não o confundir com uma mera pluralidade de leis, em que vários códigos poderiam ser mobilizados para solucionar um dado problema. Não se trata verdadeiramente de uma pluralidade de fontes, mas de uma mistura do mesmo material. Assim, o Código Civil é interpretado à luz da Constituição; o Código Penal recebe influência dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil; o Código de Defesa do Consumidor altera a sistemática do processo civil. Essa pluralidade de normas jurídicas dispersas em vários códigos legais, que é um sintoma da incapacidade de sistematização de soluções possíveis para determinados tipos de problemas jurídicos em um código único, é saudada como uma celebração do pluralismo jurídico, o que constitui um grave equívoco. Uma verdadeira pluralidade de fontes exige uma abertura cognitiva para além da legislação, da jurisprudência e da dogmática. O autêntico pluralismo – que está na base do projeto de transformação da ética em direito – busca informações nos mais variados campos do saber, ainda que não “positivados” pelo pensamento “oficial”. Uma pluralização das fontes exige consultar o saber convencional e o não convencional, o da elite e da sabedoria popular, o saber “do asfalto” e o da “favela”, o nacional e o estrangeiro, o saber que vem do hemisfério norte, mas também o que vem do hemisfério sul, do ocidente e do oriente,

pior (na ótica dele) da teoria moral para comparar com o melhor (na ótica dele) dos estudos empíricos do direito, apresentando o que ele discorda na sua pior luz, e o que lhe agrada na melhor luz (Posner denuncia essa falácia ao criticar a postura daqueles que enxergam apenas os méritos do passado e os vícios do presente – POSNER, 2002, p. 199). Ao fazer isso, Posner comete graves injustiças contra os filósofos morais, pois apresenta suas ideias de forma caricaturesca, inclusive exagerando artificialmente pontos de divergências a partir de trechos descontextualizados de seus pensamentos, sem fazer qualquer questão de tirar algum proveito da informação por eles produzida. Além disso, ao recomendar a eliminação do conhecimento moral (teórico) do mundo prático do direito, Posner parece trair os pressupostos de seu próprio pragmatismo, pois está renunciando, de plano, informações que poderiam ser relevantes para alcançar o desiderato de aspirar a tornar as coisas melhores no presente e no futuro. Ainda que a teoria moral tenha suas limitações e defeitos (maiores do que talvez alguns filósofos morais admitam), o conhecimento por ela produzido não pode ser descartado como irrelevante. A valorização do conhecimento empírico não precisa ocorrer à custa da desvalorização do conhecimento ético. O pragmatismo, sem um compromisso ético-humanitário bem delimitado, que oriente e fundamente a razão prática, pode se tornar uma poderosíssima arma de opressão. E não adianta invocar a máxima de que “se uma prática funciona, ela não precisa de fundamentação”, até porque a própria definição do que seja *funcionar* já exige uma fundamentação que, em última análise, somente pode ser desenvolvida a partir de uma reflexão ética.

o da população europeizada e o do povo indígena, do *establishment* e dos excluídos: eis o que se pode designar por pluralismo de fontes⁶²¹. Rotular uma mera multiplicação de diplomas legais ou de textos dogmáticos e jurisprudenciais de pluralismo não passa de uma tentativa de sofisticar um pensamento anacrônico com palavras da moda.

Em sua interessante metáfora da atividade jurisdicional como um romance em cadeia, Dworkin pretendeu ilustrar a ideia de integridade por ele defendida, em que as novas decisões (ou os novos capítulos do romance que se escreve) buscam inspiração no material construído no passado, mas sempre acrescentando algo novo no processo histórico. Para ilustrar o tipo de pluralidade que aqui se postula, pode-se mobilizar a mesma metáfora, mas com uma pequena variação: ao invés de o romancista focar seu olhar apenas nos capítulos precedentes do mesmo livro, tentando alcançar algum tipo de coerência e continuidade que, certamente, é importante, seu campo de visão será ampliado, mediante a consulta de outros livros e até mesmo de outros estilos literários, sempre com o objetivo de dar um passo em direção à expansão do círculo ético⁶²².

Pode-se falar também em “fundamentação plural” (*plural grounding*), naquele sentido proposto por Amartya Sen, ou seja, não se deve temer mobilizar diferentes linhas argumentativas para reforçar a ideia de justiça do julgado. Às vezes, uma solução é injusta ou injusta com base em fundamentos múltiplos e diferentes. Não há motivo para aceitar apenas um fundamento para a decisão, quando há vários outros que também poderiam ser invocados⁶²³. Aqui, pode-se fazer um contraponto à síndrome dos “consensos

621 Obviamente, não se pode negar a influência de Boaventura de Sousa Santos na construção desse argumento. O sociólogo de Coimbra tem defendido, com muita influência, a valorização de epistemologias do sul (sul não no sentido geográfico, mas no sentido cultural, a representar todos os grupos que sofreram e sofrem as consequências do capitalismo, do colonialismo e da opressão de um modo geral). Mas é preciso ter cuidado para não criar um elemento desagregador nessa distinção. O que se deseja valorizar é toda base de conhecimento (epistemologias) que valorize o sujeito ético e estimule o dever de respeito ao outro, venha de onde vier.

622 A metáfora do romance em cadeia não deve ser compreendida no sentido de que a solução para os problemas jurídicos pode ser encontrada em livros, como os *vade-mecums* ou os repositórios oficiais de jurisprudência de um determinado tribunal. Não são as palavras escritas, em sua dimensão semântica, que têm importância, mas as experiências vividas, em sua dimensão prático-normativa, inclusive as experiências de sucesso de outras comunidades.

623 Sobre isso: SEN, 2009, p. 1/3.

abstratos, desacordos concretos” para se reconhecer que o inverso também pode acontecer: as pessoas podem discordar quanto aos fundamentos, mas chegar a respostas semelhantes para os mesmos problemas – e isso parece ser bastante frequente. Por isso, os desacordos de fundo, caso levem a soluções semelhantes para os problemas concretos, não devem ser encarados como um obstáculo à transformação da ética em direito.

Ressalte-se que a proposta aqui defendida não propõe a substituição do conhecimento jurídico – com toda a construção milenar que o transformou numa experiência de sucesso “pragmaticamente inabalável” no dizer de Castanheira Neves – pelo conhecimento “não jurídico”, que, de resto, também tem suas próprias limitações, defeitos e ainda está muito longe de oferecer respostas satisfatórias para todos os problemas atuais. Trata-se, antes de mais nada, de propor um exercício de humildade aos juristas. Humildade, sobretudo, intelectual que, sem renunciar completamente à pretensa autonomia do direito (sobretudo a autonomia diante de poderes instrumentais descomprometidos com as intenções de justiça), saiba aproveitar, de modo compreensivo e abrangente, o material produzido por outros campos do saber. Isso não exige a busca de respostas “fora” do direito, mas tão somente reconhecer que há diversos pontos de intersecção que unem o direito a outros campos, de modo que nada justifica que os juristas virem às costas para a produção intelectual de não juristas sobre esses mesmos pontos⁶²⁴.

Mas essa pluralidade de fontes e de informações não pode tirar o foco central do juízo decisório, que deve estar sempre voltado para os princípios fundamentais da juridicidade. Aqui a *transformação da ética em direito* aproxima-se do jurisprudencialismo, pois reconhece que apenas os princípios são capazes de fornecer os fundamentos necessários à constituição do juízo decisório, funcionando como referentes valorativos essenciais à própria formação da ideia de sistema jurídico.

Isso não significa adotar uma atitude de ojeriza em relação aos argumentos que não sejam de princípios, desde que se reconheça um lugar

624 E poderíamos levar ainda mais longe esse exercício de humildade intelectual para admitir até mesmo a assimilação de conhecimento produzido fora do ambiente acadêmico, valorizando epistemologias populares e marginalizadas (dos que sofrem as consequências negativas do capitalismo, do patriarcado e do colonialismo), tal como recomenda Boaventura de Souza Santos.

meramente instrumental para esse tipo de argumento dentro do debate jurídico. Nesse ponto, é preciso ter bastante cautela, pois a mobilização pelo pensamento jurídico de argumentos orientados pelos efeitos das decisões não é tão simples quanto aparenta, já que o consequencialismo, com frequência, leva ao funcionalismo, vale dizer, à instrumentalização do jurídico por programas sociais não necessariamente comprometidos com os fundamentos da juridicidade. Por isso, é de fato necessário afastar do raciocínio jurídico qualquer proposta que sustente o sacrifício dos princípios fundamentais do direito em nome de teleologias e tecnologias contrárias ao sentido da autêntica juridicidade. Seria pernicioso para o pensamento jurídico que a eficiência econômica, por exemplo, fosse invocada para justificar a adoção de soluções jurídicas discriminatórias. Igualmente inadmissível seria violar as garantias processuais a fim de descobrir a autoria de um crime ou condenar um inocente para acalmar a população. Também seria odioso permitir que um programa social eugênico, adotado oficialmente pelo governo, legitimasse a implementação de leis segregacionistas ou proibitivas de relações afetivas inter-raciais. Ou então que os princípios de justiça cedessem em nome da vitória em uma guerra.

Mas a aversão a esse tipo de consequencialismo não deve levar a um anticonsequencialismo *tout court*. A proposta de transformação da ética em direito reconhece que até mesmo a argumentação sensível às consequências pode fazer parte do processo de construção das soluções jurídicas, não para se sobrepor às razões de princípio, mas para complementá-las. Nessa ótica, excluir os argumentos consenquenciais do debate jurídico não só empobreceria a quantidade de informação disponível para a obtenção da melhor resposta como também poderia levar a uma má avaliação dos próprios fundamentos principiologicamente relevantes⁶²⁵.

625 A esse respeito, vale citar uma passagem de Amartya Sen, desenvolvida em seu livro *“On Ethics & Economics”*: “seria um erro não dar atenção às consequências mesmo quando se está lidando com objetos intrinsecamente valiosos. O argumento em favor do raciocínio consequencial surge do fato de que as atividades têm consequências. Mesmo atividades que são intrinsecamente valiosas podem ter outras consequências. O valor intrínseco de qualquer atividade não é uma razão adequada para menosprezar o seu papel instrumental, e a existência de uma importância instrumental não é uma negação do valor intrínseco de uma atividade. Para chegar a uma avaliação global do status ético de uma atividade é necessário não apenas considerar seu valor intrínseco (se ela o possui), mas também seu papel instrumental e suas consequências sobre outras coisas,

Pode parecer que essa multiplicidade de fatores que devem ser levados em conta na solução dos problemas jurídicos obrigue o juiz a ser uma espécie de super-herói, como se tivesse sido iluminado com uma luz divina e que, por esse motivo, se acha possuidor do dom da onisciência. É justamente o oposto. Não é necessário que o juiz seja um Juiz-Hércules, detentor de todo conhecimento do universo e dotado de capacidades sobrehumanas. Aliás, talvez isso nem mesmo seja aconselhável, já que o juiz que se considera onisciente certamente já foi picado pelo mosquito da arrogância intelectual, sendo este o primeiro passo para o arbítrio e para o abuso de autoridade.

A ignorância do juiz não é necessariamente um fator negativo se vier acompanhada de um interesse entusiástico pela busca do conhecimento, por um senso crítico para separar os bons argumentos dos maus argumentos e por uma sincera vontade de fornecer a melhor solução para o caso. O que se espera do juiz não é o conhecimento de tudo, mas tão somente uma capacidade intelectual e emocional de ouvir imparcialmente os argumentos que lhes são apresentados, de discernir e de ponderar equilibradamente os interesses e valores envolvidos e, finalmente, de apresentar uma justificação consistente de sua escolha, compatível com a dignidade daqueles que serão afetados pela decisão. Também se espera do juiz um compromisso ético-jurídico (de responsabilidade ético-jurídica), consistente na busca intencional e sincera da melhor solução para o problema jurídico a ele submetido. É nesse sentido que a ideia de *transformar ética em direito* emerge como *parte integrante* do pensamento jurídico, ainda que as informações necessárias para possibilitar essa transformação não venham, necessariamente, de *dentro* do pensamento jurídico.

5.3 Considerações finais

Após tudo o que foi dito, a hora é de conclusão. Se fosse possível sintetizar em poucas palavras o objetivo nuclear da presente tese, poder-se-ia dizer que o respeito ao outro é, em última análise, o fundamento

isto é, examinar as diversas consequências intrinsecamente valiosas ou desvaliosas que essa atividade pode ter. (...) o raciocínio consequencial pode ser empregado de modo proveitoso mesmo quando o consequencialismo propriamente dito não é aceito" (SEN, 2002, p. 91).

do direito e, ao mesmo tempo, o fundamento da ética. Mas a noção de respeito ao outro, na ética, parece conter obrigações mais exigentes do que a noção de respeito ao outro no direito, sendo recomendável não confundir esses dois campos da normatividade. Tanto na ética quanto no direito o respeito ao outro é dinâmico, variável e contextualizado. De um modo geral, esse conceito, no seu desenvolvimento, é expansivo tanto para ampliar as exigências que decorrem do sentido de respeito quanto para alargar o círculo daquilo que se pode compreender como o outro⁶²⁶. E também de um modo geral, pode-se dizer que a consciência dessa expansão do respeito ao outro surge, primeiro, no domínio da ética, para somente depois ser assimilada pelo direito⁶²⁷.

Essa assimilação da expansão do círculo ético pelo direito é um processo complexo, onde muitos fatores influenciam. Desde a consolidação do Estado de Direito e da democracia representativa fundada na supremacia do Legislativo, a política tem sido uma das principais vias utilizadas para a transformação da ética em normas jurídicas, através da aprovação, na via parlamentar, de prescrições legislativas que incorporem em seu conteúdo algumas exigências éticas que decorrem desse caráter expansivo do respeito ao outro. Contudo, a experiência demonstrou que a política costuma ser contingente e ambivalente, de modo que nem sempre as prescrições legislativas são orientadas por um projeto ético de respeito ao outro. Em função disso, percebeu-se que a validade jurídica não decorreria, nem poderia decorrer, desse jogo de poder, pois o fundamento do direito está além da política. Com a consolidação do constitucionalismo e da jurisdição constitucional, fo-

626 Essa afirmação não deve ser interpretada como uma defesa do determinismo histórico da expansão do círculo ético. Embora seja possível interpretar a história como um processo contínuo de expansão do círculo ético, essa hipótese é meramente acessória para os fins aqui pretendidos. Mesmo que a expansão do círculo ético fosse contrafactual, o projeto de transformação da ética em direito orientado pela expansão do círculo ético não seria refutado, pois, desde Hume, já sabemos que não se pode deduzir juízos de valor de meros fatos.

627 Isso também não nos impede de reconhecer que, algumas vezes, a expansão do círculo ético segue o caminho contrário, vale dizer, começa a partir de decisões judiciais pontuais para somente depois ser incorporada à consciência ética da maioria da população. Porém, mesmo nesses casos, é preciso reconhecer que a expansão do círculo ético opera-se graças à consciência ética de alguns juristas de vanguarda que ousam ir além das convenções e das tradições. Daí porque também nessas situações pode-se falar em transformação da ética em direito.

ram desenvolvidos diversos mecanismos jurídicos para que o direito pudesse funcionar como instância de validade do próprio poder, constituindo seus critérios e fundamentos de modo independente do jogo político. Porém, o constitucionalismo continuou incorrendo no mesmo erro de condicionar a validade jurídica a um procedimento de institucionalização/positivação dos fundamentos do direito, elaborados na via política (na assembleia constituinte) e, portanto, ainda contaminado pelo do jogo de poder. O projeto de transformação da ética em direito busca o fundamento do direito para além da Constituição, reconhecendo que a juridicidade não está necessariamente na positividade politicamente institucionalizada, mas na eticidade comunitariamente constituída. Nesse ponto, caminhando lado a lado com o jurisprudencialismo, reconhece-se que os princípios jurídicos que fundamentam o direito e hão de orientar, de forma vinculante, a sua concreta realização podem ser positivos, transpositivos e até mesmo suprapositivos, pois o respeito à dignidade não deve ser tratado um valor contingente à disposição das autoridades. Por isso, a validade jurídica dos direitos fundamentais não decorre do fato de que, eventualmente, eles estejam positivados em uma determinada constituição, pois é justamente o inverso que acontece: a constituição somente será juridicamente válida se for capaz de garantir eficazmente a proteção da dignidade.

O reconhecimento do caráter jurídico e vinculante dos princípios fundamentais do direito (princípios como *jus*) coloca a jurisdição em uma posição privilegiada para a transformação da ética em direito. A rigor, melhor seria dizer que a jurisdição exerce um importante papel de transformar princípios jurídicos em direito concretizado, pois tratar os princípios de proteção da dignidade como princípios éticos poderia levar a um enfraquecimento normativo desses princípios, já que eles poderiam se transformar em meras orientações bem-intencionadas sem força vinculante obrigatória. Mas o que a ideia de transformação da ética em direito deseja reforçar é a intensa sinergia entre a ética e o direito, no nível dos fundamentos, que decorre dessa valorização jurídica dos princípios. Esses princípios, conforme visto, são constituídos a partir de experiências judicativas e normativas exitosas e devem ser incorporados ao sistema jurídico sempre que contribuírem para a

expansão do círculo ético. Uma vez incorporados ao sistema normativo, os princípios tornam-se o fundamento de validade dos critérios jurídicos, passando a orientar os passos de todos os juristas responsáveis pela concreta realização do direito. Por ter uma origem cultural, a compreensão dos princípios nunca pode ser desvinculada de seu contexto, muito menos da rede de valores compartilhados pela comunidade. Essa rede de valores é complexa e envolve diversos sistemas normativos (éticos, religiosos, morais, sociais, jurídicos, espirituais, filosóficos etc.), que nem sempre são bem delimitados e raramente são uniformemente aceitos pelos membros da comunidade. É nesse sentido que a transformação da ética em direito envolve a institucionalização de princípios ético-jurídicos que sejam aptos à construção de um *overlapping consensus* capaz de abranger uma pluralidade de perspectivas dentro de um mesmo sistema de proteção. Nesse processo, a jurisdição tentará garantir a harmonia social em um contexto de pluralidade e diversidade, exercendo uma função contramajoritária sempre que o poder político for usado para sufocar a dignidade das pessoas em desvantagem política, social e econômica.

O reconhecimento da jurisdição como contrapoder é a base da pretensão de autonomia constitutiva que possibilita que o direito possa cumprir a sua autêntica intencionalidade ética, assumindo-se como uma independente e imparcial instância de validade axiológica. Mas a autonomia do direito não deve ser compreendida como um fechamento ou isolamento do direito, sobretudo perante a ética. A espinha dorsal da presente tese defende que os juristas devem se inspirar na concepção ética de respeito ao outro no processo de concreta realização do direito. Isso significa, em termos simples, assumir um compromisso de valorização do caráter expansivo do respeito ao outro.

A expansão do conceito de respeito (no seu sentido substancial) implicará, para o pensamento jurídico, dentre outras exigências, os seguintes efeitos práticos: (a) a valorização jurídica da liberdade (e da autenticidade, no sentido sugerido por Dworkin), fazendo surgir, por parte do estado, um dever de não interferência na zona de independência ética das pessoas, a justificar a invalidação jurídica de prescrições legislativas ou judiciais que usurpem essa capacidade do in-

divíduo⁶²⁸; (b) o contínuo e progressivo desenvolvimento do sentido de responsabilidade jurídica para reconhecer que as obrigações dos indivíduos nas suas relações intersubjetivas implicam não apenas deveres negativos (de não causar danos ou de prevenção e precaução), mas também, em algumas situações, deveres positivos (de ajudar, de prestar auxílio, de promover as capacidades mais relevantes do outro); (c) a inclusão da alteridade (ou seja, da capacidade de levar em conta o interesse do outro) como categoria juridicamente relevante, de modo que as condutas motivadas por razões de alteridade tenham um tratamento distinto daquelas condutas motivadas exclusivamente por razões de auto-interesse⁶²⁹; (d) a inclusão do egoísmo ou auto-interesse⁶³⁰ como parâmetro de aferição da injustiça/parcialidade do exercício

628 Essa consequência afeta diretamente a discussão de questões relacionadas, por exemplo, à eutanásia e à criminalização da homossexualidade, conforme visto. Caso seja reconhecida a existência de um direito fundamental à independência ética, qualquer medida legislativa que criminalize a prática da eutanásia ou da homossexualidade será, em consequência, uma violação da dignidade e, portanto, juridicamente inválida.

629 A título de exemplo, no direito penal, pode-se usar a alteridade como parâmetro para definir quando uma desobediência à lei é legítima ou ilegítima. A ação de alguém que desobedece uma lei para se sacrificar pelo outro (por compaixão no sentido desenvolvido por Schopenhauer) merece receber um tratamento diferente de alguém de desobedece uma lei para se beneficiar com tal conduta (por egoísmo no sentido de Schopenhauer). Nesse sentido, pode-se citar o caso *Sitzblockaden II*, julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, onde foram anuladas condenações de pessoas que, em protesto à construção de usinas nucleares, sentaram-se no meio da rua para bloquear a passagem de veículos militares e desobedeceram a ordem de autoridades para que saíssem dali. O protesto foi considerado pacífico, já que não houve intuito de violência, e, portanto, legítimo, razão pela qual estaria no âmbito de proteção do direito à liberdade de reunião, afastando a tipicidade da conduta. Esse caso pode ser compreendido como o reconhecimento de que a motivação altruísta (promover a paz e impedir a construção de usinas nucleares ainda que sob o risco de sofrer violência estatal) é um fator a ser levado em conta na caracterização do tipo penal. No entanto, deve-se reconhecer que os fundamentos adotados efetivamente pelo tribunal giraram mais ao redor do fato de que a legislação aplicável à espécie não definia claramente qual era o conceito de violência, ferindo, portanto, o princípio da legalidade penal. É que o princípio da reserva legal “obriga o legislador a formular os requisitos da punibilidade (*Strafbarkeit*) tão concretamente que a área de aplicação e o alcance do tipo penal possam ser extraídos da letra da lei ou esclarecidos por interpretação. Essa obrigação serve a um duplo fim. Ela deve, de um lado, assegurar que os destinatários da norma possam prever qual comportamento é vedado e está sujeito à sanção penal. Ela deve, de outro lado, garantir que a decisão sobre que comportamentos devam ser sancionados criminalmente seja previamente determinada pelo legislador e não posteriormente pelo Poder Executivo ou pelo Poder Judiciário” (SCHWAB, 2006, p. 546). Sobre o caso, defendendo que a remoção coercitiva dos manifestantes não agressivos somente deveria ser autorizada após um tempo mínimo, salvo razões de perigo iminente para a integridade física, vale conferir: CORREIA, 2006, p. 79/80.

630 Não se deve confundir o auto-interesse egoísta com o amor-próprio. Enquanto o auto-interesse egoísta leva a uma desconsideração para com os outros, o amor-próprio é essencial para que o

do poder, a fim de que sejam consideradas como presumidamente inválidas as medidas legislativas, judiciais ou governamentais tomadas em benefício daqueles que controlam o poder; (e) o aumento da força normativa dos direitos econômicos, sociais e culturais, fundados na solidariedade e na igualdade, tratando-os como verdadeiros direitos fundamentais de aplicabilidade imediata, a fim de permitir o resgate da dignidade daquelas pessoas em situação de miserabilidade; (f) uma abertura constante ao reconhecimento de novos direitos, visando promover as capacidades, de modo que todos possam desenvolver suas potencialidades de forma plena.

Por sua vez, a expansão do conceito de outro gerará, para o mundo do direito, as seguintes exigências: (a) o reconhecimento de que o sentido do direito somente é alcançado quando os detentores do poder tratam todas as pessoas submetidas ao seu domínio com igual respeito e consideração; (b) a gradativa ampliação subjetiva do círculo ético para que ocorra a universalização da inclusão de que falava Wollstonecraft/Sen, inserindo-se no dever de igual tratamento e consideração pessoas que, tradicionalmente, estão fora da proteção jurídica; (c) a redefinição do conceito de dignidade para reconhecer que até mesmo pessoas não humanas, coisas ou outras entidades não humanas (como a natureza e os demais seres vivos) possam ser consideradas como portadores de um valor a ser juridicamente protegido contra interesses instrumentais-estratégicos ilegítimos; (d) o desenvolvimento de mecanismos jurídico-argumentativos de suspeita e de desconfiança capazes de orientar a análise da validade jurídica do exercício do poder, estabelecendo-se presunções de invalidade das leis e decisões que restrinjam o círculo de proteção e presunções de validade das leis e decisões que ampliem o círculo de proteção.

Esse projeto de transformar ética em direito orientado pela expansão do círculo ético é um projeto inacabado, cooperativo, incompleto e sem fim. Seu propósito não é fornecer soluções prontas e definitivas para os problemas jurídicos mais complexos, até porque os pressupos-

ser humano possa *dar valor* ao outro. Afinal, aquele que não se valoriza também não parece ser capaz de valorizar o outro.

tos que orientam esse projeto recomendam a contínua expansão do conhecimento e a construção dialogada de soluções. Por ser consciente de seus limites e por saber que as soluções nascem de problemas e que os problemas são circunstanciais e singulares, assume-se como historicamente situado e geograficamente localizado, sem a pretensão de apresentar soluções universais, perfeitas e imutáveis.

Como qualquer projeto ético, sua pretensão não é de cientificidade, pois seu principal objetivo não é explicar ou descrever fatos, mas, numa perspectiva prático-normativa, produzir conhecimento para orientar a transformação da realidade, preferencialmente em direção a uma situação de mundo mais justa do que a que se tem no momento presente. Mesmo não almejando o cobiçado selo da *ciência*, não é um projeto que desvaloriza a razão, pois assume como certo que a vontade sem razão é arbítrio, e que a razão é a mola propulsora da eticidade e da juridicidade. Também não abre mão de algumas virtudes-attitudes usualmente relacionadas ao método científico, como a seriedade e a sinceridade discursivas, o rigor na análise dos argumentos e dos dados disponíveis, a dúvida reflexiva acerca das conclusões obtidas, a abertura intelectual para outros saberes, a disposição para se curvar a razões melhores, o olhar crítico diante da tradição, a desconfiança em relação à autoridade, a ojeriza aos dogmas irrefletidos, a crença no caráter provisório das verdades consolidadas, a busca da consistência, da coerência e da sistematicidade do conhecimento produzido e assim por diante. Junto com essas virtudes-attitudes, são valorizados o contraditório e ampla defesa, a exigir uma plena participação dos envolvidos na formação do juízo decisório, a imparcialidade do juiz, a exigir que todos os pontos de vista sejam analisados com um olhar compreensivo e equânime, a independência do julgador, a evitar a influência de pressões espúrias na formação do juízo decisório, o dever de fundamentação, a exigir que toda decisão judicial seja objetiva e racionalmente justificada para poder ser controlada e compreendida, bem como todas as demais garantias relacionadas ao devido processo que fazem da jurisdição um espaço humanamente propício à solução de conflitos intersubjetivos.

Sendo um projeto que valoriza a razão, também valoriza a emoção, pois o ser racional sabe que as emoções, se corretamente canalizadas,

são fundamentais para o agir ético⁶³¹. Conquanto otimista em relação às potencialidades humanas, o presente projeto tem plena consciência das limitações cognitivas, da astúcia, da fraqueza de caráter, da hipocrisia e mesmo da existência de emoções destrutivas, a recomendarem sempre uma postura de cautela, prudência e desconfiança em relação às intenções, às intuições e às ações (alheias e próprias).

É um projeto ético aberto à diferença; por isso, é plural e compreensivo. Como qualquer projeto ético compreensivo e plural, não pretende excluir nada que possa, de algum modo, engrandecê-lo, pois considera bem-vindo todo conhecimento aquisitivo. É, portanto, um projeto ético que aceita o saber que vem de fora e que não classifica epistemologias pela sua origem, assumindo como premissa a ideia de que o valor do conhecimento deve ser medido pelo seu mérito (força ética) e não pelo seu *pedigree* (força institucional).

O saber que inspira o projeto de expansão do círculo ético não se funda na autoridade e, por isso, sua fonte de normatividade vai além do legalismo, do constitucionalismo e do convencionalismo. Ele recusa o pressuposto de que as soluções para os problemas singulares da vida estão em textos ou em teorias. Portanto, não é um projeto voltado para o passado, pois acredita que o conhecimento produzido no passado tem um valor meramente instrumental que pode e deve ser superado diante do aprimoramento cognitivo que nunca cessa. Por esse motivo, não é um projeto meramente hermenêutico, nem formalista. Suas fontes são amplas e diversificadas e miram o futuro. Sua preocupação central é a realização do direito justo e não a compreensão de palavras ou de símbolos linguísticos, como se o conhecimento relevante fosse um jogo onde o vencedor é aquele que consegue melhor captar o sentido de textos escritos por alguma suposta autoridade.

631 Os mais recentes estudos em neurociência demonstram que há fortes razões para crer que a emoção e o sentimento desempenham um papel no raciocínio e esse papel é geralmente benéfico. Como defendeu António Damásio, “no que têm de melhor, os sentimentos encaminham-nos na direção correta, levam-nos para o lugar apropriado do espaço de tomada de decisão onde podemos tirar partido dos instrumentos da lógica” (DAMÁSIO, 1994, p. 13. Ver também: DAMÁSIO, 2004). Em sentido semelhante, e voltando a atenção especificamente para o direito: NUSSBAUM, 1995: “*the emotions do not tell us to solve these problems; they do keep our attention focused on them as problems we ought to solve (...). Thus judges or jurors, who deny themselves the influence emotion deny themselves ways of seeing the world that seem essential to seeing it completely*” (IDEM, p. 67 e 69).

Embora valorizando o conhecimento e tendo plena consciência da força performativa do discurso jurídico, o projeto de expansão do círculo ético dá mais valor aos resultados concretos do que aos enunciados abstratos, pois sabe que meras palavras não são suficientes para mudar o mundo, e que vogais e consoantes, por si sós, não matam a fome, nem curam doentes. Daí porque o que vale não é apenas o que as pessoas dizem, mas, sobretudo, o que elas fazem, decidem e produzem. O que vale não é o discurso por detrás da conduta, mas a realidade encoberta pela comunicação.

Esse projeto valoriza o outro não só por uma questão de reciprocidade ou de conveniência, mas porque acredita que a perspectiva do outro é enriquecedora. Por isso, não é um mero projeto de tolerância, mas também de compreensão. Por ser um projeto de compreensão, rejeita qualquer ética individualista e monológica que leve ao egoísmo e a uma falta de preocupação com o outro. Um projeto voltado ao respeito ao outro deve pressupor que ninguém é capaz de, sozinho, compreender efetivamente o que é importante para o outro.

Porém, mesmo sendo um projeto dialógico (comunitário), não tenta transferir para as instituições ou para a coletividade a responsabilidade pelas decisões que devem ser tomadas pelo sujeito ético. O agente responsável pela prática de injustiças não pode se eximir das consequências de suas escolhas, por mais que tenha baseado seu juízo em critérios fornecidos por outras pessoas ou instituições. A responsabilidade pelas decisões e ações apresentadas por seres racionais deve ser sempre encarada como uma responsabilidade de primeira pessoa.

Reconhecer que o projeto de expansão do círculo ético é um projeto sempre inacabado nos induz a refletir não apenas sobre nossas fraquezas e limitações, mas também na capacidade do ser humano de evoluir, de se superar e de sempre dar um passo a mais em direção à justiça. A expansão ética e o conseqüente alargamento de nossas responsabilidades perante os outros operam-se por etapas, de forma gradativa, acompanhando a acumulação do conhecimento, a aprendizagem sempre enriquecida pela experiência e a mudança de consciência que a reflexão ética produz. Certamente, também há obstáculos que dificultam o avanço, quase sempre frutos da nossa limitada capacidade de alterar o nosso senso de alteridade e de valo-

rizar o que não nos traz benefícios claros e diretos de curto ou médio prazo. Por isso, não devemos olhar para as gerações passadas com um viés acusador por não terem sido capazes de ter a mesma percepção ética que nós temos hoje (será que temos plenamente?) sobre, por exemplo, a situação dos negros ou das mulheres, pois a mentalidade das gerações passadas é fruto de suas circunstâncias. Como também somos frutos de nossas circunstâncias, só nos resta torcer para que as gerações futuras sejam melhores do que nós no que se refere, por exemplo, ao tratamento ético-jurídico dos homossexuais, dos pobres, dos estrangeiros, dos animais e de tudo aquilo que merece ser tratado com dignidade, inclusive a natureza.

Embora se trate de um projeto com o olhar no futuro, seu foco também é voltado para a realidade presente, pois estimula um esforço atual para a transformação dos princípios éticos em direito concretizado. Mas que ética se deseja transformar em direito? Uma ética necessariamente aberta e plural. Uma ética preocupada com o bem-estar sem ser necessariamente utilitarista. Uma ética que procura institucionalizar-se sem anular a autonomia e procura garantir a diversidade sem desagregar a comunidade. Uma ética de princípios, que não seja alheia ao contexto e às consequências. Uma ética de responsabilidade que não seja dogmática. Uma ética de alteridade, de tolerância e de respeito que não seja, por isso, relativista. Uma ética expansiva, inclusiva, acolhedora, que valorize o indivíduo sem se descuidar dos necessitados, que valorize a liberdade sem se conformar com a desigualdade, que exalte a autonomia, mas não olvida da responsabilidade e dos deveres. Tal projeto busca valorizar a dignidade das coisas, sem diminuir a dignidade humana, substituindo a capacidade de dominar pela capacidade de respeitar tudo que merece respeito. Uma ética, antes de tudo, compreensiva, esperançosa e capaz de, efetivamente, melhorar a convivência humana, tornando a vida mais plena de dignidade. E, por isso mesmo, uma ética nunca plenamente definitiva, completa e acabada, mas apenas “como horizonte, sempre além e não atingido (ainda não atingido)” (CASTANHEIRA NEVES, 2008b, p. 57).

REFERÊNCIAS

AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable: un tratado sobre la justificación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exhibidade judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 135-168.

_____. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.

ACKERMAN, Bruce. *Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional*. Tradução de Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. The living Constitution: Oliver Wendell Holmes lectures. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 120, n. 7, p. 1737-1812, maio 2007.

_____. The rise of world constitutionalism. *Occasional Papers*, New Haven, n. 4, 1996. Disponível em: <<http://tinyurl.com/422ugo8>>. Acesso em: 21 maio 2010.

ADLER, Libby. Dignity and Degradation: transnational lessons from constitutional protection of sex, *Bepress Legal Series*, Berkeley, n. 1873, nov. 2006. Disponível em: <<http://tinyurl.com/b8s3jz4>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976.

ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131-153.

_____. Between positivism and non-positivism? A third reply to Eugenio Bulygin. In: CONFERENCE ON PHILOSOPHY AND LAW NEUTRALITY AND THEORY OF LAW, 1., 2010a, Girona. Disponível em: <<http://tinyurl.com/cr9swro>>. Acesso em: 2 maio 2012.

_____. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003. Traduzido por Menelick de Carvalho Netto.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

_____. *The argument of injustice*: a reply to legal positivism. Tradução de Stanley e Bonnie Paulson. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. The dual nature of law. *Ratio Juris*, n. 23, p. 167-182, 2010b.

ALEXY, Robert; ANDRÉS IBAÑES, Perfecto. *Jueces y ponderación argumentativa*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

ALTHUSIUS, Johannes. *Política*: an abridged translation of politics methodically set forth and illustrated with sacred and profane examples. Indianapolis: Liberty Fund, 1995.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Roberto; BONAVIDES, Paulo. *Textos políticos da história do Brasil*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

AQUINO, Santo Thomas de. *Summa teologica*. 2. ed. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1988. v. 2.

ARAÚJO, Luís de. *Ética*: uma introdução. Lisboa: Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 2005.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ARISTÓFANES. *As vespas*. Tradução de A. Lobo Vilela. 2. ed. Lisboa: Inquérito, s.d.

ARISTÓTELES. *Constituição dos atenienses*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

ARRUDA Junior. Edmundo Lima de (Org.). *Lições de direito alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1991.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. London: John Murray, 1832.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 215, p. 151-179, 1999.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria dos princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

AYER, Alfred Jules. *Language, truth and logic*. Londres: Penguin Books, 1971.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Tradução de José Manuel Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Rui. *Os actos inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1958. t. 5, v. 20. (Obras Completas de Rui Barbosa, 1893).

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARRETO, Tobias. *Bibliografia e estudos críticos*. Brasília: Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro, 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <<http://tinyurl.com/ceuj9pa>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. Dez anos da Constituição de 1988 (foi bom pra você também?). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 1-25, out./dez. 1998.

_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 225, 2001.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998b.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. RDE – *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 71-91, jan./mar. 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, n. 9, 2007. Disponível em: <<http://tinyurl.com/43o9o9k>>. Acesso em: 21 maio 2010.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, p. 65-78, 1998c.

_____. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. RDE, *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 10, p. 25-66, 2008.

BARZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Ed.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*. Colombia: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2012.

BARZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BARZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Ed.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: el control de convencionalidad*. Colombia: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2012.

BEARD, Charles. *The Supreme Court and the Constitution*. New York: Macmillan, 1912.

BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle pene: nuova edizione: corretta e accresciuta*. Paris: Harlem, 1780. Disponível em: <<http://tinyurl.com/my78l7u>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation* (1781). Kitchener: Batoche Books, 2000.

_____. Anarchical fallacies: being an examination of the declarations of rights issued during the French revolution. In: BOWRING, John (Ed.). *The Works of Jeremy Bentham*. Edinburgh: William Tail, v. 2. p. 489-534, 1843.

BERLIN, Isaiah. *Rousseau e outros cinco inimigos da liberdade*. Lisboa: Gradiva, 2005.

BICKEL, Alexander. A ética do consentimento. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Agir, 1978.

_____. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYIOLI, Aglaé. *História da filosofia do direito*. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri: Manole, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BIX, Brian. Legal theory: types and purposes. IVR *Enciclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law* IVR, 2007. Disponível em: <<http://tinyurl.com/orz93m9>>. Acesso em: 2 maio 2012.

_____. Radbruch's formula and conceptual analysis. *American Journal of Jurisprudence*, Notre Dame, v. 56, n. 1, p. 45-57, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2017942>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. Robert Alexy's Radbruch formula, and the nature of legal theory. *Rechtstheorie*, Berlim, v. 37, p. 139-149, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=892789>>. Acesso em: 21 maio 2010.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Tradução de Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1999.

BOCKENFÖRDE, Enerst. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Tradução de Rafael Serrano. Madrid: Trotta, 2000.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOUDON, Raymond. *O relativismo*. Lisboa: Gradiva, 2008.

BRANCO, Paulo; COELHO, Inocência; MENDES, Gilmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio. *Características da vitimização e do acesso à justiça no Brasil – 2009*. Rio de Janeiro: IBGE, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe-096, divulg. 27/5/2010, public. 28/5/2010. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bxmqr54>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132/RJ. Plenário. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe-198, divulg. 13/10/2011, public. 14/10/2011.

_____. _____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe-092, divulg. 30/8/2007, public. 31/8/2007.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BRITO, José de Sousa e. Falsas e verdadeiras alternativas na teoria da justiça. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Org.). *Ars Iudicandi: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*. Coimbra: Coimbra, 2008. (v. 1.).

_____. O direito como conceito limitado da justiça. *Télos: Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, Santiago de Compostela, v. 5, n. 2, p. 9-20, 1996.

_____. O que é o positivismo jurídico. Como se autodefine e como se auto-suspende. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 51, n. 1-2, p. 193-205, 2010. Disponível em: <<http://tinyurl.com/c2akaav>>. Acesso em: 2 maio 2012.

_____. Teoria da justiça e ética. *Themis*: Revista da Faculdade de Direito da UNL, Lisboa, v. 7, n. 12, p. 7-13, 2006.

BRONZE, Fernando José. *A metodonologia entre a semelhança e a diferença (reflexão problematizante dos pólos da radical matriz analógica do discurso jurídico)*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1994.

_____. *Analogias*. Coimbra: Coimbra, 2012.

_____. *Lições de introdução ao direito*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

BULYGIN, Eugenio. Alexy between positivism and non-positivism. In: CONFERENCE ON PHILOSOPHY AND LAW NEUTRALITY AND THEORY OF LAW, 1., 2010, Girona. Disponível em: <<http://tinyurl.com/c7t3ftw>>. Acesso em: 10 out. 2009.

CALAMANDREI, Piero. *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*. Milão: Ponte Alle Grazie, 2008.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

_____. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Reimpr. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2008b.

_____. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Org.). *Ars Iudicandi*: estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra, 2008a. p. 375-387. v. 1.

_____. Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politicização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 245, p. 87-95, maio/ago. 2007.

CANTO-SPENCER, Monique; OGIEN, Ruwen. *Que devo fazer? A filosofia moral*. Tradução de Benno Dischinger. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro. Judicial review in comparative perspective. *California Law Review*, Berkeley, v. 58, n. 5, p. 1017-1053, out. 1970.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: SafE, 1992.

CARDOZO, Benjamin. *A natureza do processo e a evolução do direito*. Tradução de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo: Editora Nacional de Direito, 1956.

CARVALHO, Amilton Bueno. A lei. O juiz. O justo. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 14, n. 39, p. 132–152, mar. 1987.

_____. Jurista orgânico: uma contribuição. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 42, 1988.

_____. Magistratura e mudança social: visão de um juiz de primeira instância. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 49, 1990.

_____. O papel dos juízes na democracia. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 70, 1997.

CASTANHEIRA NEVES, António. *A crise actual da filosofia no contexto da crise global da filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra, 2003b.

_____. A revolução e o direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995a. v. 1.

_____. A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995f. v.1.

_____. Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 2008d. v.3.

_____. Dworkin e a interpretação jurídica. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 2008a. v.3.

_____. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema”: os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito”. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74, 1998a.

_____. Escola da exegese. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995c. v. 2. p. 181-191.

_____. Fontes do direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995e. v.2

_____. Justiça e direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995g. v.1

_____. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 1993.

_____. O ‘jurisprudencialismo’: proposta de uma reconstituição crítica do sentido do direito. *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Coimbra, n. 3958, set./out. 2009b.

_____. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica – I*. Coimbra: Coimbra, 2003a.

_____. O actual problema metodológico da realização do direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, v.2, 1995d.

_____. *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002a.

_____. O direito interrogado pelo tempo presente na perspectiva do futuro. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O direito e o futuro: o futuro do direito*. Lisboa: Almedina, 2008b.

_____. *O instituto dos ‘assentos’ e a função jurídica dos supremos tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. O papel do jurista no nosso tempo. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 1995b. v.1.

_____. O poder judicial (a jurisdição), o direito e o estado-de-direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 37, p. 35-65, jul./dez. 2009a.

_____. O problema da universalidade do direito. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 2008e. v.3.

_____. O sentido actual da metodologia jurídica. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 2008c. v.3.

_____. Pensar o direito num tempo de perplexidade. In: MENDES, Paulo de Sousa; RAPOSO, João António; D'ALMEIDA, Luís Duarte; DIAS, Augusto Silva; ALVES, João Lopes (Org.). *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito: em comemoração do 70º aniversário (Estudos de Direito e Filosofia)*. Lisboa: Almedina, 2012.

_____. Pessoa, direito e responsabilidade. In: *Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, a sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra, 2008f. v.3.

_____. *Questão-de-facto: questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (ensaio de uma reposição crítica)*. Coimbra: Livraria Almedina, 1967.

_____. *Teoria do direito*. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999 – apontamentos complementares. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998b. Texto policopiado.

_____. Uma reconstituição do sentido do direito: na sua autonomia, nos seus limites, nas suas alternativas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Porto, v. 1, n. 1, 2002b. Disponível em: <<http://tinyurl.com/oabm3ga>>. Acesso em: 21 maio 2010.

CASTORIADIS, Cornelius. A dissimulação da ética. In: *Encruzilhadas do labirinto: a ascensão da insignificância*. Tradução de Regina Vasconcelos. São Paulo: Paz e Terra, 2002. v. 4.

CHANGEUX, Jean-Pierre (Dir.). *Uma mesma ética para todos*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

CHRISTIANSEN, Eric C. Transformative constitutionalism in South Africa: creative uses of constitutional court authority to advance substantive justice. *The Journal of Gender, Race & Justice*, Iowa City, n. 13, 575-614, 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1890885>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). *Justiça em números*: relatório 2011. Brasília: CNJ, 2012.

COING, Helmut. *El sentido del derecho*. México: Universidad Nacional Autónoma del Mexico, 1959.

COLEMAN, Jules. Incorporationism, conventionality, and the practical difference thesis. In: _____ (Org.). *Hart's postscript: essays on the postscript to the concept of law*. New York: Oxford University Press, 2001. p. 99-148.

_____. The architecture of jurisprudence: part I. In: CONFERENCE ON PHILOSOPHY AND LAW NEUTRALITY AND THEORY OF LAW, 1., 2010, Girona. Disponível em: <<http://tinyurl.com/cja6zuw>>. Acesso em: 2 maio 2012.

COMPARATTO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CONSTANT, Benjamin. De la liberté des anciens comparée à celle des modernes (1819). *Les cahiers de psychologie politique*, Herblay, n. 13, jul./2008. Disponível em: <<http://tinyurl.com/q5o8dr9>>. Acesso em: 10 out. 2009.

CORNELL, Drucilla. *The philosophy of limit*. London: Routledge, 1992.

CORREIA, Sérvulo. *O direito de manifestação: âmbito de proteção e restrições*. Lisboa: Almedina, 2006.

CORTINA, Adela. *Ética mínima*. Tradução de Marcos Marcionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Ética sem moral*. Tradução de Marcos Macionilo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. Cosmopolitismo y paz: la brújula de la razón en su uso político. *Revista portuguesa de filosofia*, Lisboa, v. 61, n. 2, p. 390, 2005.

COULANGES, Fustel de. *La cité antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

COVER, Robert. Violence and the word. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 95, n. 9, jul. 1986. Disponível em: < <http://www.jstor.org/pss/796468>>. Acesso em: 21 maio 2010.

CUNHA, Edilson Alkimin (Org.). *Corpus iuris civilis: digesto*. Brasília: Esmaf, 2010. Livro I. Tradução de Edilson Alkimin Cunha e outros. Texto Bilíngue.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DAMÁSIO, António. *Ao encontro de Espinosa: as emoções sociais e a neurologia do sentir*. 6. ed. Mira-Sintra: Fórum da Ciência, 2004.

_____. *O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano*. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the national academy of sciences of the United States of America*, Washington, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, abr. 2011. Disponível em: <<http://tinyurl.com/lemhnm9>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

DÄUBLER-GMELIN, Herta. 50 anos da constituição como garantia da democracia alemã em paz e liberdade. In: CARNEIRO, José Mário Brasiliense; FERREIRA, Ivette Senise (Org.). *50 anos da lei fundamental*. São Paulo: Edusp, 2001. p. 11-20.

DAWKINS, Richard. *O gene egoísta*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o fundamento místico da autoridade*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DFR – BVerfGE 39, 1 (1975). *Universität Bern: Internetprojekte Prof. Dr. Axel Tschentscher, LL.M., M.A, Berna*. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/law/dfr/bv039001.html>>. Acesso em: 2 maio 2012.

DFR – BVerfGE 88, 203 – Schwangerschaftsabbruch II. *Universität Bern*: Internetprojekte Prof. Dr. Axel Tschentscher, LL.M., M.A, Berna. Disponível em: <<http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv088203.html>>. Acesso em: 10 out. 2009.

DIMENSTEIN, Gilberto. *O cidadão de papel: a infância, a adolescência e os direitos humanos no Brasil*. 19. ed. São Paulo: Ática, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 102, jan./jun. 2011.

DIPPEL, Horst. *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

DONOHUE III, John; LEVITT, Steven. The impact of legalized abortion on crime. *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, v. 116, n. 2, p. 379-420, maio 2001. Disponível em: <<http://tinyurl.com/ae7sf>>. Acesso em: 21 maio 2010.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2009.
_____. *The end of human rights: critical legal thought in the turn of the century*. Portland: Hart Publishing, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006a.

_____. *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. New York: Oxford University Press, 1996.

_____. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. New Jersey: Princeton University Press, 2006b.

_____. *Justiça para ouriços*. Lisboa: Almedina, 2012.

_____. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard Press University, 2011.

_____. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006c.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Law's empire*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1986.

_____. Rights as triumphs. In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984. p. 153-167.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1977-1978.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EHRlich, Eugen. *Escritos sobre sociología y jurisprudencia*. Barcelona: Marcial Pons, 2005.

ELSTER, Jon. Forces and mechanisms in the constitution-making process. *Duke Law*, v. 45, n. 2, p. 364-396, nov. 1995. Disponível em: <<http://tinyurl.com/6tzhns7>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Tradução de J. Batista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ETCHEVERRY, Juan Bautista. *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente: un estado de la cuestión*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

FAVRE, David. Wildlife rights: the ever-widening circle. Michigan State University College of Law, Michigan, v. 9, n. 241, p. 241-281, 1978/1979. Disponível em: <<http://tinyurl.com/c7ejpv3>>. Acesso em: 2 maio 2012.

FEINBERG, Joel. *Filosofia social*. Tradução de Alzira Soares da Rocha. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

FERNANDES, Pádua. A cultura jurídica brasileira e a chibata: Miguel Reale e a história como fonte do direito. *Prisma jurídico*, São Paulo, v. 5, p. 237-255, 2006.

FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

FINDLAW. *Caselaw: cases and codes*. Disponível em: <<http://caselaw.findlaw.com/>>. Acesso em: 10 out. 2009.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. Tradução de Leila Mendes, Porto Alegre: Unisinos, 2007.

FISH, Stanley. *Is there a text in this class? The authority of interpretive communities*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 303-321.

FRANK, Jerome. *Law & the modern mind*. New York: Brentanos, 2008.

FRANKENA, William K. *Ethics*. 2. ed. New Jersey: Prentice-Hall Inc., 1973.

_____. *Ética*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

FULLER, Lon. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 71, n. 4, p. 630-672, fev. 1958. Disponível em: <<http://tinyurl.com/l1sw8f3>>. Acesso em: 21 maio 2010.

_____. *The morality of law*. Revised Edition. New Haven; London: Yale University Press, 1967.

GARAPON, Antoine. *Bem julgar: ensaio sobre o ritual judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

GAUDÊNCIO, Ana Margarida. "Law is politics": propostas do Critical Legal Studies Movement. Coimbra: Universidade de Coimbra. Texto policopiado.

GEBRAN NETO, João Pedro. *A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GINSBURG, Tom. *Judicial review in new democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

GOLDING, Martin. *Filosofia e teoria do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUASTINI, Riccardo. La costituzione como limite alla legislazione. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (Coord.). *Analisi e Diritto: ricerche di giurisprudenza analítica*. Torino: G. Giappichelli Editore, 1998. p. 107-114. Disponível em: <<http://tinyurl.com/cdbz9bl>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. Se i giudici creino diritto. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. México: Marcial Pons, 2008.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-29.

_____. *Introdução ao direito processual constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. Princípio da isonomia, princípio da proporcionalidade e privilégios processuais da fazenda pública. *Nomos*, Ceará, v. 13/14, n. ½, jan./dez. 1994/1995.

_____. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 268-283.

GUISÁN, Esperanza. *Introducción a la ética*. 3. ed. Madrid: Catedra Teorema, 2006.

HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos direitos do homem*. Tradução de Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 89-152.

_____. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. São Paulo: Mundi, 2001.

_____. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.

_____. *Direito e moral*. Lisboa: Piaget, 1992.

_____. *O futuro da natureza humana*. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

_____. *Teoria de la accion comunicativa*. Madrid: Taurus, 1999. t. 1.

HALDEMANN, Frank. Gustav Radbruch vs. Hans Kelsen: a debate on nazi law. *Ratio Jurisprudence*, v. 18, n. 2, p. 162-178, jun. 2005. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1680846>>. Acesso em: 2 maio 2012.

HALL, Jerome. *Democracia e direito*. Tradução de Paulo Dourado de Gusmão. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

HAMILTON, Alexander. Federalist no. 78. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The federalist: on the new constitution*. New York: Hopkins, 1802.

HAND, Learned. *The Bill of rights*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1958.

HARE, Richard Mervyn. *A linguagem da moral*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. *Ética: problemas e propostas*. Tradução de Mário Mascherpe e Cleide Rapucci. São Paulo: Unesp, 2003.

HARFORD, Tim. *The logic of life: the rational economics of an irrational world*. New York: Randon House, 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 71, p. 593-629, 1958. Disponível em: <<http://tinyurl.com/k2n9e2q>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. *Law, liberty and morality*. Stanford: Stanford University Press, 1963.

_____. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream (1977). In: _____. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Clarendon Press: Oxford, 1983. p. 123-144.

_____. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1983.

_____. *O conceito de direito*. Tradução de Armindo Ribeiro Mendes, 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HAYEK, Friedrich. *A caminho da servidão*. Tradução de Marcelino Amaral. Lisboa: Edições 70, 2009.

HEINEMAN, Fritz. *A filosofia no século XX*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milénio*. 3. ed. Portugal: Mem Martins, 2003. (Coleção Fórum da História).

_____. *O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HIMMA, Kenneth Einnar. Inclusive legal positivism. In: COLEMAN, Jules; SHAPIRO, Scott (Ed.). *Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*. Cambridge: Oxford University Press, 2002. Disponível em: <<http://tinyurl.com/pxox49z>>. Acesso em: 21 maio 2010.

HIRSCHL, Ran. *Constitutional theocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

_____. *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOBBS, Thomas. *De cive or the citizen*. New York: Apleton-Century-Crofts, 1949.

_____. *Hobbes's Leviathan: reprinted of the edition of 1651*. Oxford: Oxford Press, 1929.

HOERSTER, Nobert. *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona: Gedisa, 2000.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito*. Tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 1991.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover, 1991.

_____. The path of law. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 457, 1897. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bcuy2el>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Co., 1999.

HOWARTH, David. On the question: “what is law?”. *Res Publica: a journal of moral, legal and political philosophy*, The Netherlands, v. 6, n. 3, p. 259-283, out. 2000.

HUME, David. *Ensaios morais, políticos e literários*. Tradução de João Paulo Monteiro, Sara Albieri e Pedro Galvão. Lisboa: Imprensa Nacional, 2002.

_____. Of the original contract. In: *Essays and treatises on several subjects*. Londres: T. Cadell, 1748. Disponível em: <<http://tinyurl.com/pb3meps>>. Acesso em: 2 maio 2012.

_____. *Tratado da natureza humana*. Tradução de Serafim da Silva Fontes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. Diálogos sobre a religião natural. In: *Obras sobre religião*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. História natural da religião. In: *Obras sobre religião*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. *Obras sobre religião*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

INGRAM, David. Homosexuality and the Hart-Devlin debate. In: *Law: key concepts in philosophy*. New York: Continuum, 2006.

IRONS, Peter. *A people's history of the supreme court: the men and women whose cases and decisions have shaped our constitution*. New York: Viking, 1999.

ISHAY, Micheline Rose (Org.). *Direitos humanos: uma antologia: principais escritos políticos, ensaios e documentos desde a Bíblia até o presente*. Tradução de Fábio Duarte Joly. São Paulo: Edusp, 2006.

ITÁLIA. Corte d'Appello Civile Milano. *Sentenza englaro*: 9 luglio 2008. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bayrfk7>>. Acesso em: 10 out. 2009.

JAEGER, Werner. *Paideia: a formação do homem grego*. Tradução de Arthur Parreira. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

JAMES, William. *O pragmatismo: um nome novo para algumas formas antigas de pensar*. Tradução de Fernando Silva Martinho. Lisboa: Imprensa Nacional, 1997.

JONAS, Hans. *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KAHNEMAN, Daniel. *Pensar, depressa e devagar*. Tradução de Pedro Vidal. Lisboa: Temas & Debates, 2012.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. *A paz perpétua e outros ensaios*. Tradução de Artur Morão Lisboa: Edições 70, 2002.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2008.

KANTOROWICZ, Hermann. *La definición del derecho*. Tradução de J. M. de La Vega. Madrid: Revista de Occidente, 1964.

KAUFMANN, Arthur. *Derecho, moral e historicidad*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

_____. *Filosofia do direito*. 3. ed. Tradução de António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. *A justiça e o direito natural*. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Almedina, 2001b.

_____. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *La garantía jurisdiccional de la constitución: la justicia constitucional*. Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. México: UNAM, 2001a.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Almedina, 2008.

KENNEDY, Duncan. Legal education as training for hierarchy. In: KAIRYS, David. (Ed.). *The Politics of Law*. New York: Pantheon, 1990. Disponível em: <<http://tinyurl.com/d4rv3j>>. Acesso em: 21 maio 2010.

KLARMAN, Michael. A skeptical view of constitution worship. *Balkanization*, 27 set. 2010. Disponível em: <<http://tinyurl.com/a34c9qr>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. Courts, social change, and political backlash. In: PHILIP A. HART LECTURE AT GEORGETOWN LAW CENTER, 2., 2011, Washington, D.C. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bz4cwqk>>. Acesso em: 2 maio 2012.

_____. *From Jim Crow to civil rights: the supreme court and the struggle for racial equality*. New York: Oxford University Press, 2004.

KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-184.

KOERNER, Andrei. O poder judiciário no sistema político da primeira república. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, p. 58-69, 1994.

KRAMER, Matthew. *In defense of legal positivism: law without trimmings*. New York: Oxford University Press, 1999.

_____. *Where law and morality meet*. New York: Oxford University Press, 2004.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional 'comparado'*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KROPOTKINE, Piotr Alexeevich. *A moral anarquista*. Tradução de José Luís de Sousa Pérez. Lisboa: Sílabo, 2009.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

KUKATHAS, Chandran; PETTIT, Philip. *Uma teoria da justiça e os seus críticos*. Lisboa: Gradiva, 2005.

KÜNG, Hans. *Projecto para uma ética mundial*. Tradução de Maria Luisa Cabaços Meliços. Lisboa: Piaget, 1996.

KURZWEIL, Ray. *A era das máquinas espirituais*. Tradução de Fábio Fernandes. São Paulo: Aleph, 2007.

LANGFORD, Malcom; NOLAN, Aoife. *50 leading cases on economic, social and cultural rights: summaries*. Suíça: COHRE , 2003a.

_____. *Litigating economic, social and cultural rights: achievements, challenges and strategies – featuring 21 case studies*. Suíça: COHRE , 2003b.

LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del derecho*. Madrid: Ariel Derecho, 1994.

_____. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LECKY, W. E. Hartpole. *History of European morals: from Augustus to Charlemagne*. 3. ed. New York and London: D. Apleton and Company, 1917. v. 1.

LEITER, Brian. The demarcation problem in jurisprudence: a new case for skepticism. *Oxford Journal of Legal Studies*, London, v. 32, n. 1, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1599620>>. Acesso em: 10 out. 2009.

LEOPOLD, Aldo. *A sand county almanac: and sketches here and there*. Londres: Oxford University Press, 1968.

LEVIN, Mark Reed. *Man in black: how the Supreme Court is destroying America*. Washington: Regnery, 2005.

LEVINSON, Sanford. *Our undemocratic constitution: where the constitution goes wrong (and how we the people can correct it)*. New York: Oxford University Press, 2006.

LIMA, Francisco Géron Marques de. *O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001.

LINHARES, José Manuel Aroso. “O dito do direito” e “O dizer da justiça”: diálogos com Levinas e Derrida. *Themis: revista de direito*, Portugal, ano 8, n. 14, p. 5-56, 2007.

_____. A “abertura ao futuro” como dimensão do problema do direito: um “correlato” da pretensão de autonomia? In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Direito e o Futuro: o futuro do direito*. Lisboa: Almedina, 2008a. p. 391-430.

_____. A concepção jurisprudencialista do sistema. In: _____. *Excerto dos sumários desenvolvidos de introdução ao Direito II*. Coimbra: Universidade de Coimbra, s.d. Texto policopiado.

_____. A ética do continuum das espécies e a resposta civilizacional do direito: breves reflexões. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 79, p. 197-215, 2003.

_____. *Introdução ao direito: sumários desenvolvidos*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008-2009. Texto policopiado.

_____. *Jurisdição, diferendo e 'área aberta': a caminho de uma teoria do direito como moldura?*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008b. Texto policopiado.

_____. Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferença?. In: GAUDÊNCIO, Ana Maria Simões; BRONZE, Fernando José; LINHARES, José Manuel Aroso. *Teoria do direito: direito interrogado hoje. O jurisprudencialismo: uma resposta possível?* Salvador: Juspodivm, 2012b. p. 109-174.

_____. *Jurisprudencialismo: uma resposta possível em tempo(s) de pluralidade e de diferenças?*. Conferência proferida em Ouro Preto. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008c. Texto policopiado.

_____. Na 'coroa de fumo' da teoria dos princípios: poderá um tratamento dos princípios como normas servir-nos de guia? In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jonatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.). *Estudos em Homenagem ao prof. doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, 2013. v. 3, p. 395-420.

_____. O homo hvmans do direito e o projecto inacabado da modernidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. 86, p. 515-561, 2010.

_____. Validade comunitária e contexto de realização: anotações em espelho sobre a concepção jurisprudencialista do sistema. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Porto, v. 1, n. 1, set. 2012a.

LIPOVETSKY, Gilles. *O crepúsculo do dever: a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução de Fátima e Carlos Gaspar. 4. ed. Lisboa: D. Quixote, 2010.

LLORENTE, Francisco Rubio; CAMPO, Javier Jiménez. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: MacGraw-Hill, 1998.

LLORENTE, Francisco Rubio. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.

LOCKE, John. *Two treatises of government: the works of John Locke in nine volumes*. London: C. and J. Rivington, 1824. v. 4.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012.

LORENZ, Konrad. *A agressão: uma história natural do mal*. Tradução de Maria Isabel Tamen. São Paulo: Martins Fontes, 1973.

LOUREIRO, João Carlos. *Genética, moinhos e gigantes: Quixote revisitado, deveres fundamentais, sociedade de risco e biomedicina*. In: BARREIRA, Augustín Jorge (Org.). *Derecho y genética: un reto de la sociedad del siglo XXI*. Madrid, 2006b.

_____. *Pessoa, dignidade e cristianismo*. In: DIAS, Jorge de Figueiredo; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; COSTA, José de Faria (Org.). *Ars iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira*. Coimbra: Coimbra, 2008. v. 1.

_____. *Constituição e biomedicina: contribuição para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana*. 2003. Dissertação (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.

_____. *Sobre o aborto: algumas questões em tempos de referendo*. *Estudos N. S.*, Coimbra, n. 6, p. 61-140, 2006a.

_____. *Saúde no fim da vida: entre o amor, o saber e o direito: parte I*. *Revista Portuguesa de Bioética*, Coimbra, n. 3, dez. 2007. Disponível em: <<http://tinyurl.com/q68guvr>>. Acesso em: 21 maio 2010.

LYONS, David. *As regras morais e a ética*. Tradução de Luís Alberto Peluso. São Paulo: Papyrus, 1990.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Tradução de Conrad Hubner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. São Paulo: Campus/Elsevier, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Fundamentos do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Ana Mara França; PUSCHEL, Flavia Portella; LUZ, Yuri Corrêa. Três reações a um panfleto de Duncan Kennedy. *Revista Direito GV*, São Paulo v. 2, n. 2, p. 225-244, jul./dez. 2006.

MACHADO, Jónatas. Direito à liberdade religiosa: pressupostos histórico-filosóficos. *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*, Porto, v. 1, n. 8, p. 335-345, 1998. Disponível em: <<http://tinyurl.com/p4wddsd>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Indiana: University of Notre Dame, 2007.

_____. *Depois da virtude*. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Edusc, 2001.

_____. *Justiça de quem? Qual racionalidade?*. Tradução de Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 2010.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist: on the new constitution*. New York: Hopkins, 1802.

MAHABAL, Kamayani Bali. Enforcing the right to food in India: impact of social activism. *ESR review: economic and social rights in South Africa*, Bellville, v. 5, n. 1, p. 7-11, 2004.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe: obra completa com comentários de Napoleão Bonaparte e Rainha Cristina da Suécia*. São Paulo: Jardim dos Livros, 2007.

MARMELSTEIN, George. *A efetivação judicial dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 2004b. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2004.

_____. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, v. 1, p. 171-182, 2004a.

_____. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Jurisprudência arco-íris: comentários à decisão do Supremo Tribunal Federal acerca das uniões homoafetivas. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 17, p. 225-262, jan./jun. 2011, Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1963366>>. Acesso em: 2 maio 2012.

_____. *O papel social da justiça federal*. Recife: TRF5, 2004c.

_____. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. Rio de Janeiro: Universidade Federal Fluminense, 2007.

MARQUES, Mário Reis. A hipertrofia do presente no direito da era da globalização. *Revista Lusófona de Humanidades e Tecnologias*, [S.l.], n. 12, p. 121-132, 2008. Disponível em: <<http://tinyurl.com/lbnsu96>>. Acesso em: 10 out. 2009.

MARQUES, Mário Reis. Um olhar sobre a construção do 'sujeito de direito'. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, v. 35, n. 2, p. 20-35, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://tinyurl.com/ltl3z6u>>. Acesso em: 21 maio 2010.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, p. 101-140, set. 2002. Disponível em: <<http://tinyurl.com/kvktazw>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia. *Gustav Radbruch: vida y obra*. 2. ed. México: Unam, 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Estudos em avaliação educacional*, São Paulo, p. 183-202, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MCNEESE, Tim. *Plessy v. Ferguson – Separate but Equal*. New York: Chelsea House, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, 1981.

MENDES, Conrad Hubner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

_____. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Onze ilhas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 1º fev. 2010. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bsenavr>>. Acesso em: 2 maio 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999a.

_____. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999b.

_____. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. *Repertório IOB de jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, São Paulo, n. 14, p. 361-372, 2000.

MICHELMAN, Frank I. Foreword: on protectioning the poor through the fourteenth amendment. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 83, n. 1, p. 7-59, nov. 1969.

_____. Welfare rights in a constitutional democracy. *Washington University Law quarterly*, Saint Louis, n. 3, p. 659-693, 1979.

MILGRAM, Stanley. *Obediência à autoridade: uma visão experimental*. São Paulo: Francisco Alves, 1983.

MILL, John Stuart. *On liberty*. Kitchener: Batoche Books, 2001.

_____. *The subject of woman*. Londres: Longmans, Green, Reader, and Dyer, 1869.

_____. *Utilitarianism and on liberty: including Mill's Essay on Bentham' and selections from the writings of Jeremy Bentham and John Austin*. 2. ed. Malden: Blackwell Publishing, 2003.

_____. *Utilitarismo*. Tradução de F. J. Azevedo Gonçalves. Lisboa: Gradiva, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. *Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional como democracia*. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

_____. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MULLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Ingo. *Los juristas del horror: la justicia de Hitler, el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Bogotá: Álvaro Nora, 2009.

MURCHO, Desidério (Org.). *Viver para quê? Ensaio sobre o sentido da vida*. Lisboa: Dinalivro, 2009.

_____. *O papel da lógica na filosofia*. Lisboa: Plátano Edições Técnicas, 2003.

_____. *Pensar outra vez: filosofia, valor e verdade*. Apartado: Quasi, 2006.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2007.

NAGEL, Thomas. *A última palavra*. Tradução de Desidério Murcho. Lisboa: Gradiva, 1999.

_____. *The view from nowhere*. New York: Oxford, 1986.

NATIONAL COALITION FOR GAY AND LESBIAN EQUALITY AND OTHERS V MINISTER OF HOME AFFAIRS AND OTHERS (CCT 10/99). *Constitutional Court of South Africa*, Braamfontein. Disponível em: <<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/hyperion-image/S-CCT10-99>>. Acesso em: 10 out. 2009.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 4, out./dez. 2005. Disponível em: <<http://tinyurl.com/d3tjd77>>. Acesso em: 21 maio 2010.

_____. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferencial paradoxal do sistema jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. *Além do bem e do mal ou prelúdio de uma filosofia do futuro*. Curitiba: Hemus, 2001.

NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 2003.

NOGUEIRA ALCALA, Humberto. Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales. *Ius et Praxis*, Talca, v. 11, n. 2, p. 15-64, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não-expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

_____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.

NOZICK, Robert. *Anarchy, state and utopia*. Oxford: Blackwell, 1999.

NUSSBAUM, Martha. *Poetic justice: the literary imagination and public life*. Massachusetts: Beacon Press, 1995.

_____. *The frontiers of justice: disability, nationality, species membership*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

ODERBERG, David S. *Teoria moral: uma abordagem não-consequencialista*. Parede: Princípios, 2009.

OLSEN, Frances. Civil disobedience for social change: constitutional law as facilitative or distracting. *Griffith Law Review*, v.14, n. 2, 2005. Disponível em: <<http://tinyurl.com/6m4qr7x>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

_____. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Revista Doxa – cuadernos de filosofia del derecho*, Alicante, ano 10, n. 14, p. 169-194, 1993.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

_____. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Vergínia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe. *Humboldt-Universität zu Berlin: Walter Hallstein Institute for European constitutional law, Berlin, Paper 7/04*, mar. 2004. Disponível em: <<http://tinyurl.com/b85qlkw>>. Acesso em: 2 maio 2012.

PERNICE, Ingolf. The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action. *Columbia Journal of European Law*, v. 15, n. 3, p. 349-407, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1326114>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. Multilevel constitutionalism in European union. *European Law Review*, n. 27, p. 511-529, 2002. Disponível em: <<http://tinyurl.com/c9ke6ge>>. Acesso em: 21 maio 2010.

PERRY, Michael J. *Constitutional rights, moral controversy and supreme court*. Cambridge University Press: New York, 2009.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Porto: Universidade Lusíada, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

_____. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 233-262.

_____. *Proteção judicial contra omissões legislativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

PISARELLO, Gerardo. Del estado social legislativo al estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. *Isonomia: revista de teoría y filosofía del derecho*, Madrid, n. 15, p. 81-107, out. 2001.

_____. Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático. *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, n. 92, 1998.

- POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1998. v. 1.
- _____. *Conjecturas e refutações*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Em busca de um mundo melhor*. 3. ed. Lisboa: Fragmentos, 1992.
- _____. *O conhecimento e o problema corpo-mente*. Tradução de Joaquim Alberto Ferreira Gomes. Lisboa: 70, 2009.
- _____. *The myth of framework: in defense of science and rationality*. London: Routledge, 1993.
- POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard Press, 2008.
- _____. *Overcoming law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- _____. *The problematics of moral and legal theory*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.
- _____. *The problems of jurisprudence*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.
- POSTEMA, Gerald. *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence: legal philosophy in the twentieth century: the common law world*. New York: Springer, 2011. v. 11.
- PORTUGAL. *Instituto de gestão financeira e equipamentos da justiça: bases jurídico-documentais*. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>. Acesso em: 10 jan. 2012.
- _____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 351/2005*. Disponível em: <<http://tinyurl.com/afh2xb4>>. Acesso em: 2 maio 2012.
- PRECHT, Richard David. *Quem sou eu? E, se sou, quantos sou?*. Tradução de Claudia Abeling. São Paulo: Ediouro, 2009.
- QUEIROZ, Cristina Maria Machado. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- RABELAIS, François. *Gargântua e Pantagruel*. Tradução de David Jardim Júnior. Belo Horizonte: Itatiaia, 2003.
- RACHELS, James. *The elements of moral philosophy*. 4. ed. Boston: McGrawHill, 2003.
- _____. *Elementos de filosofia moral*. Lisboa: Gradiva, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

RAMÍREZ, Sergio García. Protección jurisdiccional internacional de los derechos, económicos, sociales e culturales. *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, Mexico, n. 9, 2003.

RAWLS, John; HERMAN, Barbara (Ed.). *Lectures on the history of moral philosophy*. Cambridge, Massachusetts and London: Harvard University Press, 2000.

RAWLS, John; FREEMAN, Samuel (Ed.). *Lectures on the history of political philosophy*. Editado por. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Original Edition. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

_____. *Political liberalism*. New York: Columbia University Press, 1993.

_____. *O liberalismo político*. Tradução de Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RAY, Laura. America meets the justices: explaining the supreme court to the general reader. *Tennessee Law Review*, Knoxville, v. 72, n. 2, p. 573-612, 2005. Disponível em: <<http://tinyurl.com/n897dt7>>. Acesso em: 10 out. 2009.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

_____. The argument from justice, or how not to reply to legal positivism. In: PAVLAKOS, George (Ed.). *Law, rights and discourse: the legal philosophy of Robert Alexy*. Oxford: Hart, 2007. p. 17-36. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=999873>>. Acesso em: 21 maio 2010.

_____. *The authority of law: essays on law and morality*. New York: Oxford University Press, 1979.

_____. *The concept of a legal system: an introduction to the theory of legal system*. 2. ed. New York: Oxford University Press, 1980.

_____. The problem about the nature of law. In: _____. *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Revised Edition. New York: Oxford University Press, 1994.

RIDLEY, Matt. *As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade*. Rio de Janeiro: Record, 2000.

RIGAUX, François. *A lei dos juízes*. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. *Liberdades públicas*. Tradução de Maria Ermanita de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ROBLES, Gregório. *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual*. São Paulo: Manole, 2005.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da; BARBOSA, Regina Maria (Org.). *Aborto no Brasil e países do cone sul: panorama da situação e dos estudos acadêmicos*. São Paulo: Unicamp, 2009.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal: 1930-1963*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. t. 4.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal: defesa das liberdades civis – 1891-1898*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991c. t. 1.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal: 1809-1910*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991b. t. 2.

_____. *História do Supremo Tribunal Federal: 1910-1926*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991a. t. 3.

RORTY, Richard. Justice as a larger loyalty. *Ethical Perspectives*, Leuven, v. 4, n. 2, p. 139-151, out. 1997. Disponível em: <<http://tinyurl.com/kmcgqck>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edison Bini. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Du contrat social ou principes du droit politique* (1762). Amsterdã: Metalibri, 2008.

SAHA, Arpita. Judicial activism in India: a necessary evil. *Social Sciences Research Network*, Rochester, 8 jul. 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1156979>>. Acesso em: 2 maio 2012.

SANCHÉZ, Jesús-María Silva. La injerencia de las leyes: problemas de la juridificación de las relaciones sociales. *Revista Panóptica*, p. 16-29, v. 3, n. 1, maio/jun. 2008. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bzz6tqf>>. Acesso em: 10 out. 2009.

SANDEL, Michael. *Justice: what's the right thing to do?* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.

_____. *O liberalismo e os limites da justiça*. Tradução de Carlos de Pacheco do Amaral. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos humanos: o desafio da interculturalidade. *Revista Direitos Humanos*, Brasília, n. 2, p. 10-18, jun. 2009.

_____. *Conhecimento prudente para uma vida decente: um discurso sobre as ciências revisitado*. Porto: Afrontamento, 2003.

_____. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, para um novo senso comum*. Porto: Afrontamento, 2000.

_____. As tensões da modernidade. *Enciclopédia Digital de Direitos Humanos*, Natal, 2002. Disponível em: <<http://tinyurl.com/benpex4>>. Acesso em: 10 out. 2009.

_____. Para uma concepção intercultural dos direitos humanos. In: _____. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. Porto: Edições Afrontamento, 2006. p. 401-435.

_____. *Toward a new legal common sense: law, globalization, and emancipation*. Londres: Butterworths, 2002.

_____. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Trota/Isla, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone da ciência: a diversidade epistemológica do mundo. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Semear outras soluções*. Porto: Afrontamento, 2004. p. 23-101.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade*: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Direitos fundamentais sociais*: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Interesse público*, São Paulo, n. 12, p. 91-107, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SARTINI, Brígida Alexandre et al. *Uma introdução à teoria dos jogos*. Bahia: Universidade da Bahia, 2004.

SCALIA, Antonie. Dissenting. *Legal Information Institute*: Lawrence v. Texas, 539 U.S. 558, Ithaca, 2003. Disponível em: <<http://tinyurl.com/nhxhms>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

SCANLON, Thomas. *The difficulty of tolerance*: essays in political philosophy. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

_____. *What we owe to each other*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

SCHAPP, Jan. *Problemas da metodologia jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional interpretation after regimes of horror. *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, Philadelphia, n. 1-5, p. 1-30, maio 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional*: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SCHLAG, Pierre. Law as the continuation of god by other means. *California Law Review*, Berkeley, v. 85, p. 427-440, 1997.

SCHMITT, Carl. *Guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Sobre o fundamento da moral*. Tradução de Maria Lúcia Cacciola. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

SCHWAB, Jürgen; MARTINS, Leonardo (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e ditaduras: uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (Org.). *História do direito em perspectiva: do antigo regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 415-432.

SEN, Amartya. Democracy as a universal value. *Journal of Democracy*, Washington, v. 10, n. 3, p. 3-17, jul. 1999. Disponível em: <<http://tinyurl.com/oydc6vy>>. Acesso em: 2 maio 2012.

_____. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. Development as capability expansion. *Journal of development planning*, New York, n. 19, p. 41-58, 1989.

_____. Development as capability expansion. In: FUKUDA-PARR, Sakiko; KUMAR, A. K. Shiva. *Readings in human development*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 3-16.

_____. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

_____. *The idea of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SHAPIRO, Ian. *Os fundamentos morais da política*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SHAUER, Frederick. Necessity, importance, and the nature of law. *University of Virginia Public Law and Legal Theory Research*, Charlottesville, n. 2010-19, abr. 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1594930>>. Acesso em: 10 out. 2009.

SIDGWICK, Henry. *The methods of ethics*. 4. ed. London: Macmillan, 1890.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

_____. *A constitucionalização do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 23-50, 2002.

SIMMONDS, Nigel. *Law as a moral idea*. New York: Oxford University Press, 2007.

SINGER, Peter. *Libertação animal*. Tradução de Marly Winckler e Marcello Cipola. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Practical ethics*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 1999.

_____. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Escritos sobre uma vida ética*. Tradução de Pedro Galvão, Maria Teresa Castanheira e Diogo Fernandes. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

_____. *The expanding circle: ethics and sociobiology*. Oxford: The Clarendon Press, 1981.

_____. *Um só mundo: a ética da globalização*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

SMART, J.J.C.; WILLIAMS, Bernard. *Utilitarianism: for and against*. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.

SMITH, Adam. *Teoria dos sentimentos morais*. Tradução de Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SÓFOCLES. *Antígona*. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Direito como liberdade: o “direito achado na rua”, experiências populares emancipatórias de criação do direito*. 2008. 338 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SOWELL, Thomas. *Judicial activism reconsidered*. Stanford: Stanford University, 1989.

STONE, Christopher D. *Should trees have standing?: law, morality, and the environment*. 3. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

STRAUSS, Leo. *Direito natural e história*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa: 70, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 169-214.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. A “estória” da Katchanga Real. *Portal jurídico*. Disponível em: <<http://tinyurl.com/cpnvre2>>. Acesso em: 21 maio 2010.

_____. A tomada de poder pelos estagiários e o novo regime. *Consultor Jurídico – Conjur*, São Paulo, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://tinyurl.com/89tx75c>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

STRECK, Lênio Luiz; OLIVEIRA, Rafael Tomas de; BARRETO, Vicente de Paulo. 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*, v. 1, n. 2, p. 75-83, 2009.

SUNSTEIN, Cass Robert. *Designing democracy: what constitutions do*. New York: Oxford University Press, 2001.

_____. Social and economic rights? Lessons from South Africa. *University of Chicago Public Law and Legal Theory Working*, Chicago, n. 12, 2001.

_____. *The second bill of rights: FDR's revolution and why we need it more than ever*. New York: Basic Books, 2004.

TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide: the role of politics in judging*. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

_____. Law. St. *John's Legal Studies Research Paper n. 08-0095*, Queens, jan. 2008. Disponível em: <<http://tinyurl.com/myc5arj>>. Acesso em: 2 maio 2012.

TAYLOR, Charles e outros. *Multiculturalismo: examinando a política de reconhecimento*. Lisboa: Piaget, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Democracy in America* (1835). Tradução de Henry Reeve. Pennsylvania: The Pennsylvania State University, 2002. v. 1/2.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: _____ (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2001. p. 243-342.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de direito administrativo*, São Paulo, n. 177, p. 29-49, 1989.

TOULMIN, Stephen E. *Os usos do argumento*. Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TRIBE, Laurence; DORF, Michel. *On reading the Constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

TRIBE, Laurence. *Abortion: the clash of absolutes*. New York: Norton, 1992.

TUGENDHAT, Ernest. *Lições sobre ética*. Petrópolis: Vozes, 2003.

TUSHNET, Mark. *Taking Constitution away from the courts*. New Jersey: Princeton University Press, 1999.

VALE, Osvaldo Trigueiro do. *O Supremo Tribunal Federal e a instabilidade político-institucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1976.

VASAK, Karel (Ed.). *The international dimensions of human rights*. Paris: Unesco, 1979.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VERUGGIO, Gianmarco; OPERTO, Fiorella. Roboethics: a bottom-up interdisciplinary discourse in the field of applied ethics in robotics. *International*

Review of Information Ethics, v. 6, p. 2-8, dez. 2006. Disponível em: <<http://tinyurl.com/ou32k6r>>. Acesso em:

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIDAL, Jânio Nunes. *Elementos da teoria constitucional contemporânea: estudos sobre as constantes tensões entre política e jurisdição*. Salvador: Juspodivm, 2009.

VIEHWEG, Theodor; HUGHES, Graham (Ed.). *Law, reason and justice: essays in legal philosophy*. Londres: University of London Press, 1969.

_____. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Junior. Brasília: UnB, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, jul./dez. 2008.

VILLEY, Michel. *Filosofia do direito: definições e fins do direito – os meios do direito*. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O direito e os direitos humanos*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

WALDRON, Jeremy. How law protects dignity. *New York University School Of Law: public law & legal theory research paper series working papers*, New York, n. 11-83, New York, 2011. Disponível em: <<http://tinyurl.com/cnv6kh2>>. Acesso em: 21 maio 2010.

_____. Judges as moral reasoners. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 7, n. 1, p. 2-24, 2009a.

_____. Law, dignity and self-control. *The Tanner lectures on human values*: University of California, Berkeley, 2009c. Disponível em: <<http://tinyurl.com/dxqfk85>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

_____. Refining the question about judges' moral capacity. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, v. 7, n. 1, p. 69-82, 2009b.

_____. The core case against judicial review. *The Yale Law Journal*, New Haven, 115, 2006.

_____. *The dignity of legislation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

WALUCHOW, Wilfrid J. *Inclusive legal positivism*. New York: Oxford University Press, 1996.

WALZER, Michael. *Spheres of Justice: a defense of pluralism and equality*. New York: Basic Books, 1983.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. *Harvard Law Review*, Cambridge, n. 73, p. 1-34, 1959.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

WILLIAMS, Bernard. *Morality: an introduction to ethics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993

_____. *Moral: uma introdução à ética*. Tradução de Remo Mannarino Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Conferencia sobre ética. *Escuela de Filosofia Universidad ARCIS*, Santiago. Disponível em: <<http://tinyurl.com/bwr6opu>>. Acesso em: 2 maio 2012.

_____. *Tratado lógico-filosófico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.



**PUBLICAÇÕES
DO CEJ**



ISBN 978-858296024-0



9 788582 960240