

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

CESAR MARCIÓ

O ESTADO DE DIREITO E A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL
COMO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

SÃO LEOPOLDO

2013

Cesar Marció

O ESTADO DE DIREITO E A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL
COMO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro

SÃO LEOPOLDO

2013

M319e

Marció, Cesar

O Estado de direito e a democracia constitucional como limites à discricionariedade judicial / por Cesar Marció. -- 2013.

188 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientador: Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro.

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalismo. 3. Democracia. 4. Hermenêutica jurídica. 5. Ativismo judicial. I. Título. II. Rocha, Leonel Severo.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: "O Estado de Direito e a Democracia Constitucional como Limites à Discricionariedade Judicial", elaborado pelo mestrando Cesar Marció, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 27 de agosto de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

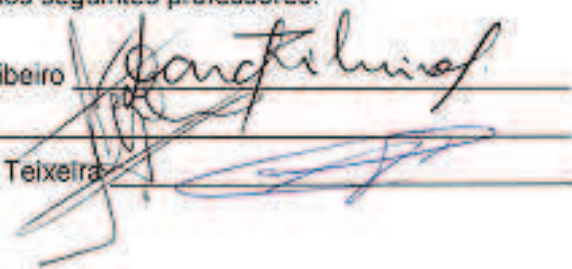
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Darci Guimarães Ribeiro

Membro: Dr. Sérgio Gilberto Porto

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



“Assim se dá com as coisas do Estado: conhecendo-se os males com antecedência, o que não é dado senão aos homens prudentes, rapidamente são curados: mas, quando por se terem ignorado, se têm deixado aumentar, a ponto de serem conhecidos de todos, não haverá mais remédio àqueles males.”
(MAQUIAVEL, 2011, p. 21)

RESUMO

A Teoria Geral do Estado, a Ciência Política e a Filosofia Jurídica (estudando a estruturação política e jurídica do Estado Moderno), propiciam o conhecimento da história evolutiva do Direito. A positivação do direito (razão humana em detrimento da fé – início da autonomia do direito) ensejou a sua codificação (vontade do legislador pautado na razão humana) e posterior ordenamento (ciência do direito – direito separado da moral). Esta estrutura fomentou o nascimento do positivismo jurídico, filosofia de pensamento que (nesta fase) considera direito apenas o que é emanado do poder competente (autoridade/imperatividade). Como pretensa solução (deste direito avalorativo – positivismo normativo), retorna o ideário da criação jurisprudencial do direito (juízes legisladores) conhecido na Alemanha como movimento do Direito Livre e jurisprudência dos interesses/valores (e na América do Norte como Realismo Jurídico), procedimento que, para muitos, teria acarretado as atrocidades perpetradas pelos regimes totalitários/autoritários (nazi-facismo). Passada essa fase, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (pós- Segunda Guerra), nasce uma nova estrutura jurídica. Agora a Constituição (de Carta Política à Força Normativa) passa a configurar (em seu bojo) a materialização das conquistas históricas da humanidade (Direitos Humanos), propiciando o nascedouro dos “famigerados” Direitos Fundamentais. Esse sistema (normas jurídicas como regras e princípios), em um Estado de Direito fundamentado por uma Democracia Constitucional, passa a ser um importante limite a todo e qualquer poder (Legislativo, Executivo e Judiciário). Trata-se de um direito que, perpassando a fase de estruturação normativa, preocupa-se com a sua concretização, tendo como grande celeuma (que permeia o imaginário dos filósofos contemporâneos) os limites dos poderes quando da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado. Para tanto, objetivando superar o período dos positivismos jurídicos (mera formalidade em detrimento da substancialidade e/ou direito destinado aos juristas que apostam na discricionariedade), surge a corrente jusconstitucionalista (constitucionalismo contemporâneo) que, com fulcro na hermenêutica constitucional, tem como mote a necessidade de concretização dos direitos fundamentais, o que faz apostando na democracia constitucional como um importante marco não só para a concessão de liberdades como, principalmente, para a criação de limites aos poderes constituídos, em especial o judiciário. Nessa linha são as teorias professadas pelos substancialistas que propugnam (discricionariedade limitada/antidiscricionariedade) limites ao judiciário quando da concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, o que é feito

objetivando evitar arbitrariedades que possam levar às atrocidades vividas no período das jurisprudências. Como corrente “contrária” tem-se a teoria dos processualistas que, apostando no ativismo judicial, compreendem que o principal palco para o exercício democrático (democracia participativa – perpassando a cidadania eleitoral) é o poder judiciário que (legitimado pelo processo) deve ser discricionário, o que não significa ser arbitrário. É nesse contexto que surge a celeuma quanto à função jurisdicional: razão política e/ou razão jurídica? Existe uma teoria da decisão judicial que se coadune como o Estado de Direito fruto de uma democracia constitucional constituída por direitos fundamentais?

Palavras-Chave: Constitucionalismo. Democracia. Hermenêutica. Ativismo Judicial.

ABSTRACT

The General Theory of State, Political Science and Legal Philosophy (responsible for political and legal structure of the Modern State), provide knowledge of the evolutionary history of the law. The positiveness of law (human reason of faith - beginning of the autonomy law) led to its encoding (legislature's intention grounded in human reason) and subsequent planning (science of law – right separated from moral). This structure has fostered the birth of legal positivism, philosophy of thought that (at this stage) considers law only what is emanating from the power authority (authority / imperiously). As alleged solution (from this evaluative law - exegetical and legal positivism), the ideas of creation of jurisprudential law (legislators judges) known in Germany as Free Law movement and interests / values jurisprudence (and in North America as Legal Realism) , a procedure that, for many, would have given rise to the atrocities perpetrated by the totalitarian / authoritarian regime (nazi-fascism). Past this stage, with the Declaration Universal of the Rights of Man of 1948 (post-WWII), comes a new legal structure. Now the Constitution (Force Policy Letter Ruling) proceeds to set (within it) the materialization of the historical achievements of mankind (Human Rights), providing the birthplace of the "notorious" Fundamental Rights. This system (legal rules as principles and rules), in Rule of Law grounded by a Constitutional Democracy, turns to be an important limit to any power (legislative, executive and judiciary). It is a law traversing the stage of structuring rules, concerned with its implementation, having as great stir (which permeates the imagery of contemporary philosophers) the limits of the powers of the Trusteeship Delivery Jurisdictional State. Therefore, in order to overcome the period of legal positivism (a formality at the expense of substantiality and / or law designated to lawyers who bet on discretion), emerge the constitutional jus flow (contemporary constitutionalism) that with the fulcrum of constitutional hermeneutics, has as motto the need for realization of fundamental rights, which makes investing in constitutional democracy as an important milestone not only for granting such freedoms, especially for setting limits to the constituted powers, especially the judiciary. This line are the theories professed by substantialists that advocated (limited discretion / anti discretion) limits the judiciary upon completion of the constitutionally guaranteed rights, which is done in order to avoid arbitrariness that can lead to atrocities experienced during the jurisprudence of interests / values. As current counter has been the theory of procedural experts that betting on judicial activism, comprise the main stage for the

democratic exercise (participatory democracy – pervading electoral citizenship) is the judiciary power that (legitimized by the process) should be discretionary, which does not mean being arbitrary. Is it, in this context that the fuss about the judicial role, a political reason and / or legal reason? Is There a theory of judicial decision that befits Rule of Law as the result of a constitutional democracy comprising fundamental rights?

Keywords: Constitutionalism. Democracy. Hermeneutics. Judicial Discretion.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO | 10 |
| 2 ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA | 15 |
| 2.1 Modelos de Estado e suas Peculiaridades..... | 20 |
| 2.2 Constitucionalismo Contemporâneo e Estado Democrático de Direito | 24 |
| 2.3 Democracia..... | 28 |
| 2.3.1 Democracia Antiga | 28 |
| 2.3.2 Democracia Liberal | 31 |
| 2.3.3 Democracia Social..... | 36 |
| 2.3.4 Democracia Constitucional..... | 38 |
| 3 FILOSOFIA DO/NO DIREITO..... | 47 |
| 3.1 Período do Jusnaturalismo..... | 52 |
| 3.1.1 Direito como Razão Humana | 53 |
| 3.1.2 O Direito Positivado | 65 |
| 3.1.2.1 A Escola Histórica e o Direito..... | 66 |
| 3.1.2.2 Codificação | 71 |
| 3.2 Período do Juspositivismo | 77 |
| 3.2.1 O Positivismo Jurídico | 78 |
| 3.2.1.1 Positivismo Exegético | 80 |
| 3.2.1.2 Positivismo Normativo | 83 |
| 3.3 Período das Jurisprudências | 87 |
| 3.3.1 Jurisprudência dos Conceitos | 89 |
| 3.3.2 Movimento do Direito Livre e Jurisprudência dos Interesses/Valores..... | 93 |
| 4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROTAGONISMO JUDICIAL | 99 |
| 4.1 Constitucionalismo Jurídico | 102 |
| 4.1.1 Constitucionalização dos Direitos Fundamentais..... | 106 |
| 4.1.1.1 Direitos Fundamentais e o Jusconstitucionalismo..... | 109 |
| 4.1.1.2 Direitos Fundamentais e o Constitucionalismo Contemporâneo | 115 |
| 4.2 Teoria da Decisão | 119 |
| 4.2.1 Concepção do Jusconstitucionalismo | 121 |
| 4.2.1.1 Discricionariedade Limitada..... | 122 |

| | |
|--|------------|
| 4.2.2 Concepção do Constitucionalismo Contemporâneo..... | 125 |
| 4.2.2.1 Antidiscricionarietà..... | 129 |
| 4.2.3 Concepção do Jusliberismo | 136 |
| 4.2.3.1 Ativismo Judicial..... | 146 |
| 4.3 Considerações Finais/Teoria da Decisão..... | 159 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 175 |
| REFERÊNCIAS | 183 |

1 INTRODUÇÃO

O surgimento da figura do Estado modificou o status de sobrevivência para o de convivência. Este ente fictício, que passa a ser o responsável pela confecção das normas e, em especial, pela sua imposição coercitiva, é composto pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Esses três poderes, de forma harmônica e independente, são os responsáveis pela convivência social, visando manter a organização e a paz sociais. Neste contexto, historicamente (dependendo da época, local e cultura) o relacionamento humano regrado era apresentado como algo natural ou como fruto de um contrato social¹.

Esta última corrente (contratualista), materializada no Estado Moderno (inicialmente) na figura do Leviatã (Hobbes), trata de um Estado Soberano que, não estando atrelado às leis que confecciona, é responsável pela transformação do indivíduo (sujeito de deveres/súdito). Na sequência evolutiva do Estado de Direito (com Locke), o sujeito de deveres transforma-se em sujeito/indivíduo de direitos² (hedonismo). Neste modelo (Liberal), que substitui o Absolutismo, o Estado (reconhecendo liberdades negativas) passa a assegurar direitos em benefício da comunidade burguesa (parlamento burguês), o que resta configurado pela emancipação da sociedade civil (responsável pela reivindicação/existência de um Estado mínimo – não intervencionista – fato este que, aos poucos, propicia o nascedouro da constitucionalização dos direitos).

Nesta conjuntura, desde o seu nascedouro, a grande batalha do constitucionalismo³ (transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal, e deste para o Estado Social que desembocará no **Estado Constitucional de Direito**) está atrelada ao poder⁴ (concessão e

¹ ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007, p 56.

² “Isto significa que na origem do Estado moderno, que nasce do contrato social, e portanto da livre vontade dos indivíduos, está a ideia não de que o indivíduo é o produto da sociedade, mas sim de que a sociedade é o produto do indivíduo. E portanto a sociedade deve ser construída de modo que seja benéfica para o indivíduo e não maléfica.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p . 423)

³ “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51)

⁴ “Poder constituinte se revela sempre como uma questão de ‘poder’, ‘de força’ ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma constituição entendida como lei fundamental da comunidade política. [...] Hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo, na atualidade, se entende como uma grandeza pluralística, formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadoras de interesses, ideais,

limites), terminologias que devem ser estudadas para que, compreendidas, possam fundamentar os posicionamentos jurídicos relativos à temática em questão.

Assim, as principais discussões quanto ao tema que se propõe no presente estudo estarão voltadas à configuração (fundamento) desse poder (legitimidade) e, à necessidade ou não, de sua divisão e limites. Outro fato importante a ser analisado refere-se à influência desta temática no que tange a liberdade e a segurança, bem como o que elas significam para cada modelo estatal proposto. Para tanto, resta premente a compreensão dos princípios (Constituição equilibrada, soberania das leis e separação de poderes)⁵ e funções (garantia dos direitos dos cidadãos, limitação do poder estatal e exercício político e de liberdades) do constitucionalismo contemporâneo, fruto de um processo de racionalização da vida política e social ligada, inicialmente, a algumas correntes contratualistas e a ideia de liberalismo⁶.

Trata-se de um novo modelo estrutural de poder que, baseado no princípio da legalidade (legitimidade), acarretou mudanças no seu modo de exercício garantindo aos cidadãos, liberdades políticas⁷, sociais e civis, fatores que propiciaram o desenvolvimento das personalidades individuais. Assim, com a modernidade surgem o Estado, o Direito e as instituições. Superados o Absolutismo e o Liberalismo, nasce o Estado Providência ou Estado Social que, segundo Streck, sequer teria sido vivenciado no Brasil (modernidade tardia⁸).

crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 65-66)

⁵ “Los debates [...] constitucionales de la Edad Moderna se pueden reconducir a tres grandes principios que de vez en cuando tendrán soluciones jurídicas distintas y que se mezclaran entre ellos de distintas maneras: el de la constitución equilibrada (checks and balances), que es una reinterpretación del ideal clásico del Estado mixto; el de la soberanía, de las leyes, que es una herencia de la Edad Media; y, finalmente, el de la separación de poderes, que es típico de la Edad Contemporánea que comienza con las Revoluciones Americana y Francesa.” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998, p. 27)

⁶ “Com a emancipação da sociedade civil-burguesa, no sentido marxiano, ou da sociedade industrial, no sentido Saint-simoniano, do Estado, inverte-se a relação entre instituições políticas e sociedade. Pouco a pouco a sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como o aparato coativo com o qual um setor da sociedade exerce o poder sobre o outro, é degradado a parte.” (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p. 61)

⁷ “Tendo presente os dois caracteres fundamentais relevados por Tocqueville na democracia americana, o princípio da soberania do povo e o fenômeno da associação, o Estado representativo (o qual viera pouco a pouco se consolidando na Inglaterra e da Inglaterra difundindo-se através do movimento constitucional dos primeiros decênios do século XIX, na maior parte dos Estados europeus) conhece um processo de democratização ao longo de duas linhas: o alargamento do direito de voto até o sufrágio universal masculino e feminino, e o desenvolvimento do associativismo político até a formação dos partidos políticos de massa e o reconhecimento de sua função pública.” (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p. 153)

⁸ “No Brasil a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade*... Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram. E, já que tais promessas não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo) liberal.” (STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25, grifo do autor)

Assim, com a passagem de um Estado Social (inexistente) direto para o Estado Democrático de Direito, a atividade judicial ficou resumida à aplicação da lei (feita por uma instituição tida como neutra, imparcial e objetiva – paradigma do sujeito/objeto) em que o intérprete (utilizando-se da discricionariedade) seria um mero técnico do direito (operador jurídico), situação esta fruto de um positivismo jurídico que aumenta, cada vez mais, a discrepância existente entre a constituição real e a formal⁹.

Diante deste contexto Touraine¹⁰, estudando as transformações sociais, apresenta os sujeitos pessoais e movimentos culturais (coletividade lutando contra as formas de vida social que tendem a destruí-la) como foco principal dos mecanismos que objetivam diminuir o distanciamento entre o Direito e a sociedade (não mais apenas os atores e movimentos sociais). É um novo paradigma para o problema (fruto da incapacidade da dogmática jurídica lidar com a realidade social) apontado por Lenio Luiz Streck ao alertar sobre um Brasil (praticamente) hobbesiano¹¹.

Essa nova leitura é o movimento de libertação pelo qual os dominados, rejeitando sua submissão e conscientes de sua subjetividade, afirmam-se como sujeitos (coletividade) de direito. Segundo Touraine¹² a decomposição dessa sociedade (que não tem outro fundamento senão o social) “atinge suas formas extremas quando o elo entre o sistema e o ator se rompe, quando o sentido de uma norma para o sistema não corresponde mais ao sentido que ela tem para o ator.” Nesse momento a justiça passa a ser o que convém aos poderes constituídos (como bem lembra Sócrates¹³), razão pela qual resta necessário indagar/compreender quais seriam os limites a serem configurados/estabelecidos.

No caso do Brasil, a defesa de um suposto “interesse social” pela efetividade dos direitos assegurados constitucionalmente e pela celeridade processual tem originado discussões quanto ao alargamento das funções do poder judiciário (discricionariedade). Destarte, procurando compreender o ordenamento jurídico válido (validade formal ou

⁹ Sobre este tema ver artigo de STRECK, Lenio. Patogênese do protagonismo judicial em *Terrae Brasilis* ou de como “sentença não vem de *sentire*”. In: _____; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 150.

¹⁰ Neste sentido, consultar a obra de TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 168)

¹¹ “Daí a existência no Brasil de duas espécies de pessoas: o subreintegrado ou sobrecidadão, que dispõe do sistema, mas, a ele não se subordina, e o subintegrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso.” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 29)

¹² TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007, p. 77.

¹³ “Aqui tens, meu excelente amigo, aquilo que eu quero dizer, ao afirmar que há um só modelo de justiça em todos os Estados, o que convém aos poderes constituídos.” (PLATÃO. **A república**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 25).

substancial?), é necessário indagar se o sentido e o objetivo dos efeitos decisórios que se pretende são os mesmos para o sistema e para o ator (coletivo¹⁴) ou se essa pretensão apenas convém aos poderes constituídos. Com fulcro no Estado Democrático de Direito¹⁵ brasileiro, resta importante questionar se expedientes dessa natureza (alargamento das funções do poder judiciário, reconhecendo-lhe um poder discricionário) não estariam maculando os fundamentos da democracia constitucional¹⁶, garantida (supostamente) pela necessidade de concretização constitucional¹⁷? Possui o Poder Judiciário legitimidade¹⁸/poder constituinte¹⁹?

Salvo melhor juízo, os titulares do poder constituinte²⁰ devem ser respeitados. Para tanto, resta necessária (premente) a valorização dos direitos e procedimentos assegurados pela Constituição, muitas vezes esquecidos em virtude de “interesses sociais” (mecanismos de proteção do Estado – Juiz Soberano). Assim, objetivando compreender os limites

¹⁴ “Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democratização da direção política, o que ocorreu com a instituição dos parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade.” (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p. 156)

¹⁵ “Ainda, de acordo com Ferrajoli, o projeto *garantista* leva a uma redefinição do conceito de democracia – diferenciada formal e substancialmente – e também à fusão de que democracia substancial com Estado de Direito. Assim, visto como um conjunto formado pela soma de garantias liberais mais as garantias sociais, o Estado de direito pode ser configurado *como um sistema de meta-regras com respeito às próprias regras da democracia política*. Isto é, a regra da democracia política, segundo a qual se deve decidir por maioria indireta ou direta dos cidadãos, fica subordinada ao Estado de Direito.” (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Revista Sequência**, n. 53, p. 159)

¹⁶ “O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por **constituição moderna** entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52, grifo do autor)

¹⁷ “A constituição é a declaração da vontade política de um povo, é um ato de soberania, um ato constituinte.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2 ed., São Paulo, Saraiva, 1984, p. 22 e BEAUD, Oliver. **La Puissance de l'État**. Paris, PUF, 1994, p. 203-207 e p. 245-262 apud BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 14)

¹⁸ “Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida com contraposta a todas as outras formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.” (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed.. São Paulo: Paz e Terra. 2000, p. 30)

¹⁹ “Há, portanto, uma diferença *de princípio* entre legislação e jurisdição (Dworkin). O “dizer em concreto” significa a não submissão dos destinatários – os cidadãos - a conceitos abstratizados. A Suprema Corte não legisla.” (STRECK; Lenio. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> , p. 22)

²⁰ “O soberano acima da constituição é o titular do poder de fazer e de desfazer as constituições, ou seja, o titular do poder constituinte, o povo [...] Os demais poderes não são soberanos no Estado constitucional. São todos poderes constituídos, magistrados constitucionais submetidos à constituição. Haverá usurpação de soberania se um dos poderes constituídos se arrojar poder constituinte.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 25)

constitucionais inerentes aos poderes constituídos (limites ao poder discricionário²¹), o estudo abordará a evolução constitucional e, em especial, as contribuições da Democracia no Constitucionalismo Contemporâneo. Para tanto, o presente trabalho, abordando temáticas importantíssimas (Constitucionalismo Contemporâneo, Democracia Constitucional, Jusnaturalismo, Juspositivismo e Jusconstitucionalismo) buscará, analisando as matrizes teóricas que fundamentam a existência e/ou extensão dos limites constitucionais em relação aos poderes constituídos, compreender se existe uma teoria da decisão judicial que se coadune como o Estado de Direito fruto de uma democracia constitucional constituída por direitos fundamentais.

Diante do exposto, a discussão proposta (preocupada com os efeitos das decisões judiciais) apresenta como foco principal a legitimidade dos poderes constituídos, em especial do atual protagonismo do Poder Judiciário, bem como a possibilidade e ou limites de sua discricionariedade, momento em que este termo deverá ser diferenciado de arbitrariedade e ativismo. Com esse intento, o questionamento será realizado com fulcro nos fundamentos do Constitucionalismo Contemporâneo e da Democracia Constitucional baseados em direitos fundamentais.

²¹ Lenio Streck, mencionando Ernane Fidélis Santos (1997), o critica por ter afirmado que “Para assegurar a imparcialidade do juiz, é ele dotado de completa independência, *a ponto de não ficar sujeito, no julgamento, a nenhuma autoridade superior*. No exercício da jurisdição, o juiz é soberano. Não há nada que a ele se sobreponha. Nem a lei ...” STRECK, Lenio Luis. Patogênese do protagonismo judicial em *Terrae Brasilis* ou de como “sentença não vem de *sentire*”. In: _____; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 147- 148, grifo do autor)

2 ESTADO, CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

O presente estudo, objetivando compreender a estrutura que permeia a convivência humana e seus desdobramentos no que tange ao fomento e delimitação dessa nova forma de fundamento do poder (antropocentrismo), necessita iniciar pela formatação desse ente fictício (pessoa artificial) que concebido como Estado Moderno objetiva restringir poderes e conceder liberdades. A dificuldade enfrentada reside no fato de que, para cada momento histórico, político, econômico e social mudam não só detentores do poder como, em especial, as concepções e conceitos de seus limites. Assim, como recorte acadêmico, resta premente esclarecer que o estudo proposto tem como pretensão a análise do Estado Moderno²² no ocidente, em especial no que diz respeito às participações populares para sua formação, razão pela qual deixarão de serem analisados, no decorrer do trabalho, os regimes totalitários/autoritários.

Nesse contexto, resta configurada a importância de conhecer os desdobramentos históricos do Estado, do constitucionalismo e da democracia²³ para que se possam compreender os contextos jurídicos vivenciados na atualidade²⁴. Com esse intento o estudo iniciará, como narrado, com a apresentação (inicial e a título de visão geral) dos conceitos de *Estado de Direito*, de *Democracia* e de *Constitucionalismo* apresentados, respectivamente, por Costa, Dworkin e Matteucci.

²² “A partir dessa leitura dos fatos, o Estado Moderno somente pode vir a ser entendido quando a defesa dos interesses particulares e a independência das potências locais frente aos demais poderes tornou-se pauta central do pensamento político, i.e., quando os primeiros esboços de um nacionalismo foram sentidos na obra de uma autor como Maquiavel.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 11)

²³ “O termo “democracia” não deriva apenas etimologicamente de “povo”. Estados democráticos chamam-se governos “do povo” [“Volks”herrschaften]; eles se justificam afirmando que em última instância o povo estaria “governando” [“herrscht”]. (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides.3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 47, grifo do autor)

²⁴ “Assim se dá com as coisas do Estado: conhecendo-se os males com antecedência, o que não é dado senão aos homens prudentes, rapidamente são curados: mas, quando por se terem ignorado, se têm deixado aumentar, a ponto de serem conhecidos de todos, não haverá mais remédio àqueles males.” (MACHIAVELLI, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier – [Ed. Especial] – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 21)

Em primeira aproximação, os pontos cardeais do Estado de Direito parecem ser os seguintes: o poder político (a soberania, o Estado), o direito (o direito objetivo, as normas), os indivíduos. Mais precisamente, estas três grandezas constituem as condições de possibilidade e de sentido ao Estado de Direito, ao passo que o Estado de Direito como tal se resolve em uma peculiar conexão entre elas: uma conexão entre ‘Estado’ e ‘Direito’ que se revele, em geral, vantajosa para os indivíduos. O Estado de Direito, em suma, se apresenta como um meio para atingir um fim: espera-se que ele indique como intervir (através do “direito”) no “poder” com a finalidade de fortalecer a posição dos sujeitos. O problema do Estado de Direito pode então ser apresentado como um momento do “discurso da cidadania”: se o “discurso da cidadania” assume como próprio objeto a relação que une o indivíduo a uma comunidade política e determina a identidade político-jurídica deste, o Estado de Direito constitui uma das suas possíveis estratégias, visto que a sua razão de ser é precisamente a de influenciar a relação entre Estado e indivíduo, introduzindo, a favor do sujeito, alguma limitação (“jurídica”) do poder soberano.²⁵

O conceito de Estado apresentado por Costa, demonstrando preocupações quanto aos limites do poder soberano e, em especial, quanto às garantias de direitos a serem asseguradas aos cidadãos, enaltece a preocupação com a participação popular na sua constituição, sendo este um tema extremamente importante na discussão proposta pelo presente estudo. Para ratificar esse pensamento exarado pelo autor (no que tange ao conceito de democracia) resta importante conhecer o pensamento de Ronald Dworkin que, a concebendo como um canal de distribuição desse poder fruto de um Estado de Direito, reporta-se a ideia de democracia moderna esclarecendo (quanto ao seu fundamento) que ela “Consiste em oferecer ao povo como um todo tanto poder político quanto seja compatível com a igualdade de tal poder, e a livre expressão é necessária para prover essa igualdade.”²⁶

Assim, em um Estado de Direito em que a democracia aparece como um importante canal de distribuição de poder resta premente conhecer os ditames inerentes ao que passou a ser conhecido como constitucionalismo que, na dimensão garantista apresentada por Nicola Matteucci, aparece idealizada como uma teoria necessária à limitação de poderes e concessão de liberdades²⁷.

Diante do exposto, analisados os conceitos apresentados pelos autores quanto a essas três terminologias que, para o estudo que se propõe, são a chave do conhecimento necessário

²⁵ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 96.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges; [revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira]. 2 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 89.

²⁷ “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51, grifo do autor)

ao debate a ser travado (em especial) no terceiro capítulo, resta evidente (pelos estudos da historicidade do constitucionalismo) que a principal batalha realizada (transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal, deste para o Estado Social que desembocará no Estado Democrático de Direito) durante essa “evolução estatal” (até chegar no modelo de Estado Constitucional) sempre esteve atrelada ao poder (concessão e limites) terminologia que, para facilitar as discussões futuras, deve ser compreendida como força motriz de todo o sistema jurídico moderno. Para tanto, utilizando os pensamentos de Canotilho, o conceito a ser apresentado já resta contextualizado ao momento constitucional (democracia constitucional), sendo esta a base de todo o pensamento desenvolvido no presente estudo, o que é feito objetivando compreender as realidades históricas que propiciaram a atual conjuntura jurídica vivenciada no mundo jurídico ocidental.

O Poder constituinte se revela sempre como uma questão de “poder”, “de força” ou de “autoridade” política que está em condições de, numa determinada situação concreta, criar, garantir ou eliminar uma constituição entendida como lei fundamental da comunidade política [...] Hoje, o titular do poder constituinte só pode ser o povo, e que o povo, na atualidade, se entende como uma grandeza pluralística, formada por indivíduos, associações, grupos, igrejas, comunidades, personalidades, instituições, veiculadoras de interesses, ideais, crenças e valores, plurais, convergentes ou conflitantes²⁸.

Contudo, conforme restará demonstrado no decorrer deste trabalho, nem sempre o povo participou dessa estruturação do poder estatal (Estado Absoluto) na qualidade de cidadãos. Mesmo no nascedouro do chamado Estado Moderno, os denominados súditos renunciavam²⁹ a todos os seus direitos em benefício do Estado que, possuindo poderes absolutos/ilimitados, era o único responsável pela materialização do direito pelas denominadas leis³⁰ civis³¹.

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 65-66

²⁹ “O titular dessa pessoa chama-se soberano, e dizemos que possui poder soberano. Todos os restantes são súditos [...] Isso significa muito mais do que consentimento ou concórdia, pois é uma unidade real de todos, numa só e mesma pessoa, por meio de um pacto de cada homem com todos os homens, de modo que seria como se cada homem dissesse ao outro: desisto do direito de governar a mim mesmo e cedo-o a este homem, ou a esta assembléia de homens, dando-lhe autoridade para isso, com a condição de que desistas também do teu direito, autorizando, da mesma forma, toda as suas ações. Dessa forma, a multidão assim unida numa só pessoa passa a chamar-se Estado.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p.140).

³⁰ “E é também o fundamento da distinção entre os conceitos de *ius* e *lex*. O primeiro é o direito criado pelos juristas como resultado das soluções obtidas quando das controvérsias ou conflitos de interesses, em suas diversas modalidades [...] A *lex* representa, com efeito, o instrumento de que se vale a autoridade constituída para dotar

Diante deste contexto, necessário será compreender a evolução que propiciou a concepção de um Estado com limites quanto ao seu poder³² tratando (em especial) dos mecanismos que passam a ser criados objetivando esse desiderato. Assim, as principais discussões (quanto ao tema que se propõe) estarão voltadas à configuração (fundamento) desse poder e, necessidade ou não, de sua divisão. Outro fato importante, para estudo, é a influência desta temática no que tange a liberdade e o que ela significa para cada modelo estatal proposto. Para tanto, resta premente a compreensão dos princípios (constituição equilibrada, soberania das leis e separação de poderes)³³ e funções (garantia dos direitos dos cidadãos, limitação do poder estatal e exercício político e de liberdades) do constitucionalismo contemporâneo, fruto de um processo de racionalização da vida política e social ligada, inicialmente, a algumas correntes contratualistas e a ideia de liberalismo³⁴.

Trata-se de um novo modelo estrutural de poder que, baseado no princípio da legalidade (legitimidade), acarreta mudanças no seu modo de exercício garantindo, aos cidadãos, liberdades políticas, sociais e civis, fatores que propiciaram o desenvolvimento das personalidades individuais. Assim, o liberalismo, tão criticado nos dias atuais, (historicamente) teve relevante papel na busca de garantias contra um Estado Absoluto³⁵.

de força compulsiva o *ius*.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção *ajuris/5*, 1977, p. 10, grifo do autor)

³¹ “As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei [...] Legislador é aquele que faz a lei [...] o único legislador passa a ser o soberano [...] o soberano de um Estado, seja ele uma assembleia, seja um homem, não está sujeito às leis.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p. 213).

³² A preocupação de Sieyès está na limitação do poder dos órgãos estatais, especialmente do legislativo. Por isso entende as normas constitucionais como hierarquicamente superiores e estabelece a distinção entre poder constituinte e poder constituído, em que Sieyès afirma que todos os poderes compreendidos no *établissement public* são submetidos às leis, não podem se auto-modificar, são poderes constituídos. Já o poder constituinte tem espontaneidade criadora, pode tudo. (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 139)

³³ “Los debates [...] constitucionales de la Edad Moderna se pueden reconducir a tres grandes principios que de vez en cuando tendrán soluciones jurídicas distintas y que se mezclaran entre ellos de distintas maneras: el de la constitución equilibrada (checks and balances), que es una reinterpretación del ideal clásico del Estado mixto; el de la soberanía, de las leyes, que es una herencia de la Edad Media; y, finalmente, el de la separación de poderes, que es típico de la Edad Contemporánea que comienza con las Revoluciones Americana y Francesa.” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998, p. 27)

³⁴ “O poder constituinte do povo foi utilizado pela burguesia, a partir da teorização de Sieyès, contra a monarquia absoluta. A distinção poder constituinte/poder constituído imobilizou a monarquia como poder constituído e atribuiu ao povo (ou melhor, ao Terceiro Estado) o poder transformador de configurar o Estado.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 141).

³⁵ “O Estado absoluto se caracterizou pela tendência do monopólio do poder político e da força por parte de uma instância superior que se reconhece como autoridade. É o Rei. Pelo Absolutismo, o governo detinha poderes absolutos. Neste período – do Estado absoluto – surgiu exatamente a figura deste ente como poder de decisão de última instância, com o poder de fazer e desfazer – o Estado.” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998, p. 29, 32-33).

Hobbes (regime absolutista), defendendo o poder ilimitado do Estado, apresentava como único direito aos súditos a preocupação com a vida (um direito permeado pelas limitações que lhe eram inerentes ao contexto da época). Locke, por sua vez, responsável pela libertação da sociedade civil (burgueses) das amarras do poder do Estado Absoluto³⁶, deu início ao que ficou conhecido como liberalismo, propiciando a ampliação de direitos (hoje, somados aos apresentados por Rousseau, conhecidos como fundamentais e subjetivos³⁷). Nesse sentido, apresentou (além do direito a vida) preocupações com o direito à liberdade (em especial a religiosa), à segurança e à propriedade (liberdades negativas) revertidos em benefício da sociedade civil organizada, compreendida, na época, pelos que exerciam a cidadania política (burgueses). Rousseau, por sua vez, mais preocupado com direitos de ordem social (vontade geral³⁸) propagará, além dos direitos já defendidos por seus antecessores, a necessidade do direito a igualdade e a segurança.

Essa transição, entre os modelos estatais apresentados, inicia com os conflitos e desigualdades fruto das relações sociais do Estado Liberal (liberdades negativas) que ensejaram o surgimento do modelo de Estado Social³⁹ (liberdades positivas⁴⁰) que, por sua

³⁶ “Torna-se pois evidente, pelo exposto acima, que a monarquia absoluta, que alguns consideram o único governo do mundo, é, na verdade, incompatível com a sociedade civil, uma vez que o objetivo da sociedade civil consiste em evitar e contornar os inconvenientes do estado de natureza, frutos inevitáveis do fato de poder cada um ser juiz e executor em causa própria estabelecendo-se para tal uma autoridade reconhecida para a qual todos os membros dessa sociedade podem apelar por qualquer dano sofrido ou controvérsia que possa surgir, e à qual todos os membros têm de se submeter.”(LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 63)

³⁷ “Nenhum publicista poderia contestar essa dependência; todos sabem que nossas constituições, nossos princípios “democráticos” nossa concepção da lei derivam de Locke ou de Rousseau.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 172, grifo do autor)

³⁸ “Achar uma forma de sociedade que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada sócio, e pela qual, unindo-se cada um a todos, não obedeça, todavia senão a si mesmo e fique tão livre como antes. Tal é o problema fundamental que resolve o contrato social. ” [...] “ Para que a vontade seja geral, nem sempre é necessário que seja unânime, mas, é preciso que todos sejam considerados; toda exclusão formal rompe a generalidade.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nassetti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 25; p. 34).

³⁹ “Temos aqui a construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeado por um conjunto de pretensões positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal.”

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Do direito social aos interesses transindividuais: o direito e o estado na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 79)

⁴⁰ “Diferente da fase anterior do constitucionalismo, na versão social – que por sua vez, positivou em nível constitucional a segunda geração dos direitos humanos – a condição de indivíduo era tomada sempre dentro de uma perspectiva político-social em que a participação do Estado era essencial à realização prática de direitos sociais [...] Isto fez com que fosse sustentada a necessidade de uma *liberdade positiva*: uma participação instrumental do Estado como agente hábil a promover direitos os quais sem a atuação concreta deste, dificilmente seriam implementados, sobretudo devido à falta de uma estrutura político-jurídica que permitisse a efetivação de tais direitos.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da

vez (considerado ineficiente pelos neoliberais), dará azo ao Estado Democrático de Direito (Estado de Direito – século XIX)⁴¹ que surge como pretensa garantia de concretização dos direitos assegurados constitucionalmente (garantia jurídica das condições mínimas de vida).

Demonstrados, sucintamente, os primeiros passos da evolução do Estado Absoluto para o Estado Liberal chegando ao Estado Social e desembocando no Estado Democrático de Direito (Estado de Direito⁴²), necessário se faz o estudo desses modelos de Estado e os reflexos “no e/ou do” Constitucionalismo Contemporâneo.

2.1 Modelos de Estado e suas Peculiaridades

Conforme apresentado no tópico anterior, a evolução estatal e constitucional permeia os modelos vivenciados na Europa e nos Estados Unidos da América. Para compreender esse processo e os protagonismos a ele inerentes, resta necessário estudar os sistemas de Estados absolutistas, liberais e sociais, até desembocar no Estado Democrático de Direito⁴³. As crises vivenciadas (em cada momento histórico) propiciaram as transições sociais, políticas e jurídicas da humanidade, tendo como início a evolução do Estado Absoluto (para o Estado Liberal) que, pressionado pelo ambiente internacional, foi conduzido a uma racionalização (burocratização das atividades).

UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 20)

⁴¹ “O conjunto de condições que deve satisfazer um sistema político-jurídico para que se lhe tenha como minimamente democratizado, isto é, com garantias suficientes para os submetidos a esse poder [...] Entre as características constitutivas da ideia de estado de direito costumam mencionar-se as seguintes: 1) Reconhecimento constitucional de direitos fundamentais e liberdades políticas básicas; 2) Império da lei como expressão da vontade popular; 3) Separação dos poderes do Estado; 4) Submissão à lei dos poderes públicos; 5) Penalidade restritiva, sem tratos cruéis, inumanos nem vexatórios.” (CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Tradução de Gresliela Nunes Da Rosa, Lédio Rosa De Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 147-148)

⁴² A essência do conceito de cidadania de Sieyès, segundo Loewestein, é a sua qualidade representativa. Para esse autor, embora defenda o governo representativo, Sieyès parte de premissas rousseauianas, tentando sintetizar a separação de poderes de Montesquieu como soberania popular de Rousseau. A onipotência do povo de Rousseau se concentraria no terceiro Estado de Sieyès e em seu poder constituinte, que tem a lógica ilimitada de Rousseau, enquanto o poder constituído tem a lógica do poder limitado de Montesquieu. (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 139-140).

⁴³ “O Estado Democrático de Direito representa, assim, a vontade constitucional de realização do Estado Social. É nesse sentido que ele é um *plus* normativo em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social de Direito. Registre-se que os direitos coletivos, transindividuais, por exemplo, surgem, no plano normativo, como consequência ou fazendo parte da própria crise do Estado Providência. (STRECK, Lenio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 39)

O rei (período do absolutismo), diante do contexto da época, em especial pela nova estrutura social propagada pelos avanços científicos, passa a adotar a mesma racionalidade oriunda dessa revolução científica (novas técnicas) para resolução dos problemas sociais, políticos e jurídicos enfrentados⁴⁴ (adoção de sistemas de organização do poder e concessão de liberdades). Na época, período de expansão demográfica e forte crescimento econômico, a Europa (utilizando recursos em políticas externas) vivenciou conflitos sociais e políticos. Na Inglaterra os juízes, em nome do rei, passaram a dizer a justiça (*common law*) e na França o Parlamento de Paris (século XIII) estendeu sua jurisdição às províncias (parlamentos locais atuando em nome do rei – século XV). Deixando de lado o mito (guerra civil de cunho religioso) o Estado absoluto, objetivando respostas ao problema da paz interna e internacional, passa a diferenciar as funções tradicionais de governo, momento em que o executivo se reforça para exercer as novas funções (organização racional) e, não conseguindo (contexto sócio político), passa a realizar “concessões” ao setor privado. Diante desse quadro (no final século XVI) essas concessões multiplicavam-se (venda e hereditariedade dos cargos) quando o rei precisava de fundos⁴⁵, sistemática que (diverso do ocorrido na Inglaterra em que as liberdades descentralizadas e populares coexistiam com um forte governo centralizado – cargos públicos alcançados por eleição) na França constituiu um potente freio ao poder da monarquia. Nesse contexto, Thomas Cromwell (na Inglaterra) implementando a ideia de burocracia⁴⁶ rompe com os métodos medievais. A função torna-se pública e a serviço da nação e não mais a serviço do rei.

A evolução estatal vivenciada na Europa (início da ideia de burocratização) apresenta (como fruto das mudanças relativas à hegemonia de poder) um direito que, nesse novo contexto, é produzido (laicidade) pelos poderes competentes, deixando de ser declarado (divindade). O Estado Absoluto (despótico) reconhecido, até então, como possuidor do

⁴⁴ “Magna Charta, de 1215, Petition of Rights de 1628, Habeas Corpus Act de 1679 e Bill Of Rights conduzirão a sedimentação de algumas dimensões estruturantes da Constituição Ocidental.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 55).

⁴⁵ “Loyseau Escribe en El Tratado *Des offices* (1609) que “El oficio es una dignidad, con función ordinaria del Estado”, y este beneficio ya al final del siglo XV comenzaba a venderse: son, cargos “venales” que, en el siglo XVI, se multiplican artificialmente cuando el Rey necesita fondos.” (MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno**. Madrid: Trotta, 1998, p. 32).

⁴⁶ “Das visões de Weber e Arendt se pode concluir que os autores têm perspectivas distintas a respeito da burocracia. Para Weber a burocracia seria algo positivo, é uma estrutura que permite a realização do serviço público de forma profissional, enquanto que para Arendt, a burocracia é algo negativo, que isola o indivíduo do todo, faz com que ele perca a noção de conjunto, fazendo com que dissocie a sua responsabilidade no resultado final do processo. “(LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 218)

monopólio da força⁴⁷ (jurídica, política e sociológica), perde hegemonia nascendo a pretensão de um poder legítimo, limitado e burocrático. Assim, com a revolução científica e ampliação da racionalidade (fruto da época) começam as transformações sociais, em que o ressurgimento do direito romano propicia, no Estado Moderno, a emancipação do indivíduo (antropocentrismo⁴⁸). Essas transformações sociais propiciaram não só a liberdade religiosa (mãe de todas as liberdades), como ensejaram uma nova leitura econômica (transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal). Para que essa transição se efetivasse (protagonismo Legislativo) grandes batalhas foram travadas entre os poderes (*soberania real ou parlamentar?*)⁴⁹.

Como fruto dessas transformações surge o constitucionalismo moderno (limitação de poderes e concessão de liberdades)⁵⁰, evidenciando a necessidade de reconhecimento da supremacia legislativa, o que de fato aconteceu (no direito europeu) em meados de 1700. Nessa mesma época restaram discutidos os limites do poder judiciário, propagando a independência desse poder frente à figura do rei (garantia de direitos aos cidadãos). Esse debate constitucional (superando os governos divinos dos reis e o exercício da força pelos exércitos) reforçou o executivo (expansão) e privilegiou o parlamento (garantia das liberdades), propiciando o surgimento dos partidos, sendo que na Inglaterra as leis fundamentais se converteram na constituição do seu governo.

Como enfrentamento da crise entre governo e jurisdição, evidencia-se a figura do legislativo, estando ele limitado (distinção hierárquica entre normas constitucionais e legislativas) pela primeira e fundamental lei positiva (poder constituinte originário). Para Locke, o legislativo seria a alma que forma a vida e a unidade da sociedade política, podendo

⁴⁷ “A par disto, fica evidenciado que o Direito encontra-se limitado à vontade estatal, pois cabe ao Estado determinar as condutas a serem observadas pela sociedade. Este monopólio é justificado pela necessidade de manutenção da concórdia social que seria ameaçada se houvesse outro poder com as mesmas possibilidades. Nasce, desta forma, o chamado “*direito do Estado*”, que configura um direito de soberania, visualizado sob o ângulo dos sujeitos, como um “*dever de todo indivíduo acatar as ordens emanadas da instância estatal*”. (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 32, grifo do autor)

⁴⁸ “A primeira face do humanismo, a que se revela ilusória, para não dizer delirante, coloca o homem no lugar de Deus, de facto o único sujeito no universo, e dá-lhe por missão conquistar o mundo. É a missão que Descartes confere à ciência: fazer do homem o senhor e possuidor da natureza.” (MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie Europeias**. Tradução Ana Paula de Viveiros. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 31)

⁴⁹ Sobre este tema, verificar a obra de MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p. 33-37.

⁵⁰ “O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por **constituição moderna** entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 52, grifo do autor)

o povo instituir novo legislativo quando o rei o sufocar ou quando ele próprio ficar inerte (Teoria da Revolução)⁵¹. Do exposto resta claro que o conflito, nos dias atuais, quanto à competência dos poderes constituídos não é uma novidade no mundo jurídico (governo e jurisdição). Percebe-se, no texto, que Locke já apresentava a ideia de que, quando de sua inércia, poderia o povo instituir novo Legislativo⁵². Essa temática era objeto de discussão na Europa quando da transição do Estado Absoluto para o Estado Liberal, tendo como foco a tensão do poder entre o rei e o parlamento (*onipotência do parlamento*⁵³?). Blackstone, por exemplo, compreendia que o parlamento poderia fazer tudo (o direito estaria em função de sua força) e Bolingbroke, por sua vez, defendia a existência de uma constituição superior e imutável, a quem estavam submetidos o governo, os partidos e o próprio parlamento⁵⁴.

Conforme demonstra a história, o foco da tensão entre poderes reside no reconhecimento de seus limites (legalidade/legitimidade). Na época, do embate entre Blackstone e Bolingbroke, restou configurada a ideia de que a constituição, sendo anterior e superior ao governo e ao parlamento, deveria prevalecer. Assim, o rei (chefe de Estado) não governaria, existindo, para esse papel, o parlamento (1º ministro – chefe de governo – figura de equilíbrio entre o rei e o parlamento), sendo que para Burke o governo não poderia ser uma simples vontade da nação devendo ser um centro de ação, uma força propulsora que fizesse viva, ativa e efetiva a constituição.

⁵¹ “No complexo contexto de dissidências políticas e religiosas em que se gera o radicalismo político inglês (1681-1683), a formulação teórica do “direito de resistência” e do “direito a revolução” pressupunha um esforço analítico no sentido de dar contornos precisos ao chamado “corpo do povo”. Este “corpo do povo” era sistematicamente identificado pelos *tories* com a “população” e a “multidão”, “as pessoas sem propriedade”. Embora a expressão poder constituinte não surja de forma clara na obra de John Locke, considera-se que este sugeriu a distinção entre poder constituinte do povo, reconduzível ao poder de o povo alcançar uma nova “forma de governo”, e o *poder ordinário* do governo e do legislativo encarregados de prover à feitura e à aplicação das leis.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, grifo do autor)

⁵² “Embora em uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme sua própria natureza, isto é, agindo sempre em busca de sua própria preservação, somente possa existir um poder supremo, que é o legislativo, ao qual tudo mais de ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário e entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 101).

⁵³ “Eis, portanto, explicado como, então, o princípio da *supremacia do Parlamento* – e, por conseguinte, da sumpremacia da *lei positiva* - imposto na Inglaterra a partir da “gloriosa” revolução de 1688, acabou por não conduzir, na América, ao mesmo resultado a que conduziu, ao invés, na Inglaterra: ou seja, o resultado de retirar as leis do controle de validade por parte dos juízes, aquele controle fora, ao contrário assegurado e que, pelo menos por alguns decênios, fora posto em prática pela doutrina de Lord Coke. Eis, em outras palavras, explicado o aparente paradoxo, ou seja, como então o princípio inglês da incontrolada supremacia do poder legislativo tenha podido contribuir, antes de ser um obstáculo, para a fomação na América [...] do oposto sistema em razão do qual também as leis do Parlamento são sujeitas a um controle de validade por parte de todos os juizes.” (CAPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 62, grifo do autor)

⁵⁴ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p. 149

Do todo o exposto, resta evidente a importância do constitucionalismo como ferramenta necessária não só para a limitação de poderes, mas, também/principalmente (como restará demonstrado) para a concretização de direitos, em especial no contexto de um Estado de Direito fruto de uma Democracia Constitucional instituída por Direitos Fundamentais.

2.2 Constitucionalismo Contemporâneo e Estado Democrático de Direito

Analizados os suportes teóricos e fáticos vivenciados no início do que hoje resta reconhecido como constitucionalismo contemporâneo, é evidente a importância que os grandes pensadores do mundo político e jurídico já dispensavam a este importante marco histórico (constitucionalismo), demonstrando ser ele o comando que desencadeia a estrutura estatal e governamental, razão pela qual os poderes constituídos (limitados por ele) lhe devem respeito.

Assim, superado o modelo de Estado Absoluto e iniciados os primeiros passos do Estado Liberal, surgem as constituições escritas (cartas políticas), passando a serem reconhecidas como um eixo revolucionário na história do constitucionalismo. Esse modelo constitucional tem início nos Estados Unidos da América entre 1761 e 1776, em que o objetivo das cartas (que defendiam os direitos das colônias) foi alterado para garantir (como cidadãos) direitos aos americanos. Estes (buscando a concretização de uma constituição rígida) passam a distinguir Constituição e lei, ensejando conflito entre duas concepções de poder legislativo (Coke – legislativo limitado e Blackstone – legislativo ilimitado). Contra a onipotência do parlamento e garantindo a soberania constitucional⁵⁵, reconhecem força as decisões dos tribunais judiciais⁵⁶ (início da ideia de controle de constitucionalidade que, ainda hoje, gera discussões quanto a competência e legitimidade⁵⁷)⁵⁸.

⁵⁵ “Este conceito está, pois, intimamente ligado ao de poder político: de fato a Soberania pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido da transformação da força em poder legítimo, do poder de fato em poder de direito. Obviamente, são diferentes as formas de caracterização da Soberania, de acordo com as diferentes formas de organização do poder que ocorreram na história humana: em todas elas é possível sempre identificar uma autoridade suprema, mesmo que, na prática, esta autoridade se explicita ou venha a ser exercida de modos bastante diferentes.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998. p. 1.189)

⁵⁶ “Pois bem, a doutrina que está na base do mecanismo do controle judicial “difuso” de constitucionalidade das leis é, com certeza, muito coerente e de extrema simplicidade: ela foi precisada, com grande clareza, já na

Configurada a separação efetiva entre normas constitucionais e infraconstitucionais, o judiciário passa a ser reconhecido como o poder competente (no modelo constitucional americano) ao exercício de guardião desse importante marco jurídico⁵⁹. As evoluções vivenciadas no regime americano, muito embora diverso do regime inglês e francês (composição da corte constitucional), têm seu nascedouro neste último que (já em 1700) defendia a independência dos juízes em relação a quem governa e a quem faz as leis. Em 1788, na França, resta configurado o que já havia sido enunciado na Revolução Americana (somente um poder constituinte representativo do povo pode escrever o pacto constitucional). Da soberania do povo surge um poder constituinte ilimitado que estabelece os poderes constituídos que deverão respeitar os limites constitucionais (legitimidade e legalidade, temáticas que ainda geram discussões quanto aos limites⁶⁰)⁶¹.

Nesse contexto, resta premente compreender os objetivos inerentes ao Estado Democrático de Direito. O Estado de Direito, em alguns aspectos, se assemelha ao Estado Liberal (antropocentrismo e liberdade liberal) e ao Estado Social (concretização/efetivação de direitos e liberdade democrática) tendo como objetivo garantir a eficácia⁶² dos direitos

motivação da famosa sentença de 1803, redigida por John Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, e, ainda antes, tinha sido limpidamente formulada por Elexandre Hamilton.” (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 75)

⁵⁷ “Todavia, com a ampliação do espaço da jurisdição – e conseqüentemente, a diminuição do espaço da legislação -, com o grau de indeterminação que o direito assume a partir da emergência dos princípios e, sobretudo, com o protagonismo conferido aos juízes nesta quadra da história, exsurtem algumas questões que afetam a relação entre direito e democracia: como se interpreta e se aplica o direito? Existem respostas corretas? De que maneira decisões judiciais podem ser minimamente controladas? O garantismo é compatível com o ativismo judicial?” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 97)

⁵⁸ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p.161-168.

⁵⁹ “Um dos fundamentos do controle de constitucionalidade é a proteção dos direitos fundamentais, inclusive e sobretudo os das minorias, em face das maiorias parlamentares eventuais [...] As locuções *jurisdição constitucional* e *controle de constitucionalidade* não são sinônimas, embora sejam frequentemente utilizadas de maneira intercambiável. Trata-se, na verdade, de uma relação gênero espécie. *Jurisdição constitucional* designa a aplicação da Constituição por juízes e tribunais.” (BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2-3)

⁶⁰ “É por isso que o conceito do direito moderno – que intensifica e, ao mesmo tempo, operacionaliza a tensão entre facticidade e validade na área do comportamento – absorve o pensamento democrático, desenvolvido por Kant e Rousseau, segundo o qual a pretensão de legitimidade de uma ordem jurídica construída com direitos subjetivos só pode ser resgatada através da força socialmente integradora da “vontade unida e coincidente de todos” os cidadãos livres e iguais.” (HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 53)

⁶¹ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998, p. 217 e 228.

⁶² “*Direitos Fundamentais* [...] Estabelecem o que pode ser deliberado pelo Poder Legislativo e o que deve ser garantido pelo Poder Judiciário, mediante o controle da constitucionalidade material das normas, sujeitando os indivíduos, no Estado Democrático de Direito, somente às leis válidas [...] A eficácia se constitui como parâmetro da aferição do grau de democracia material da sodicidade (em graus).” (ROSA, Alexandre Morais da.

(constitucionalmente) assegurados aos cidadãos. Para compreensão e efetivação dos mecanismos propostos pelo Estado Democrático de Direito, é importante conhecer a origem do termo liberal (usado na primeira vez nas Cortes de Cádiz de 1812 para referir-se a um partido que defendia as liberdades públicas constitucionais). Os liberais, na Europa, desejavam maior controle sobre o Governo (Inglaterra) e a extensão do sufrágio⁶³ eleitoral (França). Herdando uma concepção individualista e antropocêntrica (indivíduo desligado da tradição, liberado do mito, dos ídolos e emancipado dos dogmas), os liberais ocuparam-se do aperfeiçoamento intelectual e moral, acarretando no desenvolvimento da tolerância e promoção da diversidade.

Assim, o Estado Constitucional propiciou espaços de liberdade junto ao mercado e à opinião pública, ensejando as bases de uma nova e diferente divisão de poderes (políticos, morais e econômicos) todos confiados à mãos distintas. Importante frisar que o liberalismo (no início) não possuía uma ideologia ou um princípio claro e limites bem definidos (estava associado à conquista de direitos e não, como na atualidade ao retrocesso social). Representando uma vitória da diversidade sobre a uniformidade (deixando de ser um valor supremo da vida individual e social) passa a criar e desenvolver comportamentos políticos e sociais.

Kant, tratando da temática, elaborou a Teoria do Direito e do Estado após a Revolução Francesa. Sua teoria é liberal e, ao mesmo tempo, constitucional eis que apresenta um conceito que está fora de um Estado paternalista (Estado Social), fomentando a ideia do Estado de Direito (legitima os homens a perseguirem, livremente, sua própria felicidade⁶⁴). A coexistência só seria possível graças à Constituição, que se converte em ordem absoluta da razão prática⁶⁵ e do desenvolvimento humano. Kant é o primeiro a definir o Estado de

Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 11, grifo do autor)

⁶³ “A grande questão político-constitucional do século XIX é o sufrágio univocal. Na França, o sufrágio universal masculino e direto surge, como analisei no capítulo anterior, no processo de racionalização da Revolução Francesa, com a Constituição de 1793. (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 187)

⁶⁴ “A *Política* de Aristóteles resume os preceitos finalistas e eudemonista da sua *Ética*: “Todos aspiram a viver bem e à felicidade”. Toda a ação humana está orientada para o bem e para a felicidade (*eudaimonia*) que se define como criatividade da alma dirigida pela virtude perfeita EN, I, 13, 1102a5. A virtude mais humana consiste na busca do bem e da felicidade EM, II, 5, 1105b20. O homem atinge a felicidade através da virtude.” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 21, grifo do autor)

⁶⁵ “O prazer, por conseguinte, é prático só enquanto a sensação do agrado que o sujeito espera da realidade do objeto [*Gegenstand*] determina a faculdade de desejar. Ora, a consciência que um ser racional tem do prazer da vida que, sem interrupção, acompanha-o por toda a existência, é a felicidade [*Glückseligkeit*], e o princípio de fazer desta o supremo fundamento da determinação do livre-arbítrio é o princípio do amor de si.” (KANT. Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução: Rodolfo Schaefer. 2 ed. Martin Claret, 2008, p. 30)

Direito⁶⁶ ao dizer que o Estado tem, como único e exclusivo fim, o direito de garantia dos direitos subjetivos do indivíduo⁶⁷.

Tocqueville, por sua vez, (citado por Matteucci) compreende que a concepção liberal não é “privada”, atenta a autonomia do mercado, ela é (na essência) pública já que se encaminha a uma função política, na qual faz prevalecer valores universais. Com essa linha de raciocínio as novas bases da liberdade do indivíduo devem estar na sociedade (autonomias locais, associações, equilíbrio entre distintas classes) e não somente no terreno institucional. O pluralismo, nesse contexto, é parte integrante do constitucionalismo (liberdade democrática – constitucionalismo pluralista), já que um governo livre deve ter como base uma sociedade livre, justa e solidária. No Estado Democrático de Direito (Estado de Direito) a figura da participação popular⁶⁸ é importantíssima, eis que responsável por controlar os poderes constituídos. Analisada a divisão de poderes existentes nesse modelo (poderes harmônicos e independentes entre si), ao legislativo caberia a confecção das leis, ao executivo a sua efetivação prática e ao judiciário (como exceção e não regra) a fiscalização de que o primeiro (diante da supremacia da constituição) respeite os limites impostos pelo poder constituinte originário e o segundo (não sendo uma simples vontade da nação) corresponda aos objetivos propostos por esse poder (força propulsora que faça viva, ativa, efetiva e eficaz a constituição).

A sincronia entre os poderes constituídos (equilíbrio) deve ser fruto da legitimidade da força do parlamento reconhecida pelo povo (controle social com base no interesse público), razão pela qual necessário se faz conhecer a evolução do termo democracia, em especial a representativa/participativa (constitucional) para que se possa compreender o importante

⁶⁶ “Chegamos então ao ponto central para a ideia de Estado de direito: a submissão política ao direito, ou seja, o governo por meio do direito. Conforme dizia Jellinek, o poder estatal é, em última instância, um poder jurídico.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 13)

⁶⁷ “Princípios práticos são proposições que encerram uma determinação geral da vontade, trazendo em si várias regras práticas. São subjetivos, ou *máximas*, quando a condição é considerada pelo sujeito como verdadeira unicamente para a sua vontade; são, por outro lado, objetivos quando a condição é conhecida e objetiva, isto é, válida para a vontade de todo o ser racional.” (KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução: Rodolfo Schaefer. 2 ed. Martin Claret, 2008, p. 27)

⁶⁸ “[...] o controle popular exige inserção dinâmica e sinérgica com os demais controles. Ele próprio precisa ser controlado para não se converter em usurpador, dado que, de certo modo, será sempre uma atuação particularista em tensão com o ideal regulador do interesse público e, vez por todas, não deve ser visto como evento isolado ou descontínuo: a participação popular é processo dialético de avaliação e de crítica, não algo abstrato, unilateral e congelável no tempo ou no espaço.” (FREITAS, Juarez. O princípio da democracia e o controle do orçamento público brasileiro. **Interesse público Especial** – Responsabilidade Fiscal – Doutrina. Vol. 4. Porto Alegre: 2002. p. 18)

papel deste instituto para o desenvolvimento e concretude do constitucionalismo contemporâneo.

2.3 Democracia

2.3.1 Democracia Antiga

Conforme narrado, o termo “democracia”, no que diz respeito ao Estado Contemporâneo, passa a ter extremada relevância para compreensão da estrutura e limite dos poderes (constituídos) fruto do constitucionalismo. Nesse sentido, o estudo proposto necessita realizar, para compreensão das terminologias em comento, um “voo panorâmico” sobre o tema, iniciando com a análise (ainda que superficial) das semelhanças e divergências entre a democracia antiga e a moderna objetivando enaltecer as contribuições desse sistema nos modelos de Estado, de Governo e de Sociedades contemporâneos.

Ao analisar o termo *demos*⁶⁹ que para os antigos estava atrelado ao próprio exercício do poder pelo *demos*⁷⁰ e para os modernos corresponde ao poder dos representantes do *demos*, já é perceptível uma das grandes diversidades existentes entre esses dois modelos democráticos. Muito embora essa seja uma importante diferença, não é a única. As inúmeras transformações ocorridas no contexto sociopolítico fomentaram não só a complexidade dos relacionamentos como ensejaram a migração da ideia de unidade (coletivo – democracia direta) para a diversidade (individual – democracia representativa).

Nesse contexto, *em que as palavras modificam-se mais rapidamente do que as coisas, embora essa mudança das palavras leve a crer que as coisas também tenham mudado*, até o

⁶⁹ “Se depois o termo *demos*, entendido genericamente como a “comunidade dos cidadãos”, fosse definido dos mais diferentes modos, ora como os mais, os muitos, a massa, os pobres em oposição aos ricos, e portanto se democracia fosse definida ora como o poder dos mais ou dos muitos, ora como o poder do povo ou da massa ou dos pobres, não modifica em nada o fato de que o poder do povo, dos mais, dos muitos, da massa ou dos pobres não era aquele de eleger quem deveria decidir por eles, mas de decidir eles mesmos [...]” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 372)

⁷⁰ “No entanto a questão é bastante simples, de acordo com a definição que acabamos de dar, cidadão é aquele que participa do governo.” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 115)

termo cidadão⁷¹ passou a ter significado muito diverso do vivenciado em sua origem. Assim, pretendendo compreender a “evolução” do sistema democrático, que operou a “inversão” desses valores, buscar-se-á estudar a complexa transformação sociopolítica vivenciada⁷², em especial a instituição do que passou a ser reconhecido como sociedade civil (já mencionadas nos tópicos anteriores) e sua contribuição para o sistema democrático representativo. Contudo, questionando esse modelo de participação democrática representativa (democracia formal), atualmente tem sido apresentada a necessidade de uma democracia mais participativa (inspirada no modelo de democracia direta) sistemática que, como restará evidenciado, enseja muita polêmica. Aristóteles (realizando distinção entre formas de governo boas e formas de governo más) entendia o termo democracia como uma forma de mau governo popular⁷³, justamente pelo modelo de participação direta do povo. Contudo, comparando-a com a oligarquia e com a tirania a compreende como a mais tolerável⁷⁴. Platão, por sua vez, ao referir-se a democracia a concebe como a mais bela das formas de governo⁷⁵.

Rousseau, muito embora elogiasse esse modelo democrático (democracia direta) o reconhecia como uma das grandes razões pelas quais uma verdadeira democracia jamais tenha existido (e jamais existirá⁷⁶), eis que exige um Estado muito pequeno, com facilidade de o povo reunir-se e, no qual, cada cidadão possa facilmente conhecer todos os outros. Das

⁷¹ “O conceito de cidadãos entre os romanos não era diferente se comparado aos dos gregos: o *ius suffragii* não era o direito de eleger um candidato como concebemos hoje, quando se fala em extensão do sufrágio, do sufrágio feminino, do sufrágio universal, mas era o direito de votar nos comícios.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 373)

⁷² Essas são condições sem as quais uma Cidade não pode existir, mas todas essas condições juntas ainda não constituem uma Cidade, a qual é uma comunidade das famílias e agregados que se unem para viver melhor, com o objetivo de uma vida perfeita e auto-suficiente. (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 128)

⁷³ “Aristóteles não fica atrás: na distinção entre formas de governo boas e formas de governo más, o termo democracia serve para designar o mau governo popular. Lá onde descreve o povo como prisioneiro dos demagogos, seus adutores e corruptores, a democracia aparece como governo em nada melhor do que o governo tirânico.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 375).

⁷⁴ “Existem quatro tipos de democracia. A pior, a democracia extremada, é aquela na qual todos os cargos são acessíveis a todas as pessoas, e a vontade do povo é soberana sobre todas as leis [...]”. “Assim, a tirania, sendo o pior dos governos, é necessariamente a forma mais afastada da forma bem constituída; a seguir vem a oligarquia, e por último a democracia, que é o mais tolerável dos três desvios.” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 42, p. 149)

⁷⁵ “Tal constituição é muito capaz de ser a mais bela das constituições [...] tal como as crianças e as mulheres, muitas pessoas julgam esta forma de governo a mais bela.” (PLATÃO. **A república**. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 254)

⁷⁶ “Rigorosamente nunca existiu uma democracia, e nunca existirá. É contra a ordem natural que o grande número governe e seja o pequeno governado.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nassetti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 65)

características descritas pelos autores citados, Bobbio⁷⁷ evidencia como requisitos importantes para o exercício da democracia o conhecimento e o exercício do poder em público. Nos dias atuais não só permanecem as exigências como, principalmente, a dificuldade em atingi-las.

Com base no exposto resta claro que, com a passagem da democracia direta para democracia representativa (da democracia dos antigos para à democracia moderna/contemporânea), muito embora tenha desaparecido a “ágora” foram criados novos modelos de publicização do exercício do poder, um poder não mais reconhecido como unidade e sim, como descreve Bobbio⁷⁸, fruto da diversidade criada pela concepção individualista da sociedade (modelo concebido pelo liberalismo).

Objetivando contemplar as novas exigências sociais (narradas nos tópicos anteriores), surgem como figuras dissociadas o Estado (produto artificial de uma vontade comum), o mundo político e o mundo social compreendidos em suas especificidades, sistema que não era conhecido pelos gregos⁷⁹. Nesse novo contexto, o protagonista deixa de ser a figura do Estado e passa a ser a figura do indivíduo (doutrina dos direitos do homem), acarretando a emancipação da sociedade burguesa (ciência econômica não mais entendida como ciência da casa ou da família).

⁷⁷ “As definições de democracia, como todos sabem, são muitas. Entre todas, prefiro aquela que apresenta a democracia como o “poder em público”. Uso essa expressão sintética para indicar todos aqueles expedientes institucionais que obrigam os governantes a tomarem as suas decisões as claras e permitem que os governados “vejam” como e onde as tomam [...]”. “A condição preliminar para o bom funcionamento de um regime democrático, parece afirmar Péricles, é o interesse dos cidadãos pela coisa pública e o bom conhecimento que deriva desse interesse.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 386 e 417).

⁷⁸ “Na reflexão política, pelo menos a partir da revolução francesa, a reviravolta mais significativa foi a que se refere a idéia de “mudança”, no sentido do livro V da *Política* aristotélica, isto é, da passagem de uma forma de governo à outra. Considerada até então geralmente como um mal (conclusão lógica de uma doutrina política que por séculos estimou e exaltou a estabilidade e considerou a guerra civil como o pior dos males), tal passagem começa a adquirir um valor positivo por parte dos movimentos revolucionários, que passam a ver na mudança o início de uma nova era [...] Parto do pressuposto de que o fundamento ético da democracia é o reconhecimento da autonomia do indivíduo, de todos os indivíduos, sem distinção de raça, sexo, religião, etc [...] Isto significa que na origem do Estado moderno, que nasce do contrato social, e portanto da livre vontade dos indivíduos, está a idéia não de que o indivíduo é o produto da sociedade, mas sim de que a sociedade é o produto do indivíduo. E, portanto, a sociedade dever ser construída de modo que seja benéfica para o indivíduo e não maléfica.” (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p. 65, p. 422, p. 423)

⁷⁹ “Na verdade para os gregos não existia diferença entre o político e o social. A *polis* era a sociedade por excelência. [...] A sociedade política ou civil foi durante séculos a sociedade por excelência. A ela contrapunha-se não uma sociedade natural, mas o estado de natureza à social, como se entre a sociedade sem Estado e o Estado não houvesse qualquer esfera intermediária. A única sociedade intermediária era a família, interpretada como um Estado *in nuce*, enquanto o Estado era interpretado, por sua vez, como uma família em grande escala. Ao lado da ciência política a única ciência conhecida era a econômica, entendida exatamente como ciência do grupo familiar e sempre considerada, de Aristóteles a Hegel, um capítulo da ciência ou da filosofia política.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 393)

Esse momento histórico (período de emancipação da sociedade burguesa) corresponde também à emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, uma das consequências históricas do nascimento, crescimento e hegemonia dessa classe social. Essa nova visão de mundo⁸⁰ ocorre com o início da Idade Moderna, com a doutrina dos direitos naturais pertencentes ao indivíduo singular. Para Johannes Althusius⁸¹, ao contrário do disposto por Aristóteles, a política é a arte pela qual os homens se associam para instaurar, cultivar e conservar entre si a vida social. Uma das principais expressões dessa nova visão de mundo são as Declarações dos Direitos (americana e francesa)⁸².

2.3.2 Democracia Liberal

As alterações inerentes a essa nova visão de mundo⁸³ desencadearam significativas alterações no convívio social fruto de uma necessidade, na época, de limitar os poderes do Estado Soberano (transição dos modelos anteriores para o hoje denominado “Estado Democrático”) ampliando, por sua vez, a liberdade dos indivíduos. Essa busca frenética pela liberdade individual (em que o homem não mais é dominado pela natureza, mas, ao contrário, passa a dominá-la) é traduzida por novas terminologias, dentre elas o liberalismo⁸⁴.

⁸⁰ “Com a emancipação da sociedade civil-burguesa, no sentido marxiano, ou da sociedade industrial, no sentido Saint-simoniano, do Estado, inverte-se a relação entre instituições políticas e sociedade. Pouco a pouco a sociedade nas suas várias articulações torna-se o todo, do qual o Estado, considerado restritivamente como o aparato coativo com o qual um setor da sociedade exerce o poder sobre o outro, é degradado a parte.” (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p. 61)

⁸¹ BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p.64.

⁸² “A mais alta expressão praticamente relevante dessa inversão são as Declarações dos direitos americanas e francesas, nas quais é solenemente enunciado o princípio de que o governo é para o indivíduo e não o indivíduo para o governo, um princípio que exerceu grande influência não apenas sobre todas as constituições que vieram depois, mas, também sobre reflexão a respeito do Estado, tornando-se assim, ao menos em termos ideais, irresistível.” (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p. 65)

⁸³ “Ao contrário dos contra-revolucionários, Constant não acredita que a França do Antigo Regime já possuía uma constituição. A constituição é uma obra do tempo, devendo ser rígida e conter poucos assuntos. Tudo aquilo que não diga respeito aos limites e atribuições dos poderes e aos direitos individuais não é matéria constitucional [...] O objetivo do constitucionalismo deveria ser colocar em ação as estruturas indispensáveis do governo representativo e impedir o retorno da tirania ou da guerra civil.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 185)

⁸⁴ “Mas as relações do indivíduo com a sociedade são vistas pelo liberalismo e pela democracia de modo diverso: o primeiro separa o indivíduo do corpo orgânico da comunidade e o faz viver, ao menos durante a maior parte da sua vida, fora do ventre materno, colocando-o no mundo desconhecido e repleto de perigos da luta pela sobrevivência: a segunda o reúne a outros homens singulares, semelhantes a ele, para que da união artificial entre

Sem objetivar digressões sobre a terminologia inerente à essa nova organização política (teoria da continuidade e teoria da descontinuidade)⁸⁵ adotada para a configuração dessa nova forma de governo, o presente estudo tratará de imediato os efeitos do liberalismo sobre os regimes democráticos, em especial no que tange ao importante delineamento entre a figura do Estado e da Sociedade Civil. A luta da burguesia pelo reconhecimento da plena liberdade (Estado mínimo) é a grande responsável pela instituição de inúmeros princípios que deram azo aos regimes democráticos que permeiam as sociedades contemporâneas. Contudo, compreendida como a descoberta e criação dos direitos e sendo ela uma invenção contínua do social e do político através das divisões e dos conflitos, Claude Lefort (1983) não entende possível considerar a democracia como sendo uma criação burguesa. Muito pelo contrário, nascida da luta de classes, dos movimentos populares e operários, sempre foi considerada pela burguesia um escândalo e um perigo maior do que o próprio socialismo.

Para Marx⁸⁶ (que crítica de forma veemente a burguesia), a luta dessa classe pelos direitos de liberdade, fortemente atrelados ao direito à propriedade, corresponde apenas aos direitos do homem egoísta, do homem separado do homem e da coletividade⁸⁷. Para ele, o

eles a sociedade venha recomposta não mais como um todo orgânico mas como uma associação de livres indivíduos.” (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 24)

⁸⁵ “Sejam quais forem os argumentos pró ou contra a continuidade de uma organização política da sociedade, a questão de saber se o Estado sempre existiu ou se pode falar de Estado apenas a partir de uma certa época é uma questão cuja solução depende unicamente da definição de Estado da qual se parta: se de uma definição mais ampla ou mais estreita. A escolha de uma definição depende de critérios de oportunidade e não de verdade [...] Quem considera que se pode falar de Estado apenas a propósito dos ordenamentos políticos de que tratam Bodin ou Hobbes ou Hegel, comporta-se deste modo porque vê mais a descontinuidade do que a continuidade, mais as diferenças do que as analogias. Quem fala indiferentemente de Estado para se referir tanto ao Estado de Bodin como à *polis* grega, vê mais as analogias do que as diferenças, mais a continuidade do que a descontinuidade.” (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010, p. 69)

⁸⁶ “A sociedade burguesa moderna, oriunda do esfacelamento da sociedade feudal, não suprimiu a oposição de classes. Limitou-se a substituir as antigas classes por novas classes, por novas condições de opressão, por novas formas de luta. O que distingue nossa época – a época da burguesia – é ter simplificado a oposição de classes. Cada vez mais, a sociedade inteira divide-se em dois blocos inimigos, em duas grandes classes que se enfrentam diretamente: a burguesia e o proletariado” [...] “O socialismo burguês só atinge sua expressão adequada quando se torna uma simples figura retórica. Livre comércio, no interesse da classe trabalhadora! Tarifas protecionistas, no interesse da classe trabalhadora! Prisão celular, no interesse da classe trabalhadora!: eis as últimas palavras do socialismo burguês, as únicas ditas a sério. O socialismo da burguesia consiste precisamente na afirmação que os burgueses são burgueses no interesse da classe trabalhadora.” (ENGELS, Friedrich; MAX, Karl. **O manifesto comunista**. Tradução de Maria Lucia Como. – [Ed. Especial] . Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 24; p. 75)

⁸⁷ “Destas proposições tirava Marx uma série de consequências relativas ao estatuto da opinião, sobretudo da opinião religiosa, da liberdade, igualdade, da propriedade e da segurança [...] o que dizia ele da opinião? [...] que é reconhecida como legítima no momento em que parece um equivalente espiritual da propriedade privada. Da Liberdade? [...] supõe que cada indivíduo é uma mônada isolada, dobrada sobre si mesma. Da Propriedade? [...] faz com que cada homem encontre no outro homem não a realização, mas, ao contrário, o limite da sua liberdade. Da Igualdade? [...] uma nova versão da teoria mônada. Da Segurança? [...] conceito social supremo da sociedade burguesa, o conceito da política, segundo o qual toda sociedade existe unicamente para garantir a cada um de seus membros à conservação de sua pessoa, de seus direitos, de sua propriedade.” (LEFORT, Claude. **A**

conceito social supremo da sociedade burguesa (garantia a cada um de seus membros a conservação da pessoa, de seus direitos e de sua propriedade) é a garantia de seu egoísmo. Contudo (muito embora o citado autor não concorde e denuncie, de forma irônica, a definição utilitarista da lei que, para ele, tinha com fundamento a ideia do homem egoísta), a Revolução Burguesa fomentou a emancipação política⁸⁸, fazendo dela um momento necessário e transitório no processo de emancipação humana⁸⁹, dando os primeiros passos em direção à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁹⁰.

Como fruto desse novo contexto social, muito embora criticado por Marx como egoísta, surge a figura de um Estado Democrático que, com a instituição dos direitos do homem, marca significativamente a mutação do cenário político enaltecendo os ideais propagados com o nascedouro do Estado de Direito (Soberania das Leis). Este por sua vez, analisado apenas com base nas pretensões da classe burguesa (liberalismo⁹¹), objetivava a garantia (segurança) da propriedade privada, servindo o direito positivo como defesa dos indivíduos em relação ao Estado e em relação aos demais indivíduos (liberdade negativa)⁹².

invenção democrática: os limites da dominação totalitária. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: 1983, p. 43-44)

⁸⁸ “No seu lugar, entrou a concorrência livre, acompanhada por uma constituição social e política adaptada a ela e sob o controle econômico e político da classe burguesa.” (ENGELS, Friedrich; MAX, Karl. **O manifesto comunista**. Tradução de Maria Lucia Como. – [Ed. Especial] . Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 16)

⁸⁹ “Marx odiava e admirava simultaneamente a burguesia. Via nela a classe que, por um lado, explorava duramente uma parte da humanidade, mas, por outro lado, destruía antigas relações de servidão e de feudalidade, criando um espaço para que se pudesse desenvolver uma literatura mundial.” (MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie Europeias**. Tradução Ana Paula de Viveiros. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 43)

⁹⁰ “Na afirmação dos direitos do homem trata-se da independência do pensamento e da opinião face ao poder, da clivagem entre poder e o cidadão, entre a propriedade privada e a política. Por que Marx não via isso? [...] Face a esta história o que significa a “revolução política” moderna? Não a dissociação da instância do poder e da instância do direito, pois esta estava no princípio do Estado monárquico, mas um fenômeno de desincorporação do poder e de desincorporação do direito acompanhando a desaparecimento do corpo do rei, no qual se encarnava a comunidade e se mediatizava a justiça: e, simultaneamente, um fenômeno de desincorporação da sociedade, cuja identidade apesar de já figurada na nação, não se separava da pessoa do monarca.” (LEFORT, Claude. **A invenção democrática:** os limites da dominação totalitária. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: 1983, p. 48-53)

⁹¹ “O liberalismo é, como teoria econômica, defensor da economia de mercado: como teoria política, é defensor do Estado que governe o menos possível ou, como se diz hoje, do Estado mínimo (isto é, reduzido ao mínimo necessário).” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política:** a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 128)

⁹² A concepção de liberdade com a qual trabalha Mill é a mesma do pensamento liberal, a liberdade negativa, aquela que faz com que um indivíduo não possa ser impedido por uma força externa de fazer o que deseja e muito menos de ser obrigado a fazer o que não deseja. Pretende-se que o indivíduo goze de uma liberdade protegida contra a invasão do Estado, delimitando assim a esfera privada com relação à pública. (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático:** Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba, PR: Juruá, 2006, p. 43)

Assim, o chamado “Estado Liberal”⁹³ trouxe consigo a ficção de uma sociedade que se ordenava espontaneamente graças a uma livre concorrência entre proprietários independentes e na qual o Estado (mínimo) se limitava a fazer respeitar as regras do jogo e a proteger as pessoas e os bens, dando uma ênfase significativa ao liberismo (econômico). Em contrapartida a esse modo de vida, os socialistas, por sua vez, propunham a intervenção do Estado⁹⁴ (máximo) em todos os domínios da vida social para diminuir ou suprimir as desigualdades que surgem no quadro da sociedade civil. Com esse intento o desenvolvimento das liberdades individuais fomentaram o fortalecimento dos grupos sociais criados no interior das sociedades civis⁹⁵, momento em que passaram a não mais (apenas) defender-se do Estado⁹⁶, mas buscar nele não só a garantia como, principalmente, a efetivação dos direitos que figuravam (em especial) na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁹⁷ (superposição das liberdades negativas e positivas⁹⁸, dando azo aos direitos sociais⁹⁹). Assim,

⁹³ “Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião de associação, etc. – os direitos à base dos quais nasceu o Estado Liberal e foi construída a doutrina do Estado de Direito em sentido forte, isto é, dos limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos invioláveis do indivíduo [...] As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente as regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do jogo. Disto segue que o Estado Liberal é o pressuposto não só histórico, mas, jurídico do Estado democrático.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 32)

⁹⁴ “Em uma palavra, se a idéia de progresso não nasceu com o movimento socialista, se antes mobilizou uma corrente liberal, humanitarista, encontrou, contudo, em seu seio a expressão mais firme, associando-se à da intervenção do Estado.” (LEFORT, Claude. **A invenção democrática**: os limites da dominação totalitária. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: 1983, p. 75)

⁹⁵ “O que aconteceu nos Estados democráticos foi exatamente o oposto: sujeitos politicamente relevantes tornaram-se sempre mais os grupos, grandes organizações, associações das mais diversas naturezas, sindicatos das mais diversas profissões, partidos das mais diversas ideologias, e sempre menos os indivíduos. Os grupos e não os indivíduos são os protagonistas da vida política numa sociedade democrática, na qual não existe mais um soberano, o povo ou a nação, composto por indivíduos que adquiriram o direito de participar direta ou indiretamente do governo, na qual não existe mais o povo como unidade ideal (ou mística), mas apenas o povo dividido de fato em grupos contrapostos e concorrentes, com a sua relativa autonomia diante do governo central.” (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed.. São Paulo: Paz e Terra. 2000, p. 35)

⁹⁶ “Entre as concepções clássicas, a teoria do estado de George Jellinek se oferece para uma comparação mais precisa: *status negativus* (liberdade contra o Estado [Freiheit vom Staat], direito de resistência ao Estado [Abwehrrechte]), *status positivus* (pretensões e exigências, pretensões [Leistungen] e participação, *status* no procedimento).” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 80, grifo do autor)

⁹⁷ “O espírito humanista das Luzes encontrará a sua formulação na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, sendo esta mensagem muito mais suportada pela aristocracia iluminada do que pela burguesia, como demonstrou François Furet. Durante a noite de 4 de Agosto, os aristócratas, por sua iniciativa, abandonaram os seus privilégios.” (MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie Europeias**. Tradução Ana Paula de Viveiros. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 37, grifo do autor)

⁹⁸ “Logo a democracia entendida como *garantista* significa o *Estado de Direito* munido tanto de direitos liberais (*direitos de*) como de direitos sociais (*direitos a*), próprios, estes últimos, dos Estados intervencionistas como o Brasil, não obstante, na prática, constituírem-se em promessas (retóricas) sonegadas.” (ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 12, grifo do autor)

contrariando o pensamento burguês, esses novos grupos sociais que integravam a sociedade civil, passaram a exigir maior participação no jogo democrático conquistando o direito ao sufrágio universal e, em especial, a extensão desse direito a novos espaços públicos (passando da democratização do Estado à democratização da Sociedade¹⁰⁰).

O desenvolvimento do Estado representativo coincide com as fases sucessivas do alargamento dos direitos políticos até o reconhecimento do sufrágio universal masculino e feminino. Somada a esta nova concepção de cidadania política, resta configurada (também) a mescla entre democracia representativa e democracia direta objetivando tornar mais efetiva a participação do povo nas decisões coletivas procurando acrescentar, aos fundamentos da democracia formal (Estado Liberal), os benefícios da democracia substancial (Estado Social¹⁰¹).

⁹⁹ “De acordo com Merquior, Hobbes louva a liberdade não política, sustentando que, *uma vez instituído o governo, a liberdade deixa de ser um assunto de autodeterminação para constituir algo a ser fruído no silêncio das leis, formando, desta maneira, a ideia inglesa de liberdade negativa [...]* Já a escola francesa de liberdade tem como modelo teórico Rousseau, para quem a forma mais elevada de liberdade é a autodeterminação, devendo a política refletir a autonomia da personalidade: *A eloquência de seu Contrato Social redirecionou o conceito de liberdade da esfera civil para a esfera cívica [...]* entre as décadas de 1880 a 1900, surgiria um novo liberalismo, caracterizado por três elementos essenciais: ênfase na liberdade positiva, preocupação com a justiça social e desejo de substituir o *laissez-faire*. As reivindicações em defesa dos direitos individuais haviam aberto caminho para exigências igualitárias criando para esse grupo os novos objetivos que levaram a uma renovação da política liberal.” (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba, PR: Juruá, 2006, p. 47-49, grifo do autor)

¹⁰⁰ “Em outras palavras, podemos dizer que o que acontece hoje ao desenvolvimento da democracia não pode ser interpretado como a afirmação de um novo tipo de democracia, mas deve ser entendido como a ocupação, pelas formas ainda mais tradicionais de democracia, como é a democracia representativa, de novos espaços, isto é de espaços até agora dominados por organizações do tipo hierárquico ou burocrático.” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 67)

¹⁰¹ “Tendo presente os dois caracteres fundamentais relevados por Tocqueville na democracia americana, o princípio da soberania do povo e o fenômeno da associação, o Estado representativo (o qual viera pouco a pouco se consolidando na Inglaterra e da Inglaterra difundindo-se através do movimento constitucional dos primeiros decênios do século XIX, na maior parte dos Estados europeus) conhece um processo de democratização ao longo de duas linhas: o alargamento do direito de voto até o sufrágio universal masculino e feminino, e o desenvolvimento do associativismo político até a formação dos partidos políticos de massa e o reconhecimento de sua função pública [...] O processo de alargamento da democracia na sociedade contemporânea não ocorre apenas através da integração da democracia representativa com a democracia direta, mas também e, sobretudo, através da extensão da democratização – entendida como instituto e exercício de procedimentos que permitem a participação dos interessados das deliberações do corpo coletivo – a corpos diferentes daqueles propriamente políticos.” (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p. 153-155)

2.3.3 Democracia Social

Conforme demonstrado, o reconhecimento não só das liberdades negativas, mas, em especial, das liberdades positivas ensejou novas transformações sociais, em especial no que tange ao regime democrático agora atrelado ao Estado Social. Contudo, resta importante frisar que esse novo modelo de Estado só foi possível em virtude da grande contribuição do Estado Liberal¹⁰² que, trabalhando os princípios inerentes às liberdades negativas, dissociou a ideia de Estado da ideia de sociedade civil¹⁰³, momento em que esta passa a contribuir de forma significativa nas decisões coletivas. Nesta nova fase o indicador do desenvolvimento democrático de um país deixa de ser (como era no Estado Liberal) medido pelo número de pessoas que participam do jogo democrático, passando a estar condicionado (no Estado Social) ao número de instâncias diversas daquelas tradicionalmente políticas em que as pessoas possam exercer o seu direito de voto, eis que esse direito passou a ser de todos indistintamente.

Como já reconhecido na democracia antiga, sendo o conhecimento¹⁰⁴ e o exercício do poder em público características importantes para a configuração de uma forma democrática de governo, ela não deve ficar atrelada (muito embora sua extrema importância) apenas aos procedimentos¹⁰⁵ (democracia formal) inerentes ao seu exercício, mas também ao seu conteúdo (democracia substancial). Em outras palavras, é a exigência de que a forma de governo democrático assegure as principais promessas contidas num programa de democracia constitucional, configurando a transição do Estado Liberal para o Estado Social (passagem de

¹⁰² “O pensamento liberal enriqueceu-se em seu combate contra a monarquia absoluta; da mesma forma, a idéia de democracia social foi sustentada pela luta contra o poder da burguesia.” (TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996, p. 164)

¹⁰³ “Uma vez conquistado o direito à participação política, o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em seu conjunto, e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil. Portanto, uma coisa é a democratização da direção política, o que ocorreu com a instituição dos parlamentos, outra coisa é a democratização da sociedade.” (BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p. 156)

¹⁰⁴ “Mas de todas as coisas que dissemos, o que mais contribui para a permanência das constituições é a adaptação da educação, às formas de governo, embora esse princípio seja sempre negligenciado. As melhores leis, as sancionadas por cada cidadão da Cidade, serão completamente inúteis se os cidadãos não forem educados pelo hábito e pela educação no espírito da constituição, democraticamente se as leis forem democráticas [...]” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 200)

¹⁰⁵ “Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida com contraposta a todas as outras formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais procedimentos.” (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed.. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 30)

um direito com função predominantemente protetora-repressiva para um direito cada vez mais promocional¹⁰⁶).

Como consequência desse modelo, que abarca uma extensão significativa dos direitos de participação nas decisões coletivas, são as reivindicações dos novos atores sociais que passam a exigir do Estado não apenas prestações negativas, mas, em especial, prestações positivas (emprego e renda, escolas gratuitas, previdência social, tratamentos médicos, etc). É o início do chamado Estado de bem estar social (Estado Assistencial) em que, muito embora a doutrina liberal (apoiada pelos burgueses) propugnasse a ideia de Estado mínimo, essa nova realidade sociocultural conduziu o sistema político a uma forma de Estado que, não sendo máxima (regimes totalitários – que não serão objeto do presente estudo), deixou de ser mínimo.

Como não poderia deixar de ser, esse novo contexto sócio político trouxe com ele uma sobrecarga fruto das diversas e variadas demandas oriundas desses novos atores sociais que integram as agora reconhecidas sociedades civis. A dificuldade de o Estado Social responder com eficiência e efetividade a essas novas demandas, fruto do novo modelo implementado, passou a ser alvo de severas críticas por parte dos neoliberais¹⁰⁷ que, tratando do assunto, passaram a chamar a atenção quanto à suposta ingovernabilidade¹⁰⁸ do Estado Social. Como fruto dessa nova realidade, em que o sufrágio passou a ser universal (grande preocupação dos burgueses¹⁰⁹), o liberalismo e a democracia (esta como consequência daquela) passaram a não

¹⁰⁶ “O corolário da construção weberiana é que o Estado social (ou de serviços) nada mais é do que uma resposta a demandas democráticas no sentido mais pleno da palavra: quando o direito de voto amplia-se dos proprietários – que pediam ao Estado apenas proteção da propriedade – em direção aos *que tinham como propriedade somente a força de trabalho*, passa-se a exigir do Estado a instituição de escolas gratuitas, proteção contra o desemprego, seguros sociais contra doenças e velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares, etc., exigências essas que levam a uma ampliação das funções e do próprio Estado.” (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba, PR: Juruá, 2006, p. 50, grifo do autor)

¹⁰⁷ “Na década de 1980, surgem, contestando os novos liberais, os neoliberais [...]. Estes autores possuem em comum a tendência a desconfiar da liberdade positiva como uma permissão para o construtivismo, julgam a justiça social um conceito desprovido de significação, defendem um retorno ao Liberalismo, e recomendam um papel mínimo para o Estado.” (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba, PR: Juruá, 2006, p. 49)

¹⁰⁸ “Chega a ser até mesmo banal, tanto como foi dito e repetido, sustentar que a lamentada “sobrecarga das demandas”, da qual deriva uma das razões da “ingovernabilidade” das sociedades mais avançadas, é uma característica dos regimes democráticos, nos quais as pessoas podem se reunir, se associar e se organizar para fazerem ouvir a própria voz, tendo também o direito, se não exatamente de tomarem elas mesmas as decisões que lhes dizem respeito, ao menos de escolherem os indivíduos que periodicamente consideram os mais adequados para cuidar de seus próprios interesses. O Estado dos serviços, enquanto tal sempre mais amplo e sempre mais burocratizado, foi uma resposta, que hoje se critica juízo retrospectivo, a demandas justas provenientes de baixo.” (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed.. São Paulo: Paz e Terra. 2000, p. 136-137)

¹⁰⁹ “É uma aberração, como escrevi em outro lugar, fazer da democracia uma criação da burguesia. Seus representantes mais ativos, na França, tentaram de mil maneiras atravancar a sua dinâmica no curso do século

ser mais tão compatíveis. A ratificação desse pensamento estaria no fato de que o domínio desses novos atores sociais passa a ser o da sociedade civil, não mais podendo ser reduzidos a interesses econômicos já que se orientam por valores culturais e relações sociais (em muitos casos) conflitantes. É o reinado da diversidade (democracia moderna – representativa – participativa) em contraponto com o reinado do UNO.

Porém, para que esse novo jogo democrático seja exitoso, contrariando as críticas neoliberais, resta necessário (reconhecendo as liberdades individuais – liberdades negativas), fomentar a inclusão social (proporcionando liberdades sociais – liberdades positivas) evitando, a todo custo, a tirania das majorias, fatores que enaltecem a importância de um novo modelo democrático que passou a ser denominado de Democracia Constitucional (limitação de poderes somada à garantia de liberdades negativas e positivas).

2.3.4 Democracia Constitucional

Face ao exposto é evidente a importância da democracia constitucional diante das alterações no modo de convivência humana, em especial pelo papel desempenhado pelas sociedades civis no contexto político. Assim, conforme restará demonstrado são importantíssimas as contribuições dos Estados Liberais para a configuração do Estado de Direito e destes para a pretensão de concretização do tão almejado Estado Democrático¹¹⁰. Diante desse contexto, os novos atores sociais (politicamente importantes) já não são mais os indivíduos (isolados), mas os grupos sociais que não só permeiam a sociedade civil (dissociada da ideia de Estado) como, a todo o momento, buscam novos espaços para o exercício da democracia (seja ela direta, representativa e/ou participativa) transformando, cada

XIX. Viram no sufrágio universal, no que era, para eles, a loucura do número, um perigo não menor do que o socialismo.” (LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: 1983, p. 53)

¹¹⁰ “De acordo com Merquior, Bobbio, perito em inteiro domínio do armamento conceitual clássico, aborda a ideia de sociedade civil dos primeiros teóricos modernos do direito natural, passando por Hegel e chegando a Gramsci. Com base na oposição Sociedade civil *versus* Estado, afirma (em **Estado, governo e sociedade**) que no mundo contemporâneo, em função do crescimento do Estado social, ocorreu *verdadeira estatificação da sociedade*, ao lado de uma enérgica socialização do Estado, em função do crescimento de grupos de interesses e organizações de massa, capazes de pressioná-lo[...]” “Historicamente a ideia de Estado, no Ocidente, desenvolveu-se em duas etapas: primeiro, surge a ideia de Estado de Direito e, posteriormente, a do Estado que, além de ser de direito, é democrático.” (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl**. Curitiba, PR: Juruá, 2006. p. 129 e 158)

vez mais, a luta pela democracia em uma luta pela participação do povo nas funções legislativas e executivas (liberdade política).

Tratando de Estado de Direito e de Estado Democrático, Bobbio e Ferrajoli apresentam pensamentos que se complementam quanto à garantia de efetividade dessa forma de Estado. O primeiro, não vinculando democracia e Estado de Direito apresenta uma ideia de democracia formal, enquanto que o segundo, por sua vez, entendendo o Estado de Direito como axiologicamente anterior ao Estado Democrático apresenta uma compreensão mais substancial¹¹¹ dessa forma de governo. Na prática a principal diferença, entre a democracia formal e a democracia substancial, reside no fato de que a primeira define *quem* decide e *como* decide e a segunda define os temas sobre os quais não se pode e, principalmente, os que se deve decidir.

Essa nova sistemática, ao contrário do valor que era destinado à democracia antiga, reconhecendo a democracia (modelo representativo) como um bom governo amplia (de forma significativa) não só o número de participantes desse jogo (novo significado para o termo cidadão) como também os espaços em que as discussões deverão ocorrer (não apenas políticos). Contudo, muito embora extremamente importante, a principal evolução (como visto) não é a simples ampliação do número de participantes, mas o fato de que a discussão, superando o *quem* e o *como*, passa a abranger também o que não pode e, principalmente, o que deve ser decidido.

A constitucionalização dos direitos fundamentais¹¹² (e suas promessas), somando as conquistas do Estado de Direito Liberal (que deve não prejudicar os indivíduos – liberdades negativas) e do Estado de Direito Social (que deve prover o bem estar dos indivíduos – liberdades positivas), enseja o nascimento do chamado Estado Constitucional de Direito. Nele

¹¹¹ “Ainda, de acordo com Ferrajoli, o projeto *garantista* leva a uma redefinição do conceito de democracia – diferenciada formal e substancialmente – e também à fusão de que democracia substancial com Estado de Direito. Assim, visto como um conjunto formado pela soma de garantias liberais mais as garantias sociais, o Estado de direito pode ser configurado *como um sistema de meta-regras com respeito às próprias regras da democracia política*. Isto é, a regra da democracia política, segundo a qual se deve decidir por maioria indireta ou direta dos cidadãos, fica subordinada ao Estado de Direito.” (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba, PR: Juruá, 2006, p.163, grifo do autor)

¹¹² “Com efeito a *Teoria Geral do Garantismo*, entendida como modelo de Direito, está baseada no respeito à *dignidade da pessoa humana* e seus *Direitos Fundamentais*, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais. Isso porque, diante da complexidade contemporânea, a legitimação do *Estado Democrático de Direito* deve suplantar a mera democracia formal, para alcançar a *democracia material* na qual os *Direitos Fundamentais* devem ser respeitados, efetivados e garantidos.” (ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4, grifo do autor)

a democracia, deixando de ser apenas formal, propõe-se substancial, eis que objetiva garantir (principalmente) a efetividade dos direitos fundamentais positivados (garantismo).

Como fruto desse novo contexto democrático, merece ênfase o pensamento desenvolvido por Ferrajoli¹¹³ que, advogando em prol da ampliação da democracia substancial (nível internacional), é contrário à ideia de onipotência da maioria. Para o autor, ao falar de democracia não é possível fazê-lo sem referir-se ao constitucionalismo que possui como princípio fundamental a limitação de poderes, dentre eles, o da própria maioria¹¹⁴. Assim, enquanto a democracia formal refere-se ao Estado político representativo, que tem no princípio da maioria a fonte da legalidade, a democracia substancial nada mais é do que o Estado de direito dotado de garantias efetivas, tanto liberais quanto sociais, sistemática denominada como garantismo¹¹⁵. Diante do exposto resta evidente que, para a garantia da efetivação de um Estado Democrático de Direito, necessário se faz implementar um Estado Constitucional de Direito que, com base em liberdades negativas e positivas, garanta a efetividades dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ferrajoli¹¹⁶ compreende que a essência do constitucionalismo e do garantismo (democracia constitucional) abrange o conjunto de limites impostos pelas constituições a todos os poderes (sistema de separação e equilíbrio de poderes). Para tanto, os Estados Constitucionais¹¹⁷ deverão não apenas garantir os direitos fundamentais, mas, em

¹¹³ “Y también en el sentido de que el paradigma embrional, que puede y debe ser extendido en una triple dirección: ante todo, hacia la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de libertad sino también de los derechos sociales; en segundo lugar, frente a todos los poderes, no sólo frente los poderes públicos sino también frente a los poderes privados; en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho estatal sino también en el derecho internacional.” (FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 35)

¹¹⁴ “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 51).

¹¹⁵ “Como corolário temos que, para o ‘garantismo’, a expansão da democracia deverá dar-se não somente pela multiplicação de seus espaços de atuação, abrangendo também espaços não políticos, onde ficam formalmente democratizados o **quem** e o **como** das decisões. Esta ampliação deverá abranger também a extensão dos vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes – democráticos e burocráticos, públicos e privados – para tutela substancial de direitos vitais sempre novos e, ao mesmo tempo, mediante a elaboração de novas técnicas garantistas aptas a assegurar uma maior efetividade.” (CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de; CADEMARTORI, Sergio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Revista Sequencia**, n. 53, dez. 2006, p. 160, grifo do autor)

¹¹⁶ “Cambian en primer lugar las condiciones de validez de las leyes, que dependen Del respecto ya no solo de normas procedimentales sobre su formación, sin tambien de las normas sustanciales sobre su contenido, es decir, sobre su coherencia com los principios de justicia establecidos em la constitucion [...]” (FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 31)

¹¹⁷ “Só a constituição democrática é autêntica e normativa, pois apenas ela consegue limitar efetivamente a ação do poder, entrelaçando validade e legitimidade [...]. a Legitimidade da constituição é interna, não apenas externa, pois na democracia constitucional é impossível separar validade da legitimidade, ou seja, a criação e o conteúdo

especial, adotar técnicas para o controle e reparação em caso de violação desses direitos. Essa pretensão substancial, inerente à democracia contemporânea, traz em seu bojo a constitucionalização rígida dos direitos fundamentais (assegurados pelas obrigações e proibições impostas aos poderes públicos – constituídos), devendo ser agregada à tradicional dimensão política, meramente formal/procedimental.

Assim, ao tratar da democracia constitucional, Ferrajoli manifesta-se no sentido de que os fundamentos que deram origem à democracia representativa (democracia da maioria¹¹⁸ e liberalismo econômico) chegam a ser incompatíveis com os princípios (objetivos) do constitucionalismo contemporâneo. Para o autor, os absolutismos dos poderes políticos da maioria e dos poderes econômicos do mercado são contrários a essência do constitucionalismo e do garantismo propostos nesse novo modelo conhecido como democracia constitucional. Assim, a democracia constitucional, nesse novo modelo social em que restam reunidos os benefícios dos Estados Liberais e Sociais, é definida por Ferrajoli¹¹⁹ como sendo o conjunto de limites impostos pelas constituições a todo poder, sistemática esta garantida pela rigidez das cartas constitucionais.

Corroborando o pensamento do autor, Sergio Cademartori¹²⁰ compreende que nos sistemas com Constituições rígidas não é possível a disposição, por parte dos poderes majoritários, da norma constitucional. As hipóteses de modificação das constituições supõem a aparição de um novo poder – o constituinte – ordenado pela própria constituição e que age segundo um procedimento específico para a reforma constitucional qualificado com respeito ao procedimento ordinatório de elaboração legislativa.

da norma. (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 17-18)

¹¹⁸ “Para tanto, os vínculos no *Estado Democrático de Direito* de viés *garantista*, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão à minoria, articulando a esfera do indecível.” (ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 04, grifo do autor)

¹¹⁹ “Y se redescubre, por ello, el significado de la constitución como limite y vínculo a los poderes públicos, estipulado dos siglos antes em el artículo 16 de la *Declaración de derechos del hombre de 1789: toda sociedad em la que no están aseguradas la garantía de los derechos ni la separación de los poderes no tiene constitución [...]* Pues bien, este cambio de paradigma, que há hecho posible el papel de las constituciones com garantía de la division de poderes y de los derechos fundamentales, se produjo con aquella verdadera invencion de este siglo, consistente en el carácter rígido de la constitucion – o si se prefere, em la garantía de esa rigidez -, y em consecuencia em la sujecion al derecho interno y tambien el de derecho internacional: su sujeción, precisamente, al imperativo de la paz y a los principios de justiça positiva, y ante todo a los derechos fundamentales, establecidos tanto em las constituciones estatales como em eses embrión de constitución mundial constituido por la Carta de las Naciones Unidas y la *Declaracion universal de los derechos humanos*.” (FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008, p. 28-29, grifo do autor)

¹²⁰ CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade: uma abordagem garantista**. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006, p. 19.

Analisando as realidades fruto dessa evolução democrática que, passando pelos Estados Liberais e Sociais, deu azo ao Estado Constitucional Democrático como ficam países como o Brasil que, reconhecidos como de modernidade tardia¹²¹, não vivenciaram a evolução descrita neste estudo, apresentando severas discrepâncias entre a constituição real e a formal? Para muitos a resposta estaria, de forma simples, no protagonismo do poder judiciário que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais poderes, deveria assumir o papel de intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais.

Contudo, muito embora (nesse novo sistema) tenha-se percebido um sensível deslocamento do centro das decisões do legislativo e do executivo para o judiciário¹²², a efetividade não resta configurada em virtude da ineficácia deste último que, em sua defesa apresenta o fato de que a sobrecarga das demandas sociais (direitos fundamentais não garantidos pelo executivo) acarreta um número significativo de ações judiciais. Conforme estudado até o presente momento, inicialmente (Estado Absoluto), poucos eram os direitos garantidos ao indivíduo, o que ensejou a busca (pelos burgueses) de liberdades negativas que fomentaram o Estado Liberal (Estado Mínimo – protagonismo do legislativo). Este, por sua vez, propiciou (com a dissociação das sociedades civis do Estado) uma significativa ampliação dos direitos individuais acarretando o nascedouro do Estado Social (*welfare state* – protagonismo do executivo) que, diante do aumento expressivo das demandas oriundas dos novos atores sociais, passou a ser criticado pelo neoliberalismo por sua suposta ingovernabilidade.

Com o atual modelo de Estado Constitucional Democrático, em países como o Brasil (que não vivenciaram o Estado Social), a ineficiência (inexistência) das políticas públicas acarretaram a excessiva busca da garantia dos direitos fundamentais (constitucionalmente assegurados) pela via judicial dando azo ao que passou a ser reconhecido como Protagonismo

¹²¹ “Evidentemente, a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência, ou *welfare state* tem conseqüências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, onde não houve o Estado Social [...] No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um *simulacro de modernidade* [...] Ou seja, em nosso país as promessas da modernidade ainda não se realizaram, a solução que o *establishment* apresenta, por paradoxal que possa parecer, é o retorno ao Estado (neo) liberal.” (STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 24-25, grifo do autor).

¹²² “Também, no direito alemão, o princípio resulta da posição livre em que o nosso Código Civil coloca o juiz: essa liberdade resulta da consciência de que o poder legislativo é insuficiente e da confiança tanto no conhecimento da vida pelo juiz, como na sua capacidade para ponderar e julgar os interesses da comunidade jurídica. Essa confiança é expresamente afirmada em inúmeros casos, pelo emprego das chamadas normas em branco ou palavras em branco e pelas referências aos bons costumes ou aos usos da vida. (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 235-236)

Judicial, momento em que as decisões passaram a contemplar temáticas polêmicas. Para os substancialistas que advogam em benefício do juspositivismo/jusconstitucionalismo (garantista e normativista), como é o caso de Luigi Ferrajoli, esse alargamento do poder Discricionário do Judiciário seria contrário aos procedimentos inerentes a uma democracia fruto de um Estado Constitucional de Direito, posição esta adotada também por Lenio Luiz Streck (constitucionalismo contemporâneo) muito embora este último, apresentando a hermenêutica constitucional (como mote de sua teoria da decisão) conceba a norma, ao contrário de Ferrajoli, como sendo regras e princípios. No lado oposto os processualistas/procedimentalistas, advogando em benefício do que passou a ser concebido como neoconstitucionalismo/jusliberismo (principlista e argumentativo) apresentam ativismo judicial (pautado no alargamento do Poder Judiciário) como ferramenta para a concretização das promessas constitucionais. Contudo, ambos (substancialistas e processualistas) apresentam como fundamento de suas teorias a ideia de democracia constitucional, pautada em direitos fundamentais.

Tratando da temática, Lenio Luiz Streck não aceitando qualquer forma de discricionariedade judicial¹²³, entende que “Discutir as condições de possibilidade de decisão jurídica é, antes de tudo, *uma questão de democracia* [...] O drama da discricionariedade que crítico reside no fato de que *esta transforma os juízes em legisladores*”. Assim, diante do todo exposto, resta clara a necessidade de estudo desse ciclo “evolutivo” que conduz o direito neste novo universo jurídico (contemporâneo), razão pela qual, para compreensão da realidade atual necessário será (no segundo capítulo deste estudo) compreender a transição do jusnaturalismo para o juspositivismo (estudando as concepções e conceitos inerentes ao direito e a moral), bem como, no terceiro capítulo, procurar não só estudar, mas, em especial, compreender a evolução hermenêutica em busca não só da superação do positivismo jurídico, mas, principalmente, da necessidade da limitação da discricionariedade dos poderes constituídos (sendo objeto do presente estudo os limites do poder judiciário). Para tanto, buscar-se-á diferenciar as terminologias que correspondem as correntes jusnaturalistas, juspositivistas, jusconstitucionalistas (constitucionalismo contemporâneo) e jusliberista, razão pela qual resta

¹²³ “E esse é o problema. Portanto Ferrajoli tem razão porque, nos moldes como é apresentado, o neoconstitucionalismo depende de posturas axiologistas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial.” (FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64)

premente (na oportunidade) a compreensão dos termos discricionariedade, arbitrariedade e ativismo este, para muitos, sinônimo de arbitrariedade.

Diante da análise das transformações conceituais do termo democracia, resta evidente a importância do constitucionalismo (democracia constitucional), em especial no que tange a compreensão dos objetivos para os quais ele fora constituído (concessão de liberdades e limite de poderes). Contudo, muito embora os princípios inerentes a este importante marco jurídico (democracia constitucional) o Brasil (adotando um modelo de Estado Democrático de Direito que não é Liberal nem Social), tem procurado efetivar direitos fundamentais (promessas do poder constituinte originário) pelo poder judiciário que (avocando para si funções que seriam dos poderes Legislativo e Executivo), por sua vez, tem fomentado discussões (como ocorreu no regime absolutista europeu) quanto à legitimidade e limites dos poderes constituídos.

Pois bem, diante dessa situação vivenciada no país, muito embora as promessas constitucionais realizadas (poder constituinte originário), passados mais de 20 (vinte) anos, existem inúmeras discrepâncias entre a constituição formal¹²⁴ e a constituição real o que ocorre, não só por problemas educacionais e culturais significativos, mas, em especial, pelos problemas estruturais (burocratização) de organização e limites de poder. Assim, realizadas promessas constitucionais (inerentes aos modelos de Estados de bem estar social – *Welfare State*) e não cumpridas, o sistema judiciário brasileiro tem procurado garantir (judicialmente) esses direitos que deveriam ser fruto de efetivação/concretização de políticas públicas pelo poder Executivo, eis que assegurados constitucionalmente. Contudo, resta indagar se, ao realizar ditos procedimentos (efetivação de políticas públicas e/ou supressões de omissões legais) o poder judiciário não estaria extrapolando seu poder competente (jurisdição) uma vez que avoca (para si) funções inerentes aos demais poderes constituídos¹²⁵. É com intuito de responder essa questão que se buscará compreender se existe (ou não) uma teoria da decisão judicial que se coadune como o Estado de Direito fruto de uma democracia constitucional instituída por direitos fundamentais.

Nos últimos tempos, muitas têm sido as críticas realizadas nesse sentido, uma vez que o órgão responsável pela guarda da constituição federal (Supremo Tribunal Federal – STF)

¹²⁴ “É justamente neste campo que acaba se materializando a *falácia garantista*. Isso porque não basta a mera declaração de direitos, se não houver, trambém e paralelamente, mecanismos idôneos e capazes de corrigir os desvios e efetivar os direitos na sua maior extensão.” (ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 33, grifo do autor)

¹²⁵ “O papel criativo dos juizes na evolução e modernização do direito constitui agora um dado geralmente aceito. Certamente, este papel implica certo grau de discricionariedade e, por isso, de “politização” e “socialização” da atividade e, assim, do poder jurisdiccional.” (CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1989, p. 86, grifo do autor)

tem proferido decisões passíveis de questionamentos em virtude da dita harmonia e independência entre os poderes¹²⁶. O foco principal dessa discussão tem sido a suposta falta de legitimidade dos representantes do poder judiciário uma vez que, não sendo eles representantes eleitos pelo povo (democracia indireta), não possuiriam legitimidade para realizar alterações em textos normativos, sejam eles constitucionais e/ou infraconstitucionais. No caso do primeiro a preocupação resta aumentada diante do fato de, adotando um modelo constitucional rígido, ser significativo o quorum previsto pela carta constitucional para efetivação de emendas constitucionais, fato este que não seria observado caso fosse alterado por meio de decisões judiciais.

Face o exposto, este estudo (não possuindo interesse em esgotar a matéria) objetiva, realizando comparativos com as evoluções inerentes aos modelos estatais, constitucionais e democráticos, apresentar fatos que possam auxiliar na compreensão dessa preocupação nacional¹²⁷ quanto aos mecanismos adotados para suprir não só falhas no exercício e efetivação de políticas públicas (pelo judiciário), mas, quanto à preocupação no uso desse poder para realizar alterações normativas de âmbito constitucional¹²⁸ e infraconstitucional. Assim, analisada a evolução constitucional bem como a origem e desdobramentos do termo democracia, em especial no que tange a democracia constitucional, o estudo passará a estudar, como já narrado, o ciclo “evolutivo” que nos leva à realidade contemporânea, tendo como mote (no segundo capítulo) compreender a transição do jusnaturalismo para o juspositivismo e jusconstitucionalismo (estudando as concepções e conceitos inerentes ao direito e a moral) bem como (no terceiro capítulo) procurar não só estudar, mas, em especial, compreender a

¹²⁶ “Na verdade o drama da discricionariedade que critico reside no fato de que *esta transforma os juizes em legisladores*. E, para além disso, esse “poder discricionário” propicia a “criação” do próprio objeto de “conhecimento” típica manifestação do positivismo. Ou seja, a razão humana é “fonte iluminadora” do significado de tudo o que poder ser enunciado sobre a realidade. As coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonismo (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário). Consequências disso? Inúmeras.” (STRECK, Lenio Luis. Patogênese do protagonismo judicial em *Terrae Brasilis* ou de como “sentença não vem de *sentire*”. In: _____; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 158-159, grifo do autor)

¹²⁷ “Nada é mais importante, portanto, que não seguir como ovelhas o rebanho dos que nos precederam, indo assim não onde querem que se vá, sendo onde se deseja ir [...] Moremos seguindo o exemplo dos demais. A saída é nos separarmos da massa e ficarmos a salvo.” (SÊNECA, Lucio Anneo. **Da felicidade, seguido de, Da vida retirada**. Traduzido do latim por Lucia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vrana. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 8).

¹²⁸ “Igualmente perigosa para a força normativa da Constituição afigura-se a tendência para a frequente revisão constitucional sob a alegação de suposta e inarredável necessidade política [...] A frequência das reformas constitucionais abala a confiança na sua inquebrantabilidade, debilitando a sua força normativa. A estabilidade constitui condição fundamental da eficácia da Constituição.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22)

evolução hermenêutica¹²⁹ que (propondo superar o positivismo jurídico) busca de forma incessante a necessária limitação da discricionariedade dos poderes constituídos (sendo objeto do presente estudo os limites do poder judiciário), tendo como o eixo norte a ideia de Democracia Constitucional em um Estado Constitucional de Direito fulcrado nos direitos fundamentais.

¹²⁹ “No fundo, apenas os pensamentos próprios são verdadeiros e têm vida, pois somente eles são entendidos de modo autêntico e completo. Pensamentos alheios, lidos, são como as sobras das refeições de outra pessoa, ou como roupas deixadas por um hóspede na casa.” (SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Süssekind. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 41)

3 FILOSOFIA DO/NO DIREITO

“Os eruditos são aqueles que leram coisas nos livros, mas os pensadores, os gênios, os facho de luz e promotores da espécie humana são aqueles que as leram diretamente no livro do mundo.”¹³⁰

Conforme narrado no capítulo anterior, para a sequência dos estudos (objetivando compreender as temáticas abordadas) necessário se faz analisar o sistema que permeia a historicidade que fomentou a transição/evolução da democracia liberal (passando pela social até desaguar na) para democracia constitucional (liberdades negativas somadas às liberdades positivas). Diante do exposto, tendo como pretensão a construção de uma ponte (em termos de conhecimento) entre as bases estruturais do ordenamento jurídico (e suas vicissitudes) em cada modelo de Estado (Liberal, Social e Constitucional) e sua necessária evolução em busca de uma teoria da decisão judicial (o que se pretende com base em uma hermenêutica filosófica) necessário será estudar esse inebriante mundo da positivação do direito (ordenamento jurídico) e seus desdobramentos (jusnaturalismo, juspositivismo, jusconstitucionalismo e jusliberismo), procedimento que, espera-se, esclarecerá a razão pela qual (muito embora a evolução do Estado e do Direito) as garantias constitucionais (em especial os direitos fundamentais) têm (ou não) permitido a necessária limitação dos poderes constituídos, em especial no que diz respeito ao judiciário.

Nesse sentido, resta impossível fazê-lo sem analisar a imbricada relação (em cada matriz teórica) entre o direito e a moral, tema que (há muito) vem assolando os pensadores¹³¹ do direito. Em determinados momentos da história a moral apareceu intimamente ligada com o direito (jusnaturalismo) e em outros totalmente dissociada dele (juspositivismo), voltando a proximidade no que passou a ser concebido como jusconstitucionalismo e jusliberismo

¹³⁰ SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Süssekind. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 41.

¹³¹ “[...] é possível a qualquer momento sentar e ler, mas não sentar e pensar” [...] “De qualquer forma, na verdade, só tem valor o que uma pessoa pensou, a princípio, apenas para si mesma. Aliás, é possível dividir os pensadores entre aqueles que pensam a princípio para si mesmos e aqueles que pensam de imediato para os outros. Os primeiros são pensadores autênticos, são os que pensam por si mesmos, são eles mais propriamente os filósofos. Pois apenas eles tratam dos assuntos com seriedade. O prazer e a felicidade de sua existência consistem exatamente em pensar. Os outros são os sofistas: eles querem criar uma aparência e procuram sua felicidade naquilo que esperam receber dos outros.” (SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Süssekind. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 47; p. 52).

(neoconstitucionalismo), sistemáticas que (quanto ao uso dos princípios) restam criticadas pelos que propugnam o juspositivismo. Assim, objetivando compreender essa importante relação, o presente estudo (obedecendo aos limites acadêmicos que lhe são impostos) pretende analisar essa transição tendo como eixo norte tão somente o (conhecido/denominado) Estado Moderno, partindo das contribuições de Hobbes, Locke e Rousseau (jusnaturalistas) passando por Bentham, Austin e Kelsen (juspositivistas) até chegar aos pensamentos entabulados por Ferrajoli na obra *Garantismo, Hermenêutica e (neo)constitucionalismo* (um debate com Luigi Ferrajoli)¹³² lançada (pela livraria do advogado) no ano de 2012, na qual o jusfilósofo responsável pela premissa (no pensamento de alguns dos organizadores da obra) estaria realizando uma mixagem entre duas das escolas do pensamento jurídico moderno (jusnaturalismo e juspositivismo).

Assim, diante do já narrado (quando do primeiro capítulo), este desprezioso estudo não permite uma abordagem muito profunda das temáticas descritas no breve intróito, tendo como desiderato uma análise dos referidos temas tão somente com o intuito de permitir uma melhor compreensão das transições democráticas já estudadas e, como não poderia deixar de ser, introduzir o leitor no contexto da discussão que se pretende para o capítulo seguinte (terceiro) que, no entendimento do pesquisador, se apresenta como o objeto principal de todo o estudo realizado. Assim, sem objetivar maiores digressões, o último capítulo apresentará a democracia constitucional (fruto dos direitos fundamentais) como um importante (mecanismo) limitador da discricionariedade judicial, o que se buscará demonstrar pela compreensão dos ditames inerentes a hermenêutica filosófica.

Com base no exposto, resta demonstrada a extremada importância dos autores¹³³ sugeridos como objeto de estudo uma vez que permeiam as discussões que, cada um a seu tempo e modo, fomentaram as transições realizadas no pensamento jurídico da modernidade. Sem adentrar nas atrocidades¹³⁴ perpetradas pelos regimes totalitários/autoritários, eis que

¹³² FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

¹³³ “Também se pode dizer que há três tipos de autores: em primeiro lugar, aqueles que escrevem sem pensar. Escrevem a partir da memória, de reminiscência, ou diretamente a partir de livros alheios. Essa classe é a mais numerosa. Em segundo lugar, há os que pensam enquanto escrevem. Eles pensam justamente para escrever. São bastante numerosos. Em terceiro lugar, há os que pensaram antes de se pôr a escrever. Escrevem apenas porque pensaram. São raros.” (SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 57).

¹³⁴ “Em lugar de prazeres e gozos mesquinhos e frágeis, até mesmo prejudiciais em sua desordem, que venha uma grande, inabalável e constante alegria e, ao mesmo tempo, a paz e harmonia da alma, a generosidade com a doçura. Qualquer tipo de maldade é resultado de alguma deficiência.” (SÊNECA, Lucio Anneo. **Da felicidade, seguido de, Da vida retirada**. Traduzido do latim por Lucia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vrana. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 11).

(como já narrado) o objeto principal do presente estudo são os regimes democráticos, procurar-se-á demonstrar como a excessiva força de um dos três poderes – sem limites – (Executivo, Legislativo e Judiciário, que deveriam ser harmônicos e independentes, conforme reza a atual carta constitucional brasileira) leva aos excessos que fomentaram os referidos regimes (poderes absolutos/ilimitados), tal como aconteceu (considerando apenas o Estado Moderno) na Revolução Industrial (parlamento burguês¹³⁵ – poder legislativo) e nos regimes nacionais socialistas (nazismo e fascismo – poder executivo) que acarretam (como forma de “correção”) na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) respectivamente.

Contudo, muito embora esses dois importantes marcos teóricos/históricos tenham propiciado o nascedouro (no primeiro da positivação) dos direitos fundamentais oriundos das liberdades negativas e (no segundo da constitucionalização) dos direitos humanos fruto da soma das liberdades negativas e positivas, até hoje a relação entre o direito e a moral não resta compreendida/esclarecida/coesa¹³⁶, não só quanto ao momento de sua ligação na constituição do ordenamento jurídico como, em especial, na forma como deve ser concretizada.

Diante do todo exposto, objetivando compreender esse amalgama que liga essas duas intrigantes formas de pensar as relações humanas (natural/contratual) buscar-se-á estudar os principais pensadores/filósofos¹³⁷ que estabeleceram/fomentaram o atual sistema que permeia o mundo jurídico mundial e, principalmente, brasileiro que (para muitos) vive de mixagens teóricas que têm acarretado os problemas vivenciados na atualidade, dentre eles (principalmente), a não concretização dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

¹³⁵ “O Estado de direito, enquanto *rule of law* remonta, inevitavelmente, à Revolução Gloriosa, de 1688, e ao advento do Parlamento como instituição fundamental no processo político britânico. Zagrebelsky destaca que a “Rule of Law, not of men” não evoca somente em geral o *topos* aristotélico de governo das leis no lugar do governo dos homens, mas também o contraste histórico-concreto que o parlamento inglês havia sustentado e vencido contra o absolutismo real.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 14, grifo do autor)

¹³⁶ “Mas o filósofo é incapaz de *comunicar* ao vulgo o fruto de sua investigação, de fazer com que os prisioneiros da caverna se beneficiem de suas luzes.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 33, grifo do autor)

¹³⁷ “Concordemos relativamente à natureza dos filósofos, em que estão sempre apaixonados pelo saber que possa revelar-lhes algo daquela essência que existe sempre, e que não se desvirtua por ação da geração e da corrupção.” (PLATÃO. **A república**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 180)

Assim, tendo como mote não só a compreensão histórica dos procedimentos que propiciaram o atual quadro sócio jurídico, mas, também, a construção de um pensamento que garanta o tão almejado limite aos poderes constituídos (que, supostamente, os tornaria independentes e harmônicos) restarão (no próximo capítulo) apresentados os direitos fundamentais (assegurados pela democracia constitucional) como importantes freios a todo e qualquer poder (seja ele oriundo da maioria, do legislativo, do executivo e/ou do judiciário, sendo este último o objeto principal do estudo proposto).

Antes da análise narrada, necessário se faz a compreensão dos desdobramentos dos pensamentos fruto do jusnaturalismo e do juspositivismo que desaguaram no que restou reconhecido como positivismo jurídico sistema que, como restará demonstrado no decorrer do presente capítulo, fomentou (dentre outras posições que lhe são inerentes) a separação entre o direito e a moral (demonstrando um excessivo apego ao cientificismo e ao formalismo). Como resposta a essa forma de pensamento (positivismo normativo) surgirá, buscando reaproximar o direito e a realidade, o período das jurisprudências (realismos jurídico) que, compreendendo o direito como ciência acabou por afastá-lo ainda mais do seu desiderato, o que propiciou (finalizando o estudo desse segundo capítulo) o movimento do direito livre e a jurisprudência dos valores, por muitos considerados os responsáveis pelos horrores vivenciados nos regimes totalitários que, aproveitando-se dessa suposta “evolução do direito”, entendiam legítimas as ações estatais eis que respaldadas pelo universo jurídico de sua época (legitimidade como sinônimo de legalidade e validade como sinônimo de vigência).

Assim, procurando demonstrar as dificuldades fomentadas por este direito fruto da modernidade¹³⁸ que culminou na posituação Estatal como comandos direcionados aos juristas (Austin e Kelsen), buscar-se-á compreender a necessidade de mecanismos que permitam (muito embora a clara necessidade do direito positivado) a existência de limites, sejam eles relativos ao Legislativo (maioria), ao Executivo (totalitarismos) e ao Judiciário (só é direito o que os juízes dizem ser direito). Com esse intento, antes de compreender as posições contemporâneas que almejam a existência de tais limites, resta premente conhecer (como já narrado) o caminho percorrido pelo mundo jurídico até chegar a este modelo da atualidade em que a balança do poder tem pesado (repristinando o passado), de forma mais significativa, em

¹³⁸ “Por conseguinte, a metafísica cartesiana não implica apenas a exclusão do antigo direito natural clássico. Ela impõe ao pensamento jurídico moderno suas duas novas direções: racionalismo e naturalismo. É até mesmo a explicação, a razão de ser filosófica dessa diversidade de doutrinas, ou mesmo das contradições do pensamento jurídico moderno.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 607)

prol do judiciário acarretando o que, na atualidade, passou a ser conhecido como protagonismo do poder judiciário (por muitos, compreendido como ativismo). Com esse intento, o presente estudo restará finalizado (terceiro capítulo) objetivando compreender as proximidades e divergências do emprego das terminologias tão caras a esse processo que sofre severas críticas da hermenêutica filosófica, sendo elas a discricionariedade, a arbitrariedade e o ativismo.

Para que seja possível o estudo proposto, o conhecimento da transição existente entre os modelos de pensamento que propunham a moral como superior ao direito positivado para um direito que inverte os polos (direito superior a moral, devendo esta ser descartada do mundo jurídico), necessário se faz conhecer (inicialmente e como já narrado) os ditames inerentes, primeiro, ao jusnaturalismo e, na sequência, do juspositivismo para, ao final, compreender os desdobramentos práticos fruto dessas duas formas de pensar o mundo jurídico contemporâneo, tendo ele sido (como reflexo) permeado pelas decisões jurisprudenciais (jurisprudência dos conceitos, movimento do direito livre e jurisprudência dos interesses/valores). Por fim, “compreendidos” os procedimentos inerentes a essas duas formas narradas (que propiciam o nascedouro e desenvolvimento do ordenamento jurídico) necessário se faz estudar os procedimentos relativos a aplicabilidade desses regramentos aos casos práticos, uma vez que (em ambos) a interpretação da norma jurídica é/está separada da sua aplicação, sendo tratados como momentos distintos.

Com esse desiderato, pretende-se justificada a necessidade de analisar (como dito) a imbricada relação entre o direito e a moral (sem, contudo, apresentar profundas digressões quanto a esta última e seus desdobramentos, sendo que muito se tem escrito sobre o tema). Assim, para que possam ser esclarecidos (obedecidos os limites impostos no e pelo presente estudo) os termos e seus reflexos no ordenamento jurídico, resta importante iniciar pelo que passou a ser (historicamente) conhecido como jusnaturalismo e sua (polêmica e intrigante) transição para o juspositivismo que, ao final, acabou descambando para o famigerado positivismo jurídico (*qual?*) e suas nefastas implicações.

Na atualidade muitos pensadores têm procurado demonstrar a superação dessa forma de conceber o direito, entendendo-o (positivismo) como superado (*será?*), momento em que passaram a configurar o que muitos nomenclaram de pós-positivismo uma doutrina que (*dizem*), permitiria o tão almejado limite à discricionariedade judicial, dentre eles (muito embora não possa ser considerado um pós-positivista, ao contrário) o próprio Ferrajoli. Diante do todo exposto, impossível o início do estudo que se propõe (em especial pela importância

do que passará a ser concebido como ordenamento jurídico¹³⁹) sem conhecer as lutas em busca da positivação do direito, momento em que surgem as polêmicas entre *Common Law* (moral/costumes/precedentes) e a *Civil Law* (direito positivado), bem como os desdobramentos fruto desses períodos.

3.1 Período do Jusnaturalismo

Coforme demonstrado, o presente estudo objetiva a compreensão do Estado Moderno sendo que para tanto (e como limite acadêmico), serão estudadas (no que diz respeito ao jusnaturalismo) as evoluções jurídicas ocorridas na Inglaterra, França e Alemanha. Assim, apresentada (no primeiro capítulo) a evolução histórica do Estado (absoluto, liberal, social e constitucional), estudando-se (na oportunidade) as diretrizes políticas e econômicas afetas à estruturação do poder (político e jurídico), destacou-se a busca pela participação popular no seu exercício, o que foi feito com fulcro na moderna concepção do termo democracia (liberal/social/constitucional). Muito embora narrado (na oportunidade) que não seriam objeto de estudo os regimes totalitários/autoritários, neste tópico necessário se faz (mesmo que de forma breve) conhecer os pensamentos afetos ao Estado Absoluto de Hobbes, um dos grandes jusfilósofos que iniciou a batalha pela positivação do direito, o que fez com base na razão humana¹⁴⁰, contudo, focada na vontade do legislador¹⁴¹.

¹³⁹ “Uma terceira tarefa da norma fundamental está circunscrita à criação da unidade, ou seja, ela é reponsável pela transformação de uma ordem jurídica em um sistema de normas [...] Esta norma fundamental forma o vínculo entre todas as normas jurídicas, configurando uma ordem. Uma norma jurídica pertence a determinada ordem jurídica, na medida em que deriva a sua validade da norma fundamental que constitui a ordem.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 55)

¹⁴⁰ “Dessa forma, finalmente, Hobbes complementa a revolução de Maquiavel, fundamentando o Absolutismo a política no Absolutismo do homem e fundando a brutalidade necessária do poder no Estado na simples consideração de que este é uma criação artificial do homem a quem ele recorre para moderar na história a tragicidade do seu destino de lupus, que não pode ser senão a morte.” (BOBBIO, Norberto.; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998, p. 15)

¹⁴¹ “Basta recordar que o fenômeno histórico da formação dos Estados nacionais na Europa, durante os séculos XVI e XVII, não só consistiu na afirmação de uma soberania estritamente política, senão que implicou também na nacionalização das fontes do direito privado. O ato legislativo teria de ser a fonte primária do direito pela só razão de que era mandamento do soberano; com o que se confundiu o poder de ditar ordens com a capacidade para criar direito.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 10)

3.1.1 Direito como Razão Humana

“A lei, em geral, é a razão humana enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas os casos particulares a que se aplica a tal razão humana.”¹⁴²

Hobbes, sendo contratualista, fomentou o início do que passou a ser configurado como sendo o Estado Moderno, o que fez apresentando uma nova visão no que tange a estrutura deste ente fictício (antropocentrismo), dando azo ao que passou a ser conhecido como Racionalismo Jurídico (sistemática em que a razão humana passa a ser o foco das atenções no que diz respeito a estruturação e fundamento do poder). Assim, o fundamento do poder, objetivando a separação entre a Igreja e o Estado¹⁴³, deixa de ser divino e passa a ser fruto do acordo de vontades que, na concepção de Hobbes¹⁴⁴ objetivava paz, evitando a guerra de todos contra todos (estado de natureza), momento em que os súditos, abrindo mão de seus direitos em benefício do Rei, deveriam cumprir os pactos¹⁴⁵ sob pena de coerção, poder este que (com essa nova estrutura estatal) passa a pertencer (única e exclusivamente) ao Estado.

Na sequência do pensamento jurídico moderno, mantendo o ideal do racionalismo, mas, concebendo o povo como cidadãos e não mais como súditos surge Locke¹⁴⁶, outro

¹⁴² MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 26.

¹⁴³ “Para Hobbes, não se deve mais misturar o domínio da fé com o da filosofia, que é construída com a razão. A filosofia política de Hobbes é exclusivamente profana, pelo menos na medida em que nosso autor permanece fiel a seus princípios, o que nem sempre acontece.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 683)

¹⁴⁴ “Da mesma forma como os homens, almejando conseguir a paz, e por meio dela a sua própria conservação, criaram um homem artificial chamado Estado, criaram, também, cárceres artificiais, chamadas leis civis, que, mediante pactos mútuos, os mantêm presos, por uma das extremidades, ao homem ou à assembléia a quem confiaram o poder soberano e, por outra, a seus próprios ouvidos.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p. 171).

¹⁴⁵ “Fora essa razão do pacto. Fora esse cálculo racional, interesseiro, do indivíduo, que o determinara a concluir o contrato social: fazer valer seu direito natural. Como um agente publicitário, Hobbes empenha-se em fazê-lo compreender os benefícios do negócio, em provar-lhe que este, ademais, é isento de riscos.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, 716).

¹⁴⁶ “O maior e principal objetivo, portanto, dos homens se reunirem em comunidades, aceitando um governo comum, é a preservação da propriedade. De fato, no estado de natureza faltam muitas condições para tanto.”

filósofo inglês que, por sua vez, compreendia que a união das pessoas em sociedade civil (concepção totalmente diversa de Hobbes quanto à liberdade e ao direito natural) teria como fundamento maior e principal objetivo a preservação da propriedade, propugnando o nascedouro do modelo de Estado Liberal. Fechando o ciclo desta fase do racionalismo iluminista¹⁴⁷ surge Rousseau¹⁴⁸ que, concebendo a vontade geral como propulsora da união entre os cidadãos para a estruturação de um Estado Social, apresenta como fundamento desta união a busca do bem comum.

Muito embora as distinções inerentes a cada modelo de Estado proposto (Estado Absoluto, Liberal, Social) o eixo que os une diz respeito à concepção de um Estado em que o Direito passa ser atributo do soberano, restando (ao final, com o positivismo jurídico) confundido com a ideia de Lei Civil. Esta por sua vez, sendo fruto da vontade do Soberano (Estado Absoluto-Rei/Estado Liberal-Parlamento/Estado Social-Maioria) que (com base na razão humana) passa a ser o responsável pelos ditames que nortearão a, agora, convivência em sociedade, tem como um dos principais objetivos (iniciais) propiciar a transição do estado de natureza (período de sobrevivência diante da insegurança jurídica) para um estado civil/artificial (projeto de convivência), fruto da ficção (idealizado).

Assim, com o intento de positivação do direito, nasce o que passou a ser conhecido como jusnaturalismo momento em que o Estado (como narrado) passa a ser o responsável pelos ditames jurídicos (muito embora proporcione a transição do estado de natureza para o estado civil, essa corrente doutrinária não desconsidera – por completo – o direito natural). Trata-se de uma corrente do pensamento jurídico afeto a modernidade¹⁴⁹ que, buscando na razão humana¹⁵⁰ o fundamento do poder soberano do Estado, cria (para tanto) a ideia de

(LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 84)

¹⁴⁷ “Não lhe interessava, dizia ao amigo, somente a ciência e sua melhor parte, que é a inteligência; interessava-o o problema do homem. Assim, sua filosofia não se perde na pura especulação. Sua infatigável procura da verdade – de que é expemplo a notável biografia intelectual que se vai ler – deve conduzir ao conhecimento da natureza para a pôr a serviço dos homens. E é este, ainda, apesar de tudo, o verdadeiro espírito da filosofia.” (DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 11)

¹⁴⁸ “A primeira e mais importante consequência dos princípios até aqui fundamentados é que só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o bem comum.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nassetti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 33).

¹⁴⁹ “Na Sexta Parte, Descartes conta-nos as razões que o levaram a publicar seu livro e quais os requisitos necessários para progredir na investigação da natureza. Julga que deve divulgar os resultados a que chegou, pois eles ajudarão a melhorar a sorte dos homens e os tornarão senhores, dominadores da natureza [...]” O *Discurso do método* é o prefácio do pensamento moderno.” (DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 22-23, grifo do autor).

¹⁵⁰ “O ideal constitucional das revoluções do século XVIII, segundo Stolleis, pode ser resumida na pretensão de racionalização do poder, o fim dos privilégios, garantia dos direitos de liberdade, com a nação representando-se a

positivação das regras que regulam a vida em sociedade, momento em que (ao contrário do que vinha ocorrendo) as leis devem ser previamente instituídas pelo Estado¹⁵¹.

Assim, nesta primeira fase da positivação do direito no Estado Moderno, em especial até a Revolução Francesa (1789), a concepção de direito positivado (tendo o Estado como sua principal fonte), concebia a existência de lacunas as quais deveriam, diante do que passou a ser conhecido como Jusnaturalismo, ser “preenchidas” pelo direito natural. Objetivando o estudo do Estado Moderno (tão somente), resta importante ratificar que a compreensão das terminologias e concepções inerentes ao significado de direito positivo, direito natural e positivismo jurídico, estarão atreladas aos pensamentos (pensadores) contemporâneos à época, razão pela qual (obedecendo ao recorte acadêmico proposto para o presente estudo) deixarão de ser analisadas digressões outras sobre os termos, sejam elas de Platão, Aristóteles¹⁵² e/ou do Estado Medieval.

Assim, antes de tratarmos, especificamente do positivismo jurídico (tendo Kelsen como expoente) e seus nefastos desdobramentos, necessário se faz (inicialmente) compreender as condições que delimitam o que passou a ser conhecido como jusnaturalismo e suas contribuições para a positivação do direito que, num segundo momento, levam ao que passou a ser concebido como juspositivismo (sendo Hobbes¹⁵³ assim concebido por muitos) que, num momento posterior, descamba para o que passou a ser conhecido como positivismo jurídico. Para tanto, ao tratar dos conceitos e concepções que são inerentes ao jusnaturalismo (em especial no que diz respeito ao direito natural e sua distinção do direito positivo – lei

si mesma, gerando a identidade ou quase-identidade entre governantes e governados.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 164)

¹⁵¹ “Com exceção da lei natural, as demais devem ser transmitidas oralmente, por escrito ou mediante outro ato emanado da autoridade soberana a todos que são obrigados a lhe obedecer. Isso porque a vontade de alguém só pode ser entendida por intermédio de suas palavras ou atos ou, ainda, por uma conjectura feita com base em seus objetivos e propósitos, os quais devem sempre ser considerados, na pessoa do Estado, em harmonia com a equidade e a razão.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p. 218)

¹⁵² “Muito embora o recorte proposto pelo estudo esta passagem, que consta da introdução da obra **POLÍTICA**, necessita ser registrada por vir ao encontro dos pensamentos jusnaturalistas a serem descritos na sequência: “Aristóteles distingue entre leis *escritas (oi kata gramata nomoi)* visionadas e promulgadas pelo legislador; e leis não escritas ou consuetudinárias (*kata to ethe*). Pronuncia-se pela superioridade das leis não escritas, mais seguras e fortes, porque a força da lei deriva do hábito e do costume e ganha vigor com o decorrer do tempo (*diachronon plethos*). A supremacia da lei resultante do tempo é fonte da força para a comunidade e de estabilidade da constituição. Por isso mesmo é melhor ser governado por leis do que por homens, sempre sujeitos às paixões [...] supremacia da lei fundada na natureza”. (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 27)

¹⁵³ “Hobbes aceita plenamente a existência da *lei natural moral* e o papel decisivo que ela tem no princípio das ações humanas, mas não que ela seja *jurídica*. Ele não é *jus-naturalista*.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 739, grifo do autor)

civil), serão objeto de estudo os pensamentos professados pelos autores (iluministas) que permearam as discussões travadas durante os séculos XVII e XVIII, iniciando, como não poderia deixar de ser, com Hobbes.

Para o referido jusfilósofo as leis naturais¹⁵⁴ consistiam na equidade¹⁵⁵, justiça, gratidão e em outras virtudes morais destas dependentes, ou seja, apresentava uma forte ligação (desta forma de compreensão das regras inerentes à razão humana) ao conceito de moralidade, fato este que ainda intriga os autores contemporâneos¹⁵⁶. Conforme restará abordado quando do último capítulo, a grande celeuma do direito na atualidade diz respeito (assim com já era fruto de discussão no século das luzes) aos limites da busca pela fundamentação do direito (*jusnaturalista ou juspositivista?*). Contudo, na época (realizando a primeira separação dos valores em relação ao direito – religioso) a preocupação residia na construção de um sistema jurídico e hoje na aplicação deste ao caso em concreto.

O autor em questão (Hobbes), preocupado com a formação política do Estado (absoluto) e de suas leis, propugna a passagem do estado de natureza para o estado civil. Muito embora compreenda o direito como fruto da vontade do legislador soberano (direito positivo), em que (nesta nova estrutura) o Estado passa a ser o responsável por dizer o que é justo ou injusto¹⁵⁷ (tendo ciência das limitações humanas – inclusive do legislador

¹⁵⁴ “A originalidade de Hobbes foi reservar a criação da ordem jurídica apenas à lei do Estado. O direito é *postulado apenas* pelo Estado e por essa lei por excelência que aos olhos dele é a lei civil – essa lei cuja fórmula expressa está gravada em “sinais” manifestos. Nisso culmina sua filosofia para o direito” [...] “Não queremos dizer, entenda-se bem, que o sistema jurídico de Hobbes nada deve à lei natural. Muito pelo contrário, Hobbes construiu, como os filósofos seus predecessores, sobre a base da natureza: mas da *natureza do homem*, já que o seu nominalismo ignora a natureza das sociedades. Hobbes conserva do estoicismo a idéia [...] de uma natureza humana uniforme, e dessa natureza do homem ele tira os dois fundamentos de seu sistema: o *jus*, ou poder de cada um; *a lex naturalis*.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 727; p. 733, grifo do autor).

¹⁵⁵ “Na Inglaterra, por igual, a equidade – inicialmente uma forma de dispensar justiça baseada na razão natural, acabaria se transformando numa jurisdição encarregada de aplicar um corpo de normas perfeitamente estrutuadas: a História do Direito testemunha que a razão natural termina sempre, se se aplica reiteradamente, por descansar em suas próprias pegadas, perdendo a sua naturalidade e convertendo-se, assim, em técnica. Tanto no Direito Romano como no Direito Inglês, essa conversão de um sistema de justiça natural em um sistema de direito estrito trilhou o mesmo caminho. O edito do pretor e a *equety* do chanceler circunscreveram-se a pouco e pouco e acabaram por cristalizar-se num ordenamento jurídico tão rígido como o *ius civile* ou a *common Law*.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção *ajuris/5*, 1977, p. 121)

¹⁵⁶ Para esclarecimentos quanto a celeuma em questão, muito embora objeto do próximo capítulo, ver obra de FERRAJOLI, Luigi, STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, página 185 até p. 207.

¹⁵⁷ “As leis são as regras do justo e do injusto, não havendo nada que seja reputado injusto sem ser contrário a alguma lei.” [...] “As leis podem [...] ser divididas em naturais e positivas. Naturais são as que têm sido eternamente leis; não são apenas chamadas naturais, mas, também, leis morais. Consistem nas virtudes morais, como a justiça, a equidade e todas as práticas espirituais que conduzem à paz e à caridade, abordadas no capítulo

onipotente), reconhece que as leis (gerais e abstratas) não prevendo todas as controvérsias futuras devem ser (em relação as suas lacunas) preenchidas pelas leis naturais. Bobbio, ao apresentar os pensamentos exarados por Hobbes, no que diz respeito ao direito natural, o concebe como sub-rogatório do direito positivo (citação constante no texto fruto da obra *De cive* – cap. XIV, § 14)¹⁵⁸.

Os jusnaturalistas, ao contrário dos positivistas, muito embora compreendam a necessidade de positivação do direito pelo poder soberano (Estado) não descartam por completo o direito natural. Com esse intento, os contratualistas concebendo o nascedouro do Estado por um contrato social, ainda assim, (cada um a seu tempo e modo) concebem a existência de certos direitos fundamentais (naturais). Nesse sentido, muito embora Hobbes (com uma visão de liberdade muito diversa da apresentada por Locke) compreenda que o direito natural, isto é, a lei natural do homem, possa ser limitada e restringida pela lei civil¹⁵⁹ (objetivando impedi-los de causar danos uns aos outros), ainda assim, existe um direito natural fundamental que não poder ser objeto de renúncia pelo súdito quando do contrato social, qual seja, o direito de defender-se contra o Estado¹⁶⁰.

Conforme descrito pelo autor (quando da primeira e segunda leis naturais e dos contratos – Capítulo XIV da obra *Leviatã*), o direito natural (*jus naturale*) é a liberdade que cada homem tem de utilizar seu poder para preservar sua própria natureza, ou seja, resta o direito a vida apresentado como o primeiro grande direito fundamental assegurado pelo Estado Moderno, mesmo em um modelo Absolutista em que o soberano possuía poderes ilimitados. Esta passagem é de suma importância para a concepção do que virá a ser discutido

XIV e XV.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p. 213-227).

¹⁵⁸ “O direito natural é um ditame da justa razão destinado a mostrar que um ato é moralmente torpe ou moralmente necessário segundo seja ou não conforme a própria *natureza racional* do homem, e a mostrar que tal ato é, em consequência disto vetado ou comandado por Deus, enquanto autor da natureza [...] Os atos relativamente aos quais existe um tal ditame da justa razão são *obrigatórios ou lícitos por si mesmos*” [...] “Afirma então Hobbes, no *De cive*, cap. XIV, § 14: Uma vez que é impossível promulgar leis gerais com as quais se possa prever todas as controvérsias a surgir, e são infinitas, evidencia-se que, em todo caso não contemplado pelas leis escritas, se deve seguir a lei da equidade natural, que ordena atribuir a pessoas iguais coisas iguais; o que se cumpre por força da lei civil que pune também os transgressores materiais das leis naturais, quando a transgressão aconteceu consciente e voluntariamente – Ed. Cit., pp. 276-77).” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 20-21; p. 43, grifo do autor)

¹⁵⁹ Cabe ao soberano, através da edição de leis civil, tornar obrigatórias as leis naturais, bem como delimitar seu conteúdo. Dada a existência da lei natural que proíbe violar os pactos, emerge a obrigação de observar todas as leis civis. (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 33)

¹⁶⁰ “A lei natural (*lex naturalis*) é a norma ou regra geral estabelecida pela razão que proíbe o ser humano de agir de forma a destruir a sua vida ou privar-se dos meios necessários a sua preservação.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p. 107).

(quando do último capítulo) em relação aos direitos fundamentais como forma de limites da discricionariedade.

Desta feita, muito embora considerado precursor do juspositivismo, Hobbes aceita o direito natural como “preenchimento” das lacunas existentes no ordenamento estatal (direito positivo), sendo esta função do direito natural uma das principais características do jusnaturalismo, posicionamento este aceito entre os escritores que, fomentando o racionalismo jurídico, deram azo às codificações napoleônicas. Prova disso, conforme restará discutido em momento oportuno, é o disposto no artigo 4º do referido diploma legal que previa o uso desse expediente.

Já Locke, por sua vez, tratando do jusnaturalismo (mais afeto ao objeto do estudo em comento eis que partidário da democracia, muito embora a compreenda como forma e não como substância), concebe que a positivação do direito deve estar nas mãos de uma assembleia e não apenas de um único indivíduo, como propunha Hobbes. Para tanto, procura (diminuindo o poder do rei¹⁶¹ – soberano), estabelecer o poder legislativo como o poder supremo para configurar as diretrizes jurídicas de comando em um Estado. Assim, para o autor, o estado natural apresenta a razão como lei da natureza para governá-lo, a qual ensina a todos os homens (por serem livres, iguais e independentes) que nenhum deles deve prejudicar outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses¹⁶².

¹⁶¹ “O estado natural tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses [...] Por fim concordo que o governo civil seja o remédio correto para os inconvenientes do estado de natureza, que deve certamente ser grande, se os homens têm de ser juizes de suas próprias causas [...] mas desejaria que meus objetores lembrassem que os monarcas absolutos são somente homens. Ora, se o governo tiver de ser o recurso contra os males decorrentes de serem os homens juizes em causa própria, e não sendo por isso viável no estado de natureza, desejo saber que espécie de governo deverá ser este, e quão melhor será do que o estado de natureza, governo este em que um homem, à frente de muitos, tem a liberdade de ser juiz em seu próprio caso, impondo aos súditos tudo quanto lhe aprouver, sem que ninguém tenha a liberdade de indagar aos executores de suas vontades ou de controlá-los, devendo todos a ele se submeter, faça ele o que fizer movido pela razão, pelo erro ou pela paixão. Opino que muito melhor será o estado de natureza, onde os homens não estão obrigados a submeter-se à vontade caprichosa de um rei.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p.16-20).

¹⁶² “No pensamento político-moral de Locke, o supremo valor, pressuposto como evidente por si mesmo, é a idéia de liberdade. Ele estabelece uma distinção entre “liberdade natural”, que define como “ser livre de qualquer poder superior da terra”, e “liberdade do homem sob governo”, que é “a liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto a regra [estabelecida pelo poder legislativo e comum a todos] não prescreve e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, incógnita e arbitrária de outro homem”. Em outras palavras, ser livre, para um homem significa ser “senhor de si próprio” [...] Locke se impõe a tarefa de inferir a justiça da propriedade individual de uma fonte outra que não a revelação das Escrituras. Tenta realizar essa tarefa referindo-se à razão de que Deus investiu o homem para fazer o uso comum da terra “para maior proveito da vida e do conforto material”. (KELSEN, Hans (1881-1973). **A democracia**. Tradução dos originais em alemão: Vera Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Castilho Benedetti. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 283-284, grifo do autor)

Com base no racionalismo (razão humana), manifesta-se no sentido de que Deus tendo dado o mundo a todos os homens, também os instituiu dotados de razão para que, servindo-se dela, tivessem maior proveito na vida e na própria convivência, tendo concedido a terra e tudo o que ela contém ao homem para sustento e conforto da existência. Uma das grandes bandeiras levantadas pelo autor, partidário dos burgueses, é o direito à propriedade, razão pela qual busca fundamentá-la na natureza humana¹⁶³.

Assim, com base em um direito natural, Locke¹⁶⁴ concebe a ideia de propriedade (em especial no que diz respeito à terra) como sendo um providência divina e, como consequência desta, a razão humana propicia ao indivíduo a busca pela produtividade o que, por sua vez, proveria benefícios para vida, garantindo-lhe um direito a que ninguém mais tinha nem podia, sem causar dano, tirar dele. Com esse desiderato, compreendendo a liberdade como um importante direito que a natureza proporciona ao ser humano, o autor concebe (ao contrário de Hobbes) que os cidadãos, deixando de ser súditos, não podem abrir mão dos direitos devendo, tão somente (ao invés de renunciá-los) transferi-los à comunidade criando, nesse sentido, a ideia de sociedade política – sociedade civil – que se organiza objetivando garantir o direito à propriedade, o que faz com base em uma estrutura que passa a organizar e limitar o poder político.

Contudo, diante dessa construção natural do direito relativo à propriedade¹⁶⁵, Locke busca (a seu tempo e modo) justificar a necessidade de positivação dessas regras entendendo

¹⁶³ “Embora a terra e todos os seus frutos sejam propriedade comum a todos os homens, cada homem tem uma propriedade particular em sua própria pessoa; a esta ninguém tem direito senão ele mesmo. O trabalho de seus braços e a obra das suas mãos pode-se afirmar, são propriamente dele. Seja o que for que ele retire da natureza no estado em que lho forneceu e no qual o deixou, mistura-se e superpõem-se ao próprio trabalho, acrescentando-lhe algo que pertence ao homem e, por isso mesmo, tornando-o propriedade dele.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 30)

¹⁶⁴ “Como já demonstramos o homem nasce com o direito a perfeita liberdade e gozo ilimitado de todos os direitos e privilégios da lei da natureza, tanto quanto qualquer outro homem ou grupo de homens, e tem, nessa natureza, o direito não só de preservar a sua propriedade – isto é a vida, a liberdade, e as posses – contra os danos e ataques de outros homens, mas também de julgar e punir as infrações dessas leis pelos outros, conforme julgar a gravidade da ofensa, até mesmo com a própria morte nos crimes em que o horror da culpa o exija, se assim lhe parecer [...] E aqui nos deparamos com a origem dos poderes legislativo e executivo da sociedade, que deve julgar por meio de leis estabelecidas em que medida se devem punir as ofensas cometidas dentro dos limites da comunidade, bem como determinar, através de julgamentos baseados nas circunstâncias atuais do fato, até onde os danos vindos do exterior devem ser vingados; e num ou noutro caso, utilizar toda a força da comunidade, quando for necessário.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 61 e p. 62).

¹⁶⁵ “O cidadão-proprietário economicamente – e com isso já politicamente – influente é na realidade cotidiana aquele que lucra com o modelo lockeano: está dotado de direitos eleitorais, sendo já titular do chamado direito de resistência, bem como de pretensões de direitos fundamentais. Isso não penetra até a superfície textual do discurso liberal; o “ícone” povo não apresenta fissuras”.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides.3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 70, grifo do autor)

como poder competente para tal o Legislativo¹⁶⁶, do qual fazem parte todos os homens que sejam detentores de posses ou gozem de qualquer parcela de território de um governo. Com esse intento, lembrando ser a preservação da propriedade o objetivo do governo e o que motiva os homens a se associarem, supõem necessária a exigência que o povo tenha propriedade para fazer parte dessa comunidade apta a escolher os responsáveis para a confecção das regras que nortearão o convívio humano.

Entendendo a democracia como a melhor forma de governo para atingir o desiderato por ele proposto, compreende que o poder legislativo teria seus limites restritos ao bem geral da sociedade. Sem ab-rogar a lei da natureza apresenta a sociedade civil como forma de tornar as leis naturais mais rigorosas o que o faz pelo acréscimo de leis humanas que, resguardadas por penalidades conhecidas, têm o fim de garantir sua observância. Trata-se da convivência jusnaturalista entre leis positivadas e leis naturais, estas objetivando suprir as lacunas¹⁶⁷ daquela, momento em que (garantindo ao executivo o direito de suprir as referidas lacunas), acaba por propiciar ao mundo jurídico, no que diz respeito ao poder responsável pela aplicação da lei, o que na atualidade passou a ser fruto de inúmeras celeumas eis que possibilita a completa discricionariedade (que na época Locke chamava de prerrogativa), para não falar em arbitrariedade (quando da aplicação da lei ao caso em concreto). O autor, tratando da temática, entendia que a observância rigorosa e cega da lei poderia até provocar malefícios, sendo conveniente que o executivo (mitigando a severidade da lei) anistiasse os faltosos.

¹⁶⁶ “Sobre isso opino que qualquer um que tenha posses ou goze de qualquer parcela de território de um governo, por isso mesmo dá seu consentimento tácito e está obrigado a obedecer às leis desse governo, enquanto durar o desfrute, como qualquer seu dependente” [...] “Embora em uma comunidade constituída, erigida sobre a base popular e atuando conforme a sua própria natureza, isto é, agindo sempre em busca de sua própria preservação, somente possa existir um poder soberano, que é o legislativo, ao qual tudo o mais deve ser subordinado, sendo todavia o legislativo somente um poder fiduciário que entra em ação apenas em certos casos, cabe ainda ao povo o poder supremo de afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010; p. 81; p. 101)

¹⁶⁷ “É essa a finalidade dos homens transferirem todo o poder que possuem naturalmente à sociedade à qual se filiam, sociedade que deposita o poder legislativo nas mãos que julga mais aptas para esse encargo, para que os homens sejam governados por leis explícitas; caso contrário a paz, a propriedade e a tranquilidade continuariam na mesma incerteza em que se encontravam no estado de natureza” [...] “Nem sempre o legislador pode prever, e prover por meio de leis, tudo aquilo que é útil à comunidade, portanto o executivo, tendo o poder nas mãos, pela lei comum da natureza, tem o direito de lançar mão dele para o bem da sociedade nos muitos casos em que falte a direção da lei, até que o legislativo, em reunião apropriada, sane a falha” [...] “Chama-se “prerrogativa” a este poder de agir pela discricção a favor do bem público, sem a prescrição da lei e, com frequência, até contra ela. Sabemos que em alguns governos o legislativo nem sempre está ativo e é, em geral, numeroso e lento para acompanhar a rapidez que a execução requer, e também porque é impossível prever, e portanto contemplar com leis, as infinitas vicissitudes que afetam o público.” (LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 93; p. 108; p.109, grifo do autor).

Rousseau¹⁶⁸ (francês), ao contrário dos dois primeiros (ingleses), ao redigir a obra *Do Contrato Social* busca não na vontade única do soberano (rei) nem na vontade dos proprietários (burgueses), mas, sim na vontade geral¹⁶⁹ o problema (para ele) fundamental que resolveria o contrato social, pautando (como um bom jusnaturalista) seu discurso nos direitos à igualdade e segurança.

Sendo um jusnaturalista (ao contrário de Hobbes que nesse sentido era juspositivista), trabalha com a ideia de impossibilidade de renúncia aos direitos naturais, razão pela qual entende que a vontade geral deve ser a responsável por dirigir as forças do Estado. Este, por sua vez, deve ter como fim precípua a ideia de bem comum e, como soberano, um ser coletivo que, só por si mesmo pode se representar sendo possível transmitir apenas o poder, mas não a vontade. Contudo, ao contrário do que muitos pensam, Rousseau¹⁷⁰ apresentava preocupações quanto à vontade geral (como que prevendo os horrores perpetrados pelo nazismo e fascismo) entendendo haver grande diferença entre ela e a vontade de todos, uma vez que esta busca interesses privados (não é mais do que uma soma de vontades particulares) e aquela busca interesses comuns demonstrando, já naquela época, inquietação com as facções político partidárias. Assim, é com base no direito natural que o autor busca explicar o significado de soberania que, através do pacto social, estabelece uma igualdade tal que eles se obrigam todos debaixo das mesmas condições, sendo que todos devem gozar dos mesmos direitos. Nesse contexto, o pacto social proposto por Rousseau não trata de uma convenção de um superior com um inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros, sendo que a

¹⁶⁸ “Nos maus governos é aparente e ilusória essa igualdade, que só serve para manter na miséria do pobre e o rico na sua usurpação. De fato, as leis são sempre úteis aos que possuem, e danosas aos que nada têm, donde se deduz que o estado social só é vantajoso aos homens quando todos eles têm alguma coisa e quando nenhum deles têm demais” [...] “Para que a vontade seja geral, nem sempre é necessário que seja unânime, mas é preciso que todos sejam considerados; toda exclusão formal rompe a generalidade.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nasseti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 31; p. 34)

¹⁶⁹ “Com o projeto de uma república de leis em termos de democracia popular, dirigida pela *volonté générale* e com isso orientada em termos de conteúdo pelo bem comum (*bien commun*), Rousseau abandona o discurso icônico sobre o povo.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 71, grifo do autor)

¹⁷⁰ “Terminarei este capítulo e este livro com uma observação que deve servir de alicerce a todo o sistema social; em lugar de destruir a igualdade natural, o pacto fundamental substitui, ao contrário, por uma igualdade moral e legítima toda a desigualdade física, que entre os homens lançara a natureza, homens que podendo ser dessemelhantes na força, ou no engenho, tornam-se todos iguais por convenção e direito” [...] “Mas quando se estabelecem facções, quando se formam associações parciais à custa da grande associação, a vontade de cada uma das primeiras torna-se geral no tacante a seus membros, e particular relativamente ao Estado[...] Finalmente, quando uma das associações é tão grande que vence todas as outras, o resultado não é mais uma soma de pequenas diferenças, senão uma única diferença; porque já não existe a vontade geral, e a opinião que triunfa é só uma opinião particular” [...]. “Como a natureza dá ao homem um poder absoluto sobre todos os seus; e é este mesmo poder que, encaminhado pela vontade geral, tem o nome de soberania como já disse.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nasseti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 31; p. 36; p. 37).

legitimidade desta convenção está fundamentada no contrato social. Contrário ao pensamento professado por Hobbes (de que os súditos renunciam a seus direitos em prol de paz social), Rousseau apresenta a tese de que, em lugar da alienação, os cidadãos (e não súditos) trocam com proveito a independência natural pela liberdade e o poder de prejudicar outrem pela garantia da própria segurança.

Assim, em passo seguinte apresenta digressões quanto ao que deveria ser uma lei. Tratando da justiça natural manifesta-se no sentido de ser universal e provinda da razão, sendo, contudo, (pela falta de sanção natural) necessárias as convenções e as leis para unir os direitos aos deveres e levar a justiça ao seu objeto, momento em que o estado civil passa a ser o responsável pela lei que determina todos os direitos.

Focando a estrutura do Estado Social na ideia de República, com extensão do sufrágio (considerando-o universal), entende ser inúteis questionamentos sobre a responsabilidade pela confecção das leis, eis que são atos da vontade geral. Para Rousseau¹⁷¹ em todo o Estado regido por leis (qualquer que seja a sua forma de administração) só o interesse público governa, momento em que a coisa pública passa a representar algo legítimo e republicano, sendo as leis condições da associação civil. Aproximando-se do pensamento que mais tarde aparecerá com Kelsen (como será visto no próximo tópico) Rousseau se preocupa com o ordenamento jurídico (citando Montesquieu), o que faz ao tratar do nascimento das sociedades momento em que manifesta-se no sentido de que (inicialmente) são os chefes da república que fazem a instituição e é depois a instituição que forma os chefes das repúblicas. Eis o início do pensamento sistemático que procura fecha-lo com base na preocupação da fonte legitimadora da regra jurídica. Objetivando a famigerada separação dos poderes, procura estabelecer limites também ao poder do legislador (algo que não existia de forma tão incisiva no modelo de Estado Liberal proposto por Locke e muito menos no Absoluto proposto por Hobbes).

Pretendendo esclarecer o modelo jusnaturalista (e suas implicações no mundo jurídico), muito embora a ligação entre o direito positivo (que no modelo de Estado proposto pelos contratualistas configura-se como sendo a lei civil – direito fruto do poder do Soberano

¹⁷¹ “E o que é finalmente uma lei? Equanto explicarmos com idéias metafísicas esse termo, continuaremos a raciocinar sem nos entendermos e, ao dizer o que é uma lei da natureza, não se há de saber melhor o que é uma lei do Estado” [...] “Em todos os sentidos, o legislador é no Estado um homem extraordinário [...] se aquele que governa os homens não deve governar as leis o que governa as leis não deve governar os homens, de outra sorte as leis, instrumentos de suas paixões, só perpetuaram muitas vezes as suas injustiças, e nunca ele poderia evitar que a integridade de sua obra fosse alterada por motivos particulares.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nassetti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 41; p. 44)

do Estado) e o direito natural, restam importantes as contribuições de Grócio (citado na obra de Bobbio¹⁷²) no sentido de elucidar as distinções existentes entre estas formas de conceber as regras humanas, configuradas em direito natural (natureza humana) e direito positivo (vontade do legislador) que, como será visto no próximo tópico, serão separadas por completo pelo juspositivismo (extremo). Com base nas lições do autor em comento, resta claro que a principal distinção entre as modalidades de direito apresentadas (natural e positivo) diz respeito a preocupação quanto a produção das normas jurídicas, celeuma esta que assola a humanidade até os dias atuais (a grande discussão filosófica do mundo contemporâneo está centrado na legitimidade dos poderes constituídos para a produção do direito, ou seja, a quem é dado legislar?). Isso se dá pelo fato de que no período anterior ao Estado Moderno não existia essa preocupação exacerbada com a produção do direito, sendo que ao Judiciário era facultado aplicar a lei imposta pelo Estado ou, ainda, utilizar-se do direito natural (usos e costumes, equidade...), sendo que todas as regras estavam no mesmo “nível”.

Contudo, com o surgimento do Estado Moderno, como demonstrado do decorrer do estudo, inicia uma preocupação mais efetiva com a ideia de produção do direito (Estado Absoluto – poder soberano ilimitado do rei / Estado Liberal – poder soberano do parlamento / Estado Social – poder soberano da maioria), momento em que o Judiciário, de livre órgão da sociedade passa a órgão do Estado¹⁷³. Nesse novo contexto, tem ele a obrigatoriedade de aplicar o direito imposto pelo soberano podendo buscar (para os jusnaturalistas, pensamento totalmente contrário aos juspositivistas) no direito natural tão somente as respostas que “não forem encontradas” no direito fruto do poder soberano (direito positivado).

Diante do exposto, resta justificada a importância do estudo dos passos iniciais que fomentaram a ideia de positivação do direito pelo Estado (Direito Positivo), passando a ser a Lei a única fonte do direito (onipotência do legislador/legalidade). Essa estruturação preocupada com a forma do direito (passando pela positivação) acabou por desaguar na

¹⁷² “O direito se distingue, segundo o modo pelo qual advém à nossa consciência, em *natural e positivo*. Chama-se natural o conjunto de todas as leis, que por meio da razão fizeram-se conhecer tanto pela natureza, quanto por aquelas coisas que a natureza humana requer como condições e meios de consecução dos próprios objetivos [...]. Chama-se direito positivo, ao contrário, o conjunto daquelas leis que se fundam apenas na vontade declarada de um legislador e que, por aquela declaração, vêm a ser conhecidas.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 21, grifo do autor)

¹⁷³ “Todavia, com a formação do Estado Moderno o juiz de livre órgão da sociedade torna-se órgão do Estado, um verdadeiro e autêntico funcionário do Estado [...] com a formação do Estado Moderno, o direito natural e o direito positivo não mais são considerados de mesmo nível; eis por que sobretudo o direito positivo (o direito posto e aprovado pelo Estado) é tido como o único e verdadeiro direito: este é o único a encontrar, doravante, aplicação nos tribunais.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 28-29)

codificação das leis (Código Napoleônico – 1804/1808), evidenciando que esta estrutura inicial vai se tornando cada vez mais complexa até chegar ao que passou a ser reconhecido como ordenamento jurídico (Kelsen¹⁷⁴), temática objeto de estudo no próximo tópico. Assim, nessa primeira fase a preocupação é com a estrutura do direito (positivação que desemboca, no momento seguinte, na codificação), passando num outro momento à preocupação com o ordenamento jurídico (constituído de forma sistemática) para, na sequência, ocupar-se com a aplicação dessas regras (terceiro capítulo), celeuma que, por sua vez (como narrado), invade o direito contemporâneo.

Essa positivação do direito pelo Estado soberano, sendo levada ao extremo passará a ser conhecida (objeto de análise no próximo tópico) pela nomenclatura de Positivismo Jurídico (nova separação do direito quanto a valores, agora não apenas os religiosos, mas, também, os sociais e econômicos) que pode ser compreendido, de forma singela, como o direito positivado (contraposto ao direito natural) e, também, como uma corrente que (como desdobramento do direito positivado) passou a interpretar o direito (positivismo jurídico) como forma¹⁷⁵ e não como substância.

Diante do todo exposto antes do efetivo estudo do juspositivismo, objetivando compreender essa sistemática que leva o direito do patamar de regramento natural até a concepção de regramento civil (em que a lei passa a ser a única fonte do direito), resta premente o estudo de alguns importantes pensadores que delinearão esse projeto de positivação e posterior codificação do Direito. Para tanto, sendo Hobbes (juntamente com outros escritores políticos e jurídicos do século XVII) um dos grandes responsáveis por essa corrente de pensamento que propugna a ideia de positivação do direito (muito embora jusnaturalista), somando forças a Bentham e Austin (juspositivistas) enfrentarão as severas críticas perpetradas pela escola histórica, em especial por Savigny (jurista alemão contrário a qualquer forma de positivação/codificação do direito).

A escolha dos autores em questão, como um recorte acadêmico, resta justificada pela ligação (que este pesquisador compreende) existente entre eles, sendo que (alguns, contemporâneos) viveram a efervescência dos embates políticos, econômicos e culturais

¹⁷⁴ “A conduta humana é ainda regulada num sentido positivo quando a um indivíduo é conferido, pelo ordenamento normativo, o poder ou competência para produzir, através de uma determinada atuação, determinadas consequências pelo mesmo ordenamento normadas, especialmente – se o ordenamento regula a sua própria criação – para produzir normas ou para intervir na produção de normas.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 17)

¹⁷⁵ “A pobreza de espírito gosta de usar tal roupagem, da mesma maneira que, na vida, a burrice se disfarça com a solenidade e a formalidade.” (SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 91).

perpetrados no apogeu das discussões sobre as mudanças jurídicas que fomentaram as realidades vivenciadas na atualidade.

3.1.2 O Direito Positivado

Conforme narrado no tópico anterior, neste primeiro momento da busca pela estruturação legal do direito, os autores (Hobbes, Locke e Rousseau) buscavam no direito natural a fundamentação necessária para legitimar a razão¹⁷⁶ humana (separar o direito dos valores imposto pela igreja) como responsável pela estruturação jurídica do Estado Moderno. Resta evidente, neste recorte histórico, a preocupação com a famigerada segurança jurídica¹⁷⁷ o que se propunha pela forma como deveria o direito ser concebido (lei que tem como fonte o poder soberano do Estado – autoridade e imperatividade).

Muito embora as divergências dos autores quanto aos benefícios e malefícios do direito natural, os três se manifestam favoráveis (cada um a seu tempo e modo) a constituição de uma nova estrutura estatal fruto de um contrato social em que Hobbes o apresenta como renúncia dos direitos pelos súditos, Locke como a união dos proprietários objetivando instituir uma sociedade civil em que há transferência de direitos e Rousseau, por sua vez, pautado na concepção de vontade geral, apresenta a necessidade de ampla participação popular (sufrágio universal) entendendo possível tão somente a transmissão de poder e não da vontade¹⁷⁸.

¹⁷⁶ “Se com Descartes (1596-1650) e Spinoza (1632-1677) vimos a razão ser exortada em detrimento da fé, vimos com Hobbes (1588-1679) e Locke (1632-1704) – embora ambos fossem, respectivamente, partidários da monarquia e oligarquia – a autonomia do indivíduo e a sua liberdade serem defendidas como pontos de partida para a organização do Estado instituído.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 17)

¹⁷⁷ “Pois, uma das características da Europa jurídica moderna é que o direito acabará adotando nela forma legislativa; depois de ter tido como fontes principais, na Idade Média, a Sagrada Escritura e o costume e, posteriormente, a doutrina (romana ou moderna do direito natural), configurou-se num crescente de *leis* até encerrar-se nos *códigos* do final do Antigo Regime.” [...] “A lei é o segundo pilar dos sistemas jurídicos modernos; a isso se devem a certeza, a precisão do direito europeu moderno, e seu magnífico dinamismo [...] o positivismo jurídico de Hobbes ou de Espinosa romperá todas as amarras com a doutrina clássica do direito natural, o que não deixará de acarretar perigos, no longo prazo, para o prestígio e a boa saúde da própria lei.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 191; p. 197)

¹⁷⁸ “Digo, portanto, que não sendo a soberania mais que o exercício da vontade geral, não pode nunca alienar-se; e o soberano, que é unicamente um ser coletivo, só por si mesmo se pode representar. É dado transmitir o poder,

Diante do todo exposto, resta evidente ser unânime a compreensão dos autores citados sobre a importância do direito natural como ferramenta necessária não só para compreensão do direito positivo (neste tópico a exceção de Hobbes que, quanto a fonte é juspositivista), mas, em especial, para complementá-lo em caso de existência de lacunas, uma vez que admitem ser o legislador um ser falível que não consegue (com base em regras gerais e abstratas) contemplar todos os casos futuros.

Assim, concebendo a sobrevivência das duas formas de direito (natural e positivo) essa corrente (jusnaturalismo) sofre inúmeras críticas seja dos positivistas seja dos historicistas, os primeiros pelo fato de compreenderem um sistema jurídico produzido pelo Estado como não passível de lacunas e o segundo, objeto do próximo tópico, por ser contrário a ideia de positivação do direito.

3.1.2.1 A Escola Histórica e o Direito

Conforme narrado no tópico anterior, para compreensão do positivismo jurídico e seus desdobramentos, necessário se faz analisar, antes de tudo, as ideias e ideais que fomentaram a positivação do direito, discussões que são travadas (principalmente) na Inglaterra e na Alemanha, muito embora a codificação (mais expressiva) reste efetivada na França. Assim, sendo, as contribuições de Hobbes, um dos principais filósofos do pensamento moderno que propuseram a ideia de positivação do direito por uma autoridade competente (direito imposto pela vontade do soberano¹⁷⁹), ensejaram inúmeros embates na Inglaterra no que restou concebido, na época (e ainda hoje) como modelos conflitantes de direito positivo (*Common Law - Civil Law*)¹⁸⁰.

não a vontade.” (ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nasseti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012, p. 33)

¹⁷⁹ “Rousseau, por exemplo, substituirá o monarca único de Hobbes pela soberania popular; mas ela não será menos tirânica. Os liberais encabeçados por Locke irão se empenhar em restaurar as liberdades individuais do cidadão perante o Estado, mas não conseguirão fazê-lo sem pôr em risco a ordem pública ou sem aumentar ainda mais o campo da injustiça social.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 754)

¹⁸⁰ “[...] O contraste se coloca na Inglaterra entre a *common law* (direito comum ou consuetudinário) e a *statute law* (direito estatutário ou legislativo). A *common law* [...] um direito consuetudinário tipicamente anglo-saxônico que surge diretamente das relações sociais e é acolhido pelos juizes nomeados pelo Rei; numa segunda fase ele se torna um direito de elaboração judiciária, visto que é constituído por regras adotadas pelos juizes para

Diante do já exposto no decorrer do presente estudo, o autor em comento, objetivando diminuir o poder do clero, desencadeou uma nova estrutura de Estado (denominado Moderno) em que, pelo contrato social, os homens constituiriam um ente fictício (artificial-idealizado) que, possuindo poder soberano, seria o único legitimado para dizer o que seria justo ou injusto.

Esse enfrentamento, dentre outros fatores, faria diminuir (significativamente, não só o poder do clero como também o poder dos juízes¹⁸¹) que, até então (não existindo ideia de regras superpostas), tinham plena liberdade na “escolha” de suas decisões. Com a proposta de alteração dessa estrutura estatal, esse ser soberano seria responsável não só pela confecção das regras, mas, também por sua aplicação, eis que detentor do poder de coerção, ou seja, os juízes deixando de ser órgão da sociedade passam a estar subordinados ao Estado.

Quer parecer que, aqui, nasce a grande polêmica que (perpetuada no tempo e no espaço) chega até os dias atuais, ou seja, muito embora professasse a ideia de poder soberano ilimitado centrado na figura do rei, Hobbes inicia a instigante/polêmica ideia de limites de poder (no caso, do clero e dos juízes).

resolver controvérsias individuais (regras que se tornam obrigatórias para os sucessivos juízes, segundo o sistema do precedente obrigatório) [...] O direito estatutário se contrapõe à *common law*, sendo ele posto pelo poder soberano (isto é, o Rei e, num segundo momento, pelo rei juntamente com o Parlamento).” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33, grifo do autor).

¹⁸¹ “Hobbes se opõe ao direito reconhecido e acolhido pelos juízes, por mais sábios que os mesmos sejam, já “*que não é a sabedoria senão a autoridade que faz uma lei*”. Dentre dessa linha de idéias, considera falsa a premissa de que os juristas sejam capazes de refinar o direito, pois na Inglaterra as leis sempre são elaboradas pelos reis. Assim sendo o rei é reconhecido como único legislador, sendo considerado, outrossim, o único juiz supremo.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 30, grifo do autor)

Com base nesta concepção, Hobbes nega a legitimidade da *common Law*, isto é, de um direito preexistente ao Estado e independente deste (seria quase uma espécie de direito natural). Já, na sua velhice avançada, o autor dedicou uma obra a essa polêmica contra a *common law* intitulada *Diálogo entre um filósofo e um estudioso do direito comum da Inglaterra*, no qual o filósofo (que é o próprio Hobbes) combate a *common Law* e o jurista (que é um discípulo do Sir Edward Coke¹⁸²) a defende. Nesta obra Hobbes coloca na boca do filósofo a seguinte afirmação: *Não é a sapiência mas sim a autoridade que cria a lei*. Esta proposição tomo nitidamente partido entre duas típicas concepções do direito, aquela que considera o direito como furto da razão e aquela que o considera obra da vontade (neste sentido os medievais contrapunham, com um expressivo jogo de palavras, o direito que vale *imperio rationes* e o que vale *ratione imperi*); para Hobbes o direito é expressão de quem tem o poder e por isto ele nega o valor à *common law*, que é produto da sapiência dos juizes¹⁸³.

Essa passagem resta mais do que justificada (no corpo do texto) tendo em vista o objeto do presente estudo estar focado na preocupação com a legitimidade das fontes produtoras do direito, bem como com as fontes em que estes buscarão o fundamento para o direito (eixo principal do estudo proposto). Do exposto, resta evidente que Hobbes pode ser considerado como jusnaturalista apenas no que diz respeito a aceitação de lacunas no sistema jurídico imposto pelo estado soberano, momento em que o direito natural poderia assim ser utilizado para supri-lo (*início da ideia de hierarquia normativa?*). No restante (no que diz respeito a legitimidade da fonte do direito) trata-se de um ferrenho juspositivista, situação que parece restar esclarecida no trecho citado, momento em que é incisivo no sentido de afirmar o poder pelo formalismo/autoridade e pelo imperativismo, características essenciais/marcantes do positivismo jurídico¹⁸⁴.

Contudo, em linha totalmente diversa está a escola histórica que, não só critica o jusnaturalismo como, também, é totalmente contrária a qualquer forma de positividade do direito, ou seja, é o perfeito contraponto às teorias de Hobbes que, no que diz respeito a

¹⁸² “Basta ler as palavras que, na manhã do dia 10 de novembro de 1612, dirigiu COKE ao rei JACÓ I, em resposta à afirmação deste de que se o direito estava fundado na razão, também ele, o rei, podia criar o direito, por ser tão capaz de pensar como um Juiz. Respondeu-lhe COKE que as causas que se referiam à vida ou à aquisição por herança ou bens ou fortunas de seus súditos não se poderiam resolver pela razão natural, mas pela razão artificial do pensamento jurídico, uma arte que requeria muito estudo e demasiada experiência antes que alguém se julgasse capaz de dominá-la.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 93, grifo do autor)

¹⁸³ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 35-36.

¹⁸⁴ “[...] a) **FORMALISMO** [...] a definição do direito é dada apenas com base na autoridade que põe as normas, e portanto com base num elemento puramente formal; b) **IMPERATIVISMO** – o direito é definido como o conjunto de normas com as quais o soberano ordena ou proíbe dados comportamentos aos seus súditos. Direito é um comando.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, 36-37, grifo do autor).

legitimidade/validade das normas é positivista e, no que diz respeito às lacunas jurídicas apresenta-se como jusnaturalista. Diante deste contexto, resta premente conhecer/compreender as digressões fruto dessa corrente doutrinária (escola histórica) germinada em solo alemão.

Muito embora a importância de autores como Gustavo Hugo, um dos principais (senão o principal) responsáveis pelo nascimento da referida escola, para o presente estudo serão analisadas as contribuições apresentadas por Carlos Frederico Von Savigny¹⁸⁵, não só pelo fato de ser o maior expoente da temática em questão, mas, em especial, pelas críticas realizadas a Bentham e pela ligação que possui com os estudos realizados por Austin, juspositivistas que serão objeto de análise neste esboço. Inicialmente resta necessário esclarecer que uma das principais críticas dessa corrente, em relação ao jusnaturalismo, diz respeito aos pensamentos iluministas que a forjaram, em especial no que tange a ideia de universalidade isso pelo fato de o historicismo restar caracterizado (principalmente) pela ideia de conceber o homem em sua individualidade¹⁸⁶, o que é feito em oposição ao racionalismo comungado pelos jusnaturalistas¹⁸⁷.

Apresentando a tradição como uma das principais características que fundamentam a escola histórica, Savigny (totalmente contrário a ideia de positividade e/ou codificação do direito) justifica seu posicionamento pela força das instituições e dos costumes que são forjados de forma lenta, secular e duradoura. Por essa razão (ao contrário do que pensam os racionalistas) a doutrina histórica concebe que não existe um direito único (universal), sendo o direito um produto da história e não uma simples ideia da razão. O costume é, portanto, um direito que nasce diretamente do povo e que exprime o sentimento e o “espírito do povo” (*Volksgeist*). Acaba de tal modo, subvertida a clássica relação entre as duas fontes de direito,

¹⁸⁵ “Nesse contexto a Escola Histórica de Savigny, na Alemanha, vai iniciar todo um trabalho de construção e sistematização do direito partindo da tentativa de desvincular as instituições jurídicas e políticas da vontade dos indivíduos, retirando-lhes o direito de decidir sobre a ordem política. A legitimidade e cientificidade vêm da história e do mítico *Volksgeist* (*espírito do povo*), não da política.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 170).

¹⁸⁶ “Em primeiro lugar, quando nossa fórmula exige a manutenção dos direitos adquiridos, com isso deve-se entender as relações jurídicas de uma pessoa determinada, isto é, as partes constitutivas do domínio em que a vontade individual exerce sua independência e não as qualificações abstratas de todos os homens ou de uma classe da sociedade.” (SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do direito romano atual**. Vol. VIII. Tradução Círio Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2004, p. 305)

¹⁸⁷ “Para que o direito natural perca terreno é necessário um outro passo, é preciso que a filosofia jusnaturalista seja criticada a fundo e que as concepções ou, ainda, os “mitos” jusnaturalistas (estado de natureza, lei natural e contrato social...) desapareça da consciência dos doutos. Esses mitos estavam ligados a uma concepção filosófica racionalista (a filosofia iluminista, cuja matriz se encontrava no pensamento cartesiano).” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 45). Para complemento de leitura sobre o tema verificar as páginas seguintes desta obra (p. 46-48).

aquela refletida (a lei) e aquela espontânea (o costume), visto que geralmente se considera a primeira prevalente sobre a segunda¹⁸⁸.

Diante do exposto, os pensamentos do autor em comento, que compreendia o costume como direito fruto da construção histórica do povo (valor social do costume) independente de legitimação estatal, influenciaram (na Inglaterra) Austin que, como será visto no próximo tópico, concebendo a possibilidade de regramento pelo costume o entendia como direito apenas se fosse aplicado pelo judiciário (represtinando, assim, a legitimidade do judiciário – delegada – para produção do direito). Esse procedimento proposto, muito mais do que criticar os posicionamentos jusnaturalistas e juspositivistas (acabando por incentivar este último), fomentou (conforme restará evidenciado quando do estudo do movimento do direito livre e das jurisprudências dos interesses/valores) o nascedouro de escolas sociológicas e realistas que, mais tarde, surgirão para (como Savigny) posicionar-se (também) contrários ao positivismo.

Assim Savigny, muito embora contrário aos ideais jusnaturalistas e juspositivistas, professava a ideia de um direito que fosse unitário e sistemático razão pela qual, na Alemanha do século XIX, a função histórica da legislação foi assumida pelo direito científico¹⁸⁹ de Jhering que (servindo de alternativa ao direito codificado) criou, em seu lugar, a doutrina pandectista, temática a ser abordada quando do estudo das jurisprudências dos conceitos¹⁹⁰. Contudo, antes desse salto do direito positivado como certeza jurídica para o direito fruto de decisionismos que, represtinando a legitimação judicial para criação do direito, ensejou não apenas incertezas jurídicas como (muitos acreditam) também o totalitarismo nacional-socialista¹⁹¹, necessário se faz analisar o período de codificação do direito que, muito embora gestado na Inglaterra acabou nascendo na França.

¹⁸⁸ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 52.

¹⁸⁹ “A ciência moderna não tem uma representação fiel do mundo. De modo que, a exemplo de Descartes e de seus discípulos racionalistas, os empiristas substituem o real por um mundo factício, produto do pensamento humano.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 611).

¹⁹⁰ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 122

¹⁹¹ “O totalitarismo não é portanto o controlo hipertrófico do Estado. É a instauração de um partido que tem um enorme poder e que controla o Estado. O Estado não é mais do que um instrumento nas mãos de um partido que controla tudo. O totalitarismo pode ser definido como uma organização total a partir de um partido único.” (MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie Européias**. Tradução Ana Paula de Viveiros. Lisboa: Instituto Piaget, 2005, p. 55)

3.1.2.2 Codificação

“Deve-se considerar aqui que não há coisa mais difícil, nem de êxito mais duvidoso, nem mais perigosa, do que o estabelecimento de novas leis”¹⁹²

Analisadas os primeiros passos realizados por Hobbes para transição da *common law* para a *civil law*, bem como as críticas das escola histórica em relação a todo o direito posto por uma autoridade competente (poder soberano) seja ele jusnaturalista e/ou juspositivista, necessário se faz estudar as contribuições de dois grandes filósofos ingleses¹⁹³ que (desgostosos com a labuta jurídica) se dedicaram aos projetos de codificação do direito objetivando uma sistematicidade que permitisse, para Bentham (preocupado com o conteúdo do direito), a transformação social e, para Austin (preocupado com a forma a ser destinada aos juristas), uma técnica perfeita com base na coerência normativa e sua completude.

Enquanto Bentham se ocupava principalmente da ciência da legislação, Austin se interessava, em vez disto, pela jurisprudência que subdividia em jurisprudência geral e jurisprudência particular. Enquanto a segunda estuda as características próprias de um ordenamento jurídico, a primeira estuda os princípios, as noções e os conceitos que são comuns a todos os ordenamentos jurídicos, isto é, a todo o direito positivo possível¹⁹⁴.

Assim, conforme restará demonstrado no decorrer deste tópico, o estudo dos autores propostos resta justificado eis que, salvo melhor juízo, o primeiro (contemporâneo da Codificação Napoleônica) destinará todas as suas forças na busca pela positivação/codificação

¹⁹² MACHIAVELLI, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier – [Ed. Especial] – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 31

¹⁹³ “John Austin (1790-1859) exerceu algum tempo (1818 a 1825) a profissão forense, mas desta se distanciou depois, seja por motivos de saúde, seja por motivos morais (também ele, como Bentham, experimentava uma sensação de repulsa e descontentamento por esse ambiente), e se dedicou a estudos filosóficos, passando a fazer parte do cenário dos utilitaristas que vinha se constituindo em torno de Bentham.” [...] “Bentham projeta uma reforma radical do direito, mediante uma codificação completa que deveria sistematizar toda a matéria jurídica em três partes: direito civil, direito penal e direito constitucional.” [...] “Quanto aos *requisitos do código*, Austin especifica que por código se deve entender, como se faz com frequência (falando por exemplo de codificação justiniana) não mais uma coleta de leis preexistentes, mas sim a reformulação *ex novo* de todo o direito vigente numa sociedade de modo a haver um texto legislativo coerente e unitário; por outro lado, todavia, ele enfatiza que a inovação deve servir à *forma*, mas não ao *conteúdo* do direito que é codificado. A codificação deve, portanto, limitar-se a dar uma roupa nova – unitária, coerente, tecnicamente perfeita – ao mesmo direito que já vige.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 101-95-114, grifo do autor)

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 102.

do direito preocupando-se, como narrado, não só como seu conteúdo como, também, como seus destinatários (cidadãos¹⁹⁵). Já o segundo, vivenciando um período pós-codificação Napoleônica, também teorizando e justificando a necessidade e importância dessa codificação do direito passa a conceber o judiciário de forma distinta de seu mentor, fato este que resta evidenciado pelo foco de seus estudos centrados na jurisprudência¹⁹⁶ (geral), sendo quiçá (nesse contexto e guardada as devidas proporções) uma das primeiras sementes do pensamento que passará a ser conhecido como escola do realismo jurídico. Desta feita, pelo que faz crer a narrativa relativa aos autores (nos dias de hoje, se é que tamanha comparação possa ser feita) Bentham (aos moldes de Luigi Ferrajoli) seria um juspositivista substancialista e Austin (nos moldes de Kelsen), seria um juspositivista formalista.

Diante do exposto, aproveitando-se da linha (juspositivista) de pensamento professado por Hobbes (juspositivistas¹⁹⁷ quanto a onipotência – formal/autoridade e imperatividade – do legislador e jusnaturalista no que diz respeito a existência de lacunas legislativas), Bentham (sendo utilitarista) preocupado com os limites a serem impostos a criação judicial do direito¹⁹⁸ compreendia que o fundamento do direito não seria a natureza humana, mas, sim a objetificação da ética (pensamento que o aproximava dos jusnaturalistas).

¹⁹⁵ “Mas devemos lembrar que boas leis, se não forem obedecidas, não constituem um bom governo. O bom governo tem duas partes: uma consiste na obediência dos cidadãos às leis, a outra parte é se as leis às quais se obedece são boas.” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 160)

¹⁹⁶ “Austin se interessa precisamente pela jurisprudência geral, cujo objeto ele assim define: A jurisprudência geral, ou filosofia do direito, não se refere diretamente à ciência da legislação. Trata diretamente dos princípios e distinções que são comuns aos diversos sistemas de direito particular e positivo e que cada um desses sistemas diversos, inevitavelmente envolve, seja ele digno de louvor ou de censura, seja de acordo ou não com uma determinada medida ou critério. Ou bem (mudando a frase) a jurisprudência geral ou filosofia do direito positivo diz respeito ao direito como ele necessariamente é, ou antes o direito como deveria (ought) ser; o direito como deve necessariamente (must) ser, *seja ele bom ou mau*, ou antes o direito como deve necessariamente ser, *se fosse bom* (*Lect. on. Jur., Vol I, p. 32*)”. (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 102-103, grifo do autor)

¹⁹⁷ “A partir destes aspectos, busca-se a caracterização do positivismo jurídico, tomando os postulados hobbesianos como ponto de partida. O pensamento de Thomas Hobbes surge um paradoxo: por um lado apresenta-se como um expoente do jusnaturalismo racionalista do século XVII e, por outro lado, suas idéias permitem catalogá-lo como o precursor do positivismo jurídico.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 35)

¹⁹⁸ “Quanto ao primeiro campo de investigação, desejo antes de tudo recordar que a própria expressão direito judiciário (“*judiciary law*”) foi usada há mais de século e meio pelo grande filósofo e jurista Jeremy Bentham para definir (e condenar) o fato de que, no ordenamento inglês, “*embora o juiz, como se diz, nominalmente não faça senão declarar o direito existente, pode-se afirmar ser em realidade criador do direito*”. A reprovação de Bentham era motivada pelo fato de que ele via (e acentuava) sobretudo o “vícios” do direito judiciário: sua incerteza, obscuridade, confusão e dificuldade de verificação.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999, p. 17-18, grifo do autor)

Contudo ele tem em comum com os filósofos racionalistas a ideia fundamental de que nasce o jusnaturalismo: a convicção da possibilidade de estabelecer uma *ética objetiva*, isto é, uma ética fundada num princípio objetivamente estabelecido e cientificamente verificado, do qual se pode deduzir todas as regras para o comportamento humano que passa assim a ter o mesmo valor das leis descobertas pelas ciências matemáticas e naturais (enquanto os fautores da *ética subjetiva* sustentam que os critérios segundo os quais formulam-se os juízos de valor são fundados exclusivamente no próprio sujeito que julga e não são conduzíveis a um princípio objetivamente verificável)¹⁹⁹.

A passagem em questão, no entender do pesquisador, merece destaque no corpo do texto uma vez que, salvo melhor juízo, está ínsito na forma de o autor abordar a temática as duas das grandes celeumas (relação sujeito/objeto e filosofia da consciência) que serão analisadas no último capítulo, temáticas caras ao filósofo brasileiro Lenio Luis Streck²⁰⁰ que, sempre combativo no que diz respeito ao solipsismo jurídico²⁰¹, tem como mote de seu trabalho a teoria da decisão. Dando sequência aos pensamentos de Bentham, quanto a necessidade de codificação do direito, resta importante compreender (como já narrado) que o autor, muito embora seja um positivista apresenta preocupação no sentido de que os destinatários da norma jurídica sejam os cidadãos e não os juristas²⁰², preocupação esta que, com Austin, sofrerá um revés, eis que o direito passa a ter os juristas como destinatários.

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 33, grifo do autor.

²⁰⁰ “Em síntese – e quero deixar isso bem claro –, para superar o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: *o primado epistemológico do sujeito* (da subjetividade assujeitadora) e o *solipsismo teórico da filosofia da consciência* (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivas do modo-de-fazer-direito contemporâneo), que recupera, dia a dia, a partir de enunciados assertórios, o “mito do dado”. *Não há como escapar disso*. Apenas com a superação dessas teorias que ainda apostam no esquema sujeito-objeto é que poderemos escapar das armadilhas positivistas.” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103)

²⁰¹ “Em segundo lugar, a decisão final depende em larga medida da personalidade do juiz. Mesmo nos trabalhos históricos isso se dá: a solução depende da valoração de simples verosimilhança: não podem exprimir-se exactamente e não é possível, por isso, estabelecer normas gerais para a sua apreciação. Do mesmo modo o problema da elaboração do direito exige trabalho semelhante para o qual se não podem dar ensinamentos abstractos.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 112)

²⁰² “[...] são quatro os requisitos fundamentais que Bentham exigia para um código: utilidade, completude, congoscibilidade, justificabilidade. a) O código deve ser inspirar no princípio do utilitarismo: *a maior felicidade para o maior número* [...] b) O código deve ser completo ... porque se apresentar lacunas reabrir-se-ia a porta ao direito judiciário com todos os seus inconvenientes [...] c) O código deve ser redigido em termos claros e precisos, de maneira a que o seu conteúdo possa ser conhecido por todos os cidadãos; d) Além disso, a lei deve ser acompanhada de uma motivação que indique as finalidades que ela se propõem atingir [...]” [...] “Esta motivação, observa o filósofo, é muito útil não só para os cidadãos como também para os magistrados e para o ensino jurídico [...] Um último ponto em que Austin diverge de Bentham concerne ao requisito da acessibilidade do código. Para Bentham, ele deve ser acessível a todos os cidadãos; para Austin, por outro lado, deve ser acessível somente aos juristas, mas não ao povo.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 100; p. 117, grifo do autor)

Corroborando o narrado, Austin (1790-1859) concebendo muitas das diretrizes apresentadas por seu mestre procura conciliá-lo com os pensamentos da escola histórica professada por Savigny (de quem era um grande admirador). Assim, circulando entre o utilitarismo inglês e a escola histórica alemã, este jusfilósofo acaba professando uma nova realidade para o positivismo jurídico uma vez que (deixando completamente de lado o direito natural assim como Bentham também propunha) compreende como possível a institucionalização do costume (ao contrário do proposto por Savigny) pelo judiciário, ou seja, retorna a ideia de legitimidade do judiciário como fonte do direito²⁰³, sistemática que, não só é totalmente contrária ao seu antecessor como renderá frutos espinhosos para o pensamento jurídico contemporâneo, em especial, a repriminção da ideia de criação de direito pelo poder judiciário. Esse posicionamento (no que diz respeito a atuação do judiciário), deve vir acompanhada da lembrança de que ao fazê-lo Austin deixa clara (como um bom positivista) a superioridade do soberano legislador em detrimento do judiciário legislador. Nos dias de hoje, esse pensamento poderia ser configurado como ativista tratando-se (para o pensamento de Lenio Luiz Streck) de um ato discricionário (como sinônimo de arbitrário) e não legítimo (no sentido de concretização de direitos). Já no pensamento de Darci Guimarães Ribeiro (um processualista monista), tratar-se-ia sim de um ato discricionário, mas não como sinônimo de arbitrário, eis que legítimo – posicionamento que aproxima-se muito do apresentado por Austin. A discussão a ser travada por esses dois filósofos brasileiros será objeto de análise quando do próximo capítulo sendo que neste momento (quiçá indevido) surge no texto apenas como lembrança de que as discussões contemporâneas, a todo momento, remetem à história do direito eis que, muito embora a mudança de trajes, de costumes e espaços geopolíticos, as preocupações permanecem as mesmas.

Dando sequência ao pensamento professado por Austin, como visto muito semelhante ao defendido pelo professor Darci Guimarães Ribeiro (em especial no que diz respeito a concepção do judiciário como um poder delegado²⁰⁴ do Estado²⁰⁵) o filósofo juspositivista do

²⁰³ “Nosso autor não nega absolutamente a juridicidade do direito posto pelos juízes, mas, por outro lado, não sustenta tal situação contrastante com a própria concepção. E recorre ao conceito de *autoridade subordinada* que põe o direito a partir do poder que lhe é delegado pelo soberano; é bem verdade que os juízes criam o direito, mas isso não exclui a sua estatização, visto que eles agem com base no poder a eles atribuído pelo Estado. A distinção entre o direito legislativo e direito judiciário não significa, portanto, uma distinção entre direito estatal e direito não estatal, mas entre direito posto imediatamente e direito posto de modo mediato pelo soberano da sociedade política independente.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito.** Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 109, grifo do autor)

²⁰⁴ “Não tem sentido delegar para o intérprete-juiz a resolução de casos difíceis (aliás, como se fosse possível identificá-los *prima facie*). Essa delegação positivista é, antes de tudo, ilegítima. Mais do que isso, a discricionariedade delegada ao intérprete-juiz é responsável pela crise de efetividade do direito.” (STRECK,

século XVIII entende que a diferença entre direito judiciário e direito legislativo não reside no fundamento relativo as fontes do direito (eis que ambos, na concepção de Austin são figuras estatais) mas, sim, no fundamento relativo ao modo/forma de produção do direito, sendo que o primeiro trata de normas gerais e abstratas²⁰⁶ e o segundo contempla normas particulares emitidas com a finalidade de regular controvérsia única e específica.²⁰⁷

O pensamento exarado evidencia as influências sofridas por Austin do pensamento da escola histórica de Savigny somadas aos pensamentos positivistas ao sustentar o legislativo como superior ao judiciário seguindo, pelo menos neste sentido, seu mestre Bentham (muito embora este não aceitasse, de forma alguma, a criação do judiciário). Como reflexo de todos esses pensamentos reativos a teoria da codificação (escola jusnaturalista, escola histórica e positivismo jurídico), como fruto da referida efervescência, a França (logo após a revolução de 1789) influenciada pelos pensamentos racionalistas fruto do iluminismo, apresentou ao ocidente uma das principais, senão a principal, codificação sob a égide de Napoleão Bonaparte, por esta razão conhecida como Codificação²⁰⁸ Napoleônica. Como não poderia deixar de ser essa codificação (datada de 1804/1808) produziu profunda influência no desenvolvimento do pensamento jurídico moderno/contemporâneo.²⁰⁹

Pautada no ideal do Legislador Universal (onipotente) objetivava ser um direito (ao mesmo tempo) fundado na natureza e voltado às exigências universais humanas, o que restou efetivado depois de vários projetos que foram encaminhados para aprovação. O definitivo foi fruto de quatro juristas, dentre os quais, apresenta-se Portalis como sendo figura de destaque

Lenio Luis. **Verdade e consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192)

²⁰⁵ “Quanto aos pensamentos professados por Darci Guimarães Ribeiro, verificar o artigo intitulado “O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa.” Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/attachments/article/110/Microsoft%20Word%20-%20O%20papel%20do%20processo..._Formatação%20-%20RBDPro_.pdf>.

²⁰⁶ “A determinação do direito só em certa medida pode ser regulada por máximas gerais. Em primeiro lugar os problemas são sempre diferentes uns dos outros nas suas particularidades: nenhum caso é inteiramente idêntico a outro. A apreciação dos problemas raros tem de fazer-se a propósito de cada decisão.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 112)

²⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 109.

²⁰⁸ “A falsa noção surgida da época codificadora estriba nisto que, por ser ela obra do legislador, já confere a este, para o sucessivo, a primazia da criação do Direito. A dupla inspiração jusnaturalista e enciclopedista da codificação deu lugar a uma diferença entre o sistema continental e o anglo-saxão no que toca ao papel que se atribui à legislação, num e noutro.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito.** Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 136)

²⁰⁹ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 63.

em especial no que diz respeito aos esclarecimentos apresentados quanto à interpretação do artigo 4º do referido diploma legal²¹⁰.

Assim, muito embora idealizado como sendo um código simples, unitário, coerente e universal, desde o início gerou polêmica. Contudo, esta não dizia respeito à estrutura jurídica apresentada (eis que a fonte do direito, tratando-se de um código gestado nas entranhas do racionalismo jusnaturalistas dos iluministas só poderia ser o legislador onipotente – Estado Soberano), mas, sim quanto a sua interpretação em especial no que diz respeito ao referido dispositivo legal. Nesse sentido, pode-se dizer que o Código que nasceu dos pensamentos gerados no racionalismo jusnaturalista, quando de sua interpretação, transformou-se por completo, passando (de imediato) à compreensão juspositivista²¹¹. A justificativa para esse giro doutrinário é fruto da ideia de completude (tão cara aos positivistas), gerando discussão quanto a auto-integração e hetero-integração, ou seja, a possibilidade ou não de utilizar o direito natural para suprir as lacunas do direito positivado, teoria que restando vencida na França passou a ter hegemonia nas suas mais variadas formas, tendo como início a Exegeta.

No caso do silêncio (e também da insuficiência da lei), o problema fundamental é o seguinte: o juiz que necessita de uma regra para suprir (ou integrar) a lei, deve buscar tal regra no interior do próprio sistema legislativo (recorrendo a analogia e aos princípios gerais do ordenamento jurídico) ou no exterior desse sistema deduzindo-se de um juízo pessoal de equidade (o que significa: recorrendo a um sistema normativo – moral ou aquele de direito natural – distinto do sistema do direito positivo)? Os modernos teóricos chamam a primeira solução de *auto-integração* e a segunda de *hetero-integração* do ordenamento jurídico. A solução adotada pelo positivismo em sentido estrito é a primeira: o dogma da onipotência do legislador, de fato implica que o juiz deve sempre encontrar a resposta para todos os problemas jurídicos no interior da própria lei²¹².

²¹⁰ “O juiz que se recusa a julgar sob o pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser processado culpável de justiça denegada.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74)

²¹¹ “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o Jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava o seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo. Negou-se até, tirante o código austríaco de 1811, que se pudesse recorrer ao direito natural em caso de lacuna do ordenamento jurídico positivo: triunfou o princípio, característico do positivismo jurídico (ou seja, da posição oposta ao Jusnaturalismo), de que para qualquer caso se pode encontrar solução dentro do ordenamento jurídico do Estado.” (BOBBIO, Norberto,; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998, p. 669-670)

²¹² BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74, grifo do autor.

Como desdobramento dessa forma de pensar o direito, nasce a ideia de ordenamento jurídico que terá Kelsen como seu principal expoente. Pautado na suposta onipotência do legislador (somada a ideia de norma fundamental) objetivará um ordenamento jurídico fechado fundado na validade formal, concebendo assim (como já pretendia Austin) um direito extremamente técnico e voltado aos juristas, razão pela qual (muito embora tente justificar a eficácia de seu ordenamento) resta “despreocupado” com sua efetiva aplicação ao caso em concreto, o que o faz com base nos critérios descritos em sua obra denominada Teoria Pura do Direito, eixo sobre o qual se desenvolveram as principais teorias que compreendem o juspositivismo, razão pela qual sua análise se torna extremamente importante para o estudo em comento.

3.2 Período do Juspositivismo

Conforme descrito no decorrer do tópico anterior a história do direito nos revela as correntes que (somando pensamentos de autores que em determinados momentos divergem e em outros se coadunam²¹³) quanto a forma de compreender o direito (em especial no que diz respeito às suas fontes), propugnam teorias que, cada vez mais, afastam o direito da realidade prática para a qual deveria ser constituído. Nesse sentido, mais apegado a forma do que a substância merece destaque o juspositivismo que descambou para o positivismo jurídico²¹⁴ (este considerado não só quanto às fontes legislativas, mas, em especial, como forma interpretativa – objeto de análise no terceiro capítulo).

²¹³ “No mundo do pensamento, as inovações raramente cancelam o antigo, mas, muitas vezes, a ele se superpõem, de forma que a reação a um movimento de pensamento assinala o retorno às ideias contra as quais o próprio movimento reagira. Assim ocorreu na reação ao pensamento positivista entre o final do século XIX e o início do século XX.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 35)

²¹⁴ “Haja vista que, para o positivismo jurídico, o Direito é apenas um sistema de regras que produz um raciocínio jurídico calcado nos modelos subsuntivo e discricionário. O modelo subsuntivo, de cunho eminentemente lógico-dedutivo, busca extrair da regra, através do seu confronto com um fato concreto, as consequências jurídicas, quando cabíveis, previamente dadas. Já o modelo discricionário é reconhecido pelo positivismo jurídico, a partir do momento em que a situação da vida não está respaldada pela regra ou, quando permite a escolha da forma de aplicação da mesma, dentre várias possibilidades. Neste caso, o intérprete/aplicador “*dimensiona*” as consequências jurídicas que serão aceitas, fundadas, na maioria dos casos, em constatações subjetivas. (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 10, grifo do autor)

Objetivando entender essa nova transição (antes do direito natural para o direito positivo e agora) em que o direito positivo deixando de ser fruto da natureza humana (positivação do direito natural) passa a ser fruto da vontade²¹⁵ (onipotência) do legislador (autoridade imperativa) que, despreocupado com o conteúdo positivado apresenta sistemas complexos de positivação da regra em que a forma (validade normativa) passa a ter muito mais importância do que a efetiva substância, necessário se faz analisar (mesmo que de forma sintética e sem o aprofundamento que mereceria) os pensamentos Kelsenianos quanto a estrutura do direito.

3.2.1 O Positivismo Jurídico

“Na realidade, o positivismo sufocou a dimensão auto-reflexiva da ciência, colocando no lugar dela uma fé irreflexiva na metodologia”.²¹⁶

Diante do narrado, antes de adentrar na discussão de dois dos modelos apresentados pelo direito durante o desenvolvimento do Estado Moderno (Positivismo Exegético e Positivismo Normativo), resta necessário, primeiro compreender a historicidade dessa forma do pensamento jurídico²¹⁷ e, na sequência, justificar o recorte acadêmico que objetiva estudar apenas estes dois modelos em detrimento dos muitos professados.

Iniciando pela história da construção do referido pensamento, necessário esclarecer a distinção de positivismo como forma de positivação do direito (com seu nascedouro na

²¹⁵ “A voz dos animais serve unicamente para exprisar a *vontade*, em suas excitações e movimentos, mas a voz humana também serve para exprisar o *conhecimento*. É por isso que os sons feitos pelos animais quase sempre nos causam uma impressão desagradável, com exceção de algumas vozes de pássaros.” (SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Sússekind. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 145).

²¹⁶ WARAT, Luís Alberto. Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross In: _____. **Introdução geral ao direito II** – a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, reimpressão 2002, cap. 2, p. 103.

²¹⁷ “E, quanto as normas jurídicas, não podendo mais extraí-las da própria ordem que antes se acreditava ler na Natureza, será preciso buscar sua origem exclusivamente nas vontades positivas dos indivíduos: o positivismo jurídico é filho do nominalismo.” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 232).

França, conforme já analisado no decorrer do presente estudo) de positivismo como filosofia de pensamento. Este (por sua vez) atrelado às ideologias que os caracterizam (sendo estas as mais variadas) resta centrado (como eixo comum) na preocupação (apenas) com a forma de produção do direito (deixando de lado a preocupação quanto ao conteúdo do direito produzido).

Contudo, como resta evidenciado durante todo o estudo proposto na presente pesquisa, como recorte acadêmico serão analisados apenas os pensamentos (relativos à temática) de autores contemporâneos ao Estado Moderno deixando, assim, de serem analisados os que antecedem esse período da história do direito. Quanto a primeira forma de entender o positivismo jurídico, distinção entre o direito positivo e o direito natural, objetivando não ser repetitivo, necessário remeter o leitor ao tópico anterior (2.1) que, tratando do jusnaturalismo e seus desdobramentos (assim espera-se) realiza a necessária distinção entre direito natural e direito positivo, bem como os embates no sentido de codificar este último.

Quanto a segunda forma de entender o positivismo jurídico (principal objeto deste tópico) resta premente conhecer e compreender o que ele passou a ser (não só como positividade do direito mas, em especial) em sentido filosófico, ou seja, como uma filosofia ideológica do pensamento jurídico (conforme já explicitado preocupação exacerbada quanto a forma/legitimidade de produção do direito). A partir desse recorte acadêmico (lembrando estar sempre atrelado a ideia de Estado Moderno e, mais do que isso, no período posterior a codificação do direito) o estudo do positivismo que interessa para a discussão que se propõe (esperando não pecar pelo reducionismo) está focado nos dois modelos que mais impacto causaram e ainda causam no mundo contemporâneo, ou seja, o Positivismo Exegético (não só por ser a primeira forma professada de positivismo que preocupando-se com a forma/legitimidade de produção do direito – legislador onipotente com autoridade e de forma imperativa – cria limites metodológicos para sua interpretação e aplicação – analogia e princípios gerais do direito – como pelo fato de fundamentar essa teoria na ideia da separação de poderes) e o Positivismo Normativo, este por ser a linha eixo não só da forma de pensamento apresentada por Kelsen²¹⁸, mas, em especial, por se tratar da temática a ser abordada no terceiro capítulo quando do estudo da obra que norteia a discussão que permeia

²¹⁸ “O trabalho fundamental proposto para a construção de um modelo ideal que domina a ciência jurídica, é o da determinação de um sistema unitário de conceitos relacionados em um discurso, sem ambiguidades internas [...] Como se ve estamos, segundo Kelsen, diante de um efeito imaginário de validade que separa da sociedade a legitimação de suas normas coercitivas. As normas se legitimam pelo sistema e o sistema se legitima pelo Estado, e o Estado pela razão.” (WARAT, Luís Alberto. Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross In: _____. **Introdução geral ao direito II** – a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, reimpressão 2002, cap. 2, p. 105-108)

este trabalho, qual seja, Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli (jusfilósofo que se autodenomina positivista normativo).

Assim, realizados os esclarecimentos (que objetivam não só justificar, mas, principalmente, nortear o leitor quanto à compreensão dos limites acadêmicos do estudo proposto), restarão analisadas as estruturas desse pensamento jurídico gestado²¹⁹ no Estado Moderno e que (ainda hoje) possui forte influência no direito contemporâneo (tanto que é o tema central da mencionada obra do jusfilósofo italiano Luigi Ferrajoli – datada do ano de 2012 – responsável por despertar o interesse do presente estudo). Com esse desiderato, o próximo tópico inicia pelo que foi a pedra fundamental desta filosofia do pensamento jurídico, o famigerado Positivismo Exegético (“juiz boca da lei”), momento a partir do qual, não mais sendo concebida a ideia de lacunas jurídicas, as respostas (ao caso em concreto) passam a ser dadas pelo próprio sistema²²⁰ que considera direito apenas aquilo que for comando (ordem) do soberano legislador.

3.2.1.1 Positivismo Exegético

Como narrado, a importância do estudo desta escola do positivismo resta justificada por ser a primeira²²¹ a (efetivamente) preocupar-se com a forma da produção do direito sendo o legislador (onipotente) o único legitimado a emitir comandos (ordens) reconhecidos pelo sistema jurídico como passíveis de coerção. Nesse sentido, ao contrário do que vinha sendo reconhecido pelo jusnaturalismo (em que, mesmo Hobbes sendo um juspositivista que reconhecia a força do direito pela autoridade e imperatividade – símbolos positivistas – era

²¹⁹ “[...] a laicidade, o respeito a razão profana, vêm da escola de São Tomás; o individualismo e suas consequências, o positivismo jurídico, o conceito de direito subjetivo surgem da escola rival do começo do século XIV, da escolástica franciscana e, sobretudo, do nominalismo de Guilherme de Ockham”. (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 178)

²²⁰ “A teoria positivista pretende apenas ser lógica, método, sistema, e assim manter-se, respeitosamente, distante das valorações, dos efeitos míticos e políticos de sua própria prática social. Assim, a ciência jurídica imuniza-se contra a filosofia, a sociologia e a ciência política.” (WARAT, Luís Alberto. Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross In: _____. **Introdução geral ao direito II** – a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, reimpressão 2002, cap. 2, p. 104)

²²¹ “Esse primeiro quadro eu menciono, no contexto de minhas pesquisas – e aqui talvez resida parte do “criptograma do positivismo” –, como positivismo primevo ou positivismo exegético. Poderia ainda, junto com Castanheira Neves, nomeá-lo como positivismo legalista.” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 85, grifo do autor)

aceita a ideia de lacunas no sistema a serem preenchidas pelo direito natural), os juspositivistas não aceitando a ideia de lacunas compreendem (como visto quando do tópico relativo à codificação) como direito apenas a lei e esta, sendo universal, geral e abstrata, contemplaria (com base no princípio da unidade e completude) todas as respostas às perguntas fruto dos casos concretos. Assim, nessa nova modalidade do pensamento jurídico, o juiz (considerado boca da lei) não mais pode optar entre os dois modelos de direito (estatal: lei civil e não estatal: direito natural), procedimento que tem seu nascedouro na interpretação do artigo 4º da Codificação Napoleônica que, a princípio, teria sido forjada nos pensamentos jusnaturalistas fruto do racionalismo iluminista do século XVIII.

Na verdade o artigo 4º não desempenha a função de válvula de segurança que garanta o poder de criação do direito por parte do juiz, como era a intenção de seus redatores e, em particular, de Portalis; por outro lado, verificou-se aquele fenômeno histórico que Savigny, em 1814, escrevendo *Da vocação de nosso tempo para a legislação e a jurisprudência*, havia previsto e receado quando a codificação vigorasse na Alemanha, isto é, a brusca interrupção do desenvolvimento da tradição jurídica e, principalmente, da ciência jurídica e a perda por parte desta última de sua capacidade criativa²²².

Assim, a escola em questão, preocupada com a certeza da aplicação dos ditames jurídicos que expressavam os ideais da Revolução Francesa, propugnava por uma interpretação (pelo judiciário) mecânica e passiva²²³ (do Código). Com esse intento, primando pela ideia de certeza do direito concebia a lei como sendo fruto da autoridade do Estado Civil²²⁴ que (em detrimento do estado de natureza, compreendido por Hobbes como o de guerra de todos contra todos e), constituído pelo contrato social, deveria garantir a certeza do direito (abstrato, geral e universal) o que só seria possível pela implementação do que, na

²²² BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 79, grifo do autor.

²²³ “Isso acontece efetivamente na França com a *escola da exegese*, cujo nome indica como ela se limitava a uma interpretação passiva e mecânica do Código, enquanto que aquela que a sucedeu, a *escola científica*, assumiu esse nome precisamente para destacar que se propunha uma elaboração autônoma de dados e de conceitos jurídicos cuja validade fosse independente e transcendesse o próprio Código.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 78, grifo do autor)

²²⁴ “As forças particulares não podem reunir-se sem que todas as vontades se reúnam. A reunião dessas vontades, diz ainda muito bem Gravina, é o que chamamos ESTADO CIVIL.” (MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 26, grifo do autor)

época, foi conhecido como doutrina da separação dos poderes (ideologia que, persistindo no direito contemporâneo, gera discussões acaloradas como as da PEC 33/2011²²⁵).

Uma terceira causa, que pode ser considerada como a justificativa jurídico-filosófica da fidelidade ao Código, é representada pela *doutrina da separação dos poderes*, que constitui o fundamento ideológico da estrutura do Estado moderno (fundada na distribuição das competências, portanto na atribuição das três funções fundamentais do Estado – a legislativa, a executiva e a judiciária – a três órgãos constitucionais distintos). Com base nessa teoria, o juiz não podia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera da competência do poder legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei [...].²²⁶

Nesse sentido, como ferramenta necessária para atingir o desiderato proposto, qual seja, a não criação do direito pelo judiciário, surge a famigerada interpretação por etapas²²⁷ em que, adotando-se o método fruto de um procedimento lógico²²⁸ silogístico, o “aplicador” do código deverá encontrar as respostas jurídicas na lei que, implicitamente, já traz em seu bojo todas as respostas necessárias ao deslinde do feito (relação sujeito/objeto).

Eis a razão do necessário estudo dessa escola que, dando início à filosofia do positivismo jurídico, apresenta como importante marco teórico a onipotência do legislador que deve ser assegurada a todo custo, ou seja, não só pela forma/método apresentado para a interpretação legislativa (buscando assegurar que o juiz seja fiel a texto normativo – juiz boca

²²⁵ A proposta de emenda à Constituição (PEC) n. 33/11 submete algumas decisões do Supremo Tribunal Federal à análise do Congresso: “De acordo com a PEC, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), o Congresso Nacional deve referendar as súmulas vinculantes, as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) e as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) emitidas pelo STF. Caso o Congresso se posicione contra a decisão do STF, a questão irá para consulta popular. A proposta ainda precisa ser analisada por uma comissão especial e votada em dois turnos pelo Plenário.” (BRASIL 47. Presidente da CCJ defende tramitação da PEC 33. Disponível em: < <http://www.brasil247.com/pt/247/poder/101125/.>>)

²²⁶ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 79, grifo do autor.

²²⁷ “Estas longas cadeias de razões, tão simples e fáceis, e das quais os geômetras costumam servir-se para chegar às suas mais difíceis demonstrações, haviam-me dado ocasião de imaginar que todas as cousas que podem cair sob o conhecimento dos homens se encadeiam do mesmo modo e, desde que nos abstenhamos somente de aceitar por verdadeira alguma que não o seja, e respeitemos sempre a ordem necessária para deduzilas umas das outras, nenhuma pode haver tão afastadas as quais não possamos por fim chegar, nem tão ocultas que não as possamos descobrir.” (DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 40).

²²⁸ “Ora, a certeza só é garantida quando existe um corpo estável de leis, e aqueles que devem resolver as controvérsias se fundam nas normas nele contidas e não em outros critérios. Caso contrário, a decisão se torna arbitrária e o cidadão não pode mais prever com segurança as consequências das próprias ações (recordem-se as célebres palavras ditas por Montesquieu e Beccaria a este respeito). A exigência da segurança jurídica faz com que o jurista deva renunciar a toda contribuição criativa na interpretação da lei, limitando-se simplesmente a tornar explícito através de um procedimento lógico (silogismo), aquilo que já está implicitamente estabelecido na lei.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 80)

da lei), mas, também pela separação dos poderes²²⁹ (que passará a ser conhecido, no período constitucional, pelo sistema de freios e contrapesos) evidenciando, nesse sentido, a submissão do judiciário ao legislativo.

3.2.1.2 Positivismo Normativo

“Ao passar do século XIX para o XX [...] O sistema oitocentista clássico tem como objeto a estrutura do direito; move-se no âmbito da teoria do direito; o centro de seu interesse é a completude; serve ao conhecimento do direito. O sistema novecentista tem como objeto a função do direito; move-se no âmbito do direito positivo; o centro de seu interesse é a lacuna; serve à aplicação do direito.”²³⁰

O presente tópico, objetivando fechar esse breve ensaio sobre a ideia que permeou o sistema jurídico conhecido como juspositivismo legalista/normativo (centrado na figura do legislador onipotente), pretende compreender, dentre as existentes com este fim, a professada por Kelsen que (na visão deste pesquisador), sendo um elo entre o sistema para dizer e o sistema para fazer²³¹ (fase de transição das duas realidades apresentadas por Losano),

²²⁹ “Finalmente com MONTESQUIEU, a teoria da separação de poderes já é concebida como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si, tomando, praticamente, a configuração que iria aparecer na maioria das constituições” [...] “O sistema de separação de poderes, consagrado nas constituições de quase todo o mundo, foi associado a idéia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são *atos gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consiste na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir [...] Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de *atos especiais*” [...] “E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.” (DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 219; p. 220; p. 221, grifo do autor).

²³⁰ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, XXXI.

²³¹ “No fundo há sempre o retorno às teses decisionistas de cariz Kelseniano: nele não há espaço para princípios. No positivismo-normativista Kelseniano *não há espaço para o “caso concreto”* (o “caso” ele “deixa” a cargo dos juizes, para os quais não há métodos ou critérios que “segurem” a interpretação – conforme o célebre capítulo oitavo da TPD). Até mesmo um positivista considerado moderado como Hart – este epíteto lhe foi dado por Dworkin –, ao tratar da textura aberta, procura resolver os casos difíceis (*hard cases*) através da interpretação das zonas de penumbra (textura aberta) da norma. (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 68, grifo do autor)

preocupa-se com a construção (interna) de um ordenamento jurídico (que se propunha hermeticamente fechado), momento em que cria (de forma abstrata) a ideia de norma fundamental, o que faz objetivando fundamentar sua teoria que repousa sobre a validade formal.

Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem [...]. As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana.²³²

Neste contexto, conforme restará evidenciado pela teoria apresentada pelo referido autor, perpassando a fase da codificação Napoleônica, fundamentada (inicialmente) nos ditames professados pelos jusnaturalistas (racionalismo iluminista) a Teoria Pura do direito tende a fechar, de uma vez por todas, a porta para qualquer influência externa na construção do ordenamento jurídico (direito afastado de toda e qualquer forma de valoração²³³). Desta feita, o estudo de Kelsen resta justificado (dentro da ciência jurídica do século XX) pela sistematicidade rigorosa do seu pensamento eis que, com a Teoria Pura do Direito²³⁴, apresenta e representa a sua formulação mais completa, em que o direito passa a produzir direito. Com esse intento passa a conceber as regras em questão (Direito e Moral) como sendo espécies de sistemas normativos diversos e, procurando enfrentar a problemática relação entre esses dois universos normativos, propugna a desmistificação das concepções universais fruto

²³² KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 33.

²³³ “Tal como as normas do Direito, também as normas da Moral são criadas pelo costume ou por meio de uma elaboração consciente (v.g. por parte de um profeta ou do fundador de uma religião, como Jesus). Neste sentido a Moral é, como o Direito, *positiva*, e só uma Moral positiva tem interesse para uma Ética científica, tal como apenas o Direito positivo interessa para a teoria científica do Direito”. [...] “A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de *a* Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito *deve* ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a *um determinado* sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 70-75, grifo do autor)

²³⁴ “Pensamento jurídico que continua com frequência a ser chamado de “sistemático”, porque a tradição conotou positivamente esse termo: desde as origens, a sistematicidade de uma exposição coincidia com a sua cientificidade. Na verdade, da leitura resultará claro que o sistema oitocentista “para dizer” (aquele externo, didático, clássico, válido para todas as matérias) é completamente diferente do sistema novecentista “para fazer” (que é interno ao direito, pertence apenas ao próprio direito, instrumento não para o conhecimento, mas para a aplicação do direito)”. [...] “Esse modelo de sistema jurídico interno evoca a imagem de uma pirâmide normativa, da qual são satisfatoriamente explicados as faces, as bases e os ângulos, mas não o vértice. Para além da metáfora, essa concepção Kelseniana parece explicar bem todo o mundo jurídico existente, mas menos bem o momento de sua origem.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, XXX; p. 66, grifo do autor)

do que, na fase que o antecedeu, era considerado como direito natural (universalmente justo) o que faz relativizando a ideia de moral.

A temática em questão é de suma importância para o estudo que se propõe pelo fato de que a imbricada relação entre essas formas de conceber a normatização do direito (que já preocupava Kelsen) têm fomentado significativos embates no direito contemporâneo, prova disso é a discussão²³⁵ travada pelo juspositivista italiano Luigi Ferrajoli e o brasileiro Rafael Tomaz de Oliveira na obra que serve de esteio ao presente trabalho (Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo). Contudo, uma compreensão avaliativa²³⁶ do direito concretizada pela pretensão de separação total deste da moral que, para tanto, resta relativizada (uma das principais características do positivismo normativo) justifica a positivação de um regramento despreocupado com o conteúdo normativo, tendo como pretensão apenas a forma do ato, sistemática aproveitada (na concepção de muitos autores) para justificar as atrocidades perpetradas pelo nacional socialismo²³⁷ e pelo fascismo, muito embora (necessário lembrar) Kelsen tenha sido perseguido pelo regime em virtude de ser judeu²³⁸. Do exposto resta evidente que a grande preocupação do autor, como um bom

²³⁵ “A segunda incompreensão refere-se aos termos da questão do objetivismo ético. Tomaz de Oliveira sustenta que o meu “duro ataque” ao objetivismo ético, porque iliberal, e ao principiologismo, porque enfraquece a normatividade constitucional e, favorecendo o ativismo judicial, compromete a separação dos poderes e a legitimidade da jurisdição (p. 191), estaria justificado somente “se aceitássemos a definição de moral como algo que depende do arbítrio do sujeito, isto é, do juiz” (p. 192). E mais adiante: “se o sentido desta conexão entre direito e moral” resolve-se no “subjetivismo do juiz – como ocorre na maioria das proposições do constitucionalismo principialista, ela deve, claramente ser rejeitada” (p. 192). Pois: é precisamente esta noção de moral que compartilho, havendo uma concepção antiobjetivista e anticognitivista – ou, se preferir, subjetivista da moral. Mas não é esta a noção de moral sustentada pela maioria dos principialistas, que compartilham, ao contrário, a ideia de uma moral objetiva como fundamento da tese da conexão e, simultaneamente, da possibilidade, sustentada por Dworkin, por Streck e também por Tomaz de Oliveira, de se obter a resposta correta.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 251-252)

²³⁶ “Embora as normas jurídicas, como prescrições de dever-ser, constituam valores, a tarefa da ciência jurídica não é de forma alguma uma valoração ou apreciação de seu objeto, mas uma descrição do mesmo alheia a valores (*wertfrei*). O jurista científico não se identifica com qualquer valor, nem mesmo com o valor jurídico por ele descrito.” (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 77, grifo do autor)

²³⁷ “Nas primeiras décadas do século XX, os valores tradicionais foram colocados em crise também por posicionamentos ligados, por várias razões e intensidades, ao pensamento irracional entendido em sua acepção mais vasta. Ora, o irracionalismo forte leva a asserir valores novos que se superpõem aos tradicionais: é o que ocorre com o fascismo e o nacional-socialismo. O irracionalismo fraco limita-se, ao contrário, a negar a racionalidade dos valores, ou seja, das normas éticas antigas e novas: os valores são emoções, e não objeto de conhecimento científico. Dessa forma fraca de irracionalismo deriva o relativismo em relação aos valores que caracteriza tanto a democracia liberal quanto o positivismo jurídico.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 26)

²³⁸ “À luz dessa constatação, fica claro como Kelsen pôde ser atacado pelos nacional-socialistas, pelos liberais, pelos socialistas, etc [...] O problema político da teoria pura do direito consiste exatamente neste seu polivalente conservadorismo: ela termina por poder ser aplicada a qualquer ordenamento jurídico existente e, portanto, termina implícitamente por aceitá-lo e justificá-lo...para os comunistas de matriz soviética, era uma teoria que, para o passado, se prestava a conferir o prisma da legalidade também às mais atrozes disposições do direito

positivista, ao construir a sua teoria do ordenamento jurídico é com a validade (formal) das regras emanadas do poder competente (Kelsen²³⁹) e não com a substância do direito produzido por esse poder competente. “Essa categoria formal pode receber qualquer conteúdo e, portanto, “é totalmente separável de qualquer conteúdo”; evidentemente, o conteúdo é indispensável para concretizar essa pura forma, mas a independência do *Sollen* do seu conteúdo é total”²⁴⁰.

Como resultado dessa sistemática adotada, onde a teoria estrutural passa ser o foco principal das forças empregues nesse engenho, surge a despreocupação com a gênese²⁴¹ e/ou evolução desse ordenamento jurídico eis que desconsiderando-se o conteúdo, ou seja, ao contrário do que propunha Bentham (um dos principais teóricos da codificação) o direito deixa de ter como foco a transformação social para, nos moldes do que compreendia Austin (também no que diz respeito a codificação) transformar-se numa técnica destinada não mais aos cidadãos (como entendia Bentham) mas sim aos juristas.

É nesse contexto em que a estrutura formal ganha tamanha dimensão que o conteúdo (“deixado de lado”) nele inserido (cada vez mais “avalorativo”²⁴²) permite (utilizando palavras de Lenio, o que faz em tom de crítica a abstratividade conceitual) “*dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa*”²⁴³, o que solidifica a concepção científica do direito (direito

nacional-socialista (se bem que o próprio Kelsen teria sido vítima dele) [...] Essa avaliação é infundada do plano teórico e político [...] ela porém não é infundada no plano teórico-jurídico: a doutrina pura do direito não leva em consideração o conteúdo de um ordenamento jurídico.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 123-124)

²³⁹ De forma muito mais sofisticada, Hans Kelsen tenta excluir a noção de soberania, assim como a de poder constituinte, do universo constitucional. Kelsen defende que não há centro político, não há um soberano concreto. A soberania não é uma substância ou fato, mas uma idéia, um pressuposto. (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 20).

²⁴⁰ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 113.

²⁴¹ “A teoria pura do direito é uma teoria estrutural do direito [...] Uma teoria jurídica estrutural é, portanto, a-histórica: pretende descrever o direito como ele é, mas não se interessa por sua gênese ou evolução. Em particular, ela busca as constantes estruturais do direito em sua forma, mas não em seus conteúdos. Uma teoria estrutural do direito é, também, uma teoria formalista.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 120-121).

²⁴² “É preciso ter claro que, no paradigma do Estado Democrático, o direito passa a se preocupar – em razão das contingências históricas – com a democracia e, portanto, com a legitimidade do direito (problema da validade, pois), problemática que até então era “cindida” pela “ciência do direito”; de um lado, o direito, e sem preocupação com a “razão prática”, e de outro, o território no qual a penetração do direito não tinha “conotação valorativa.” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 67, grifo do autor)

²⁴³ “Ora, se não existem fatos e, sim, somente interpretações, é possível dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, inclusive negar a história, a memória e a tradição...! Contra isso, simplesmente afirmo [...]”. (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37)

como ciência²⁴⁴). Esta, fundamentada em jargões abstratos²⁴⁵, deu azo ao que passou a ser conhecido como período das jurisprudências (retorno, mais forte do que nunca – se é que em algum momento deixou de existir – da legitimidade judicial para criação do direito), iniciando (como não poderia deixar de ser) pela dos conceitos.

3.3 Período das Jurisprudências

Assim como a leitura, a mera experiência não pode substituir o pensamento. A pura empiria está para o pensamento como o ato de comer está para a digestão e assimilação. Quando a experiência se vangloria de que somente ela, por meio de suas descobertas, fez progredir o saber humano, é como se a boca quisesse se gabar por sustentar, sozinha o corpo.²⁴⁶

Conhecidos os caminhos que, saindo de um direito disléxico e entregue aos juristas (decisões fruto da escolha do julgador em relação ao regramento a ser aplicado – direito natural ou direito positivo) passando pelo rigor absolutista hobbesiano (Estado Absoluto em que o poder soberano, estando centrado na figura do rei, transforma o judiciário – de órgão social – em órgão estatal subordinado) até chegar ao extremo (positivismo exegético) de transformar-se o juiz em boca da lei, imperioso se faz estudar essa corrente que, objetivando superar o positivismo e/ou apresentar-se como alternativa a codificação repristina o judiciário como fonte produtora/criadora do direito (período das jurisprudências alemãs).

²⁴⁴ “O problema do desenvolvimento do direito, tal como a vida o põem, é resolvido de facto pela jurisprudência e pela ciência que a prepara. Sobre o conjunto das idéias legislativas de comandos, historicamente determináveis, ergue-se um mole cada vez maior de comandos nascidos dessa actividade construtiva e que passam para a vida.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 113)

²⁴⁵ “O que resta do direito? Qual é o papel da doutrina? Os julgamentos se tornaram monocráticos...! Milhares de processos são resolvidos no atacado...! Não mais discutimos *causas*, pois passamos a discutir “*teses*” jurídicas...! Como que a repetir a lenda do “leito de Procusto”, as causas são julgadas de acordo com conceitos previamente elaborados (súmulas, repercussão geral, etc). E as ações são julgadas por “pilhas”. Por isso, a repregunta: as duas décadas de fortalecimento do protagonismo judicial redundaram em que? (STRECK, Lenio Luis **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 114, grifo do autor)

²⁴⁶ SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 49.

Contudo, o período das jurisprudências²⁴⁷ (ao contrário do que pretendia, eis que mantém a preocupação jurídica quanto a forma da produção do direito – agora judiciária) acaba por garantir a continuidade da corrente tão combatida (positivismo jurídico), eis que despreocupada com o teor/substância do conteúdo que por ela será produzido. Porém, a análise desta sistemática que repristina o pensamento professado no estado medieval (judiciário, fulcrado na experiência²⁴⁸, torna-se fonte produtora do direito) ficou conhecida como jurisprudências dos conceitos, movimento do direito livre e jurisprudência dos interesses/valores.

Almejando conhecer/compreender os mecanismo encontrados, pelos partidários do direito judicial, para justificar a tão sonhada (repristinção da) legitimidade criadora do direito (fonte produtiva do direito *estatal ou não estatal?*) aos juízes, o estudo (que optou por não estudar a corrente norte americana conhecida como realismo jurídico²⁴⁹) inicia com a jurisprudência dos conceitos que, mais do que um revanchismo ao direito positivado e à codificação (fruto do direito como ciência²⁵⁰), apresentou-se, na Alemanha, como sendo uma

²⁴⁷ “A questão que preocupa os autores da social-democracia alemã durante a república de Weimar, para Morramao, é reverter o processo de perda da centralidade do parlamento, enfretando o crescimento do poder burocrático e o deslocamento de funções do legislativo para o judiciário.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 303).

²⁴⁸ “Da obrigação de utilizar os conhecimentos pessoais, deriva o princípio de que o juiz deve conceder proteção aos interesses que dela considerar dignos, mesmo que na lei os *não* encontre especialmente *protegidos*; deve, portanto, procurar conhecer os interesses da comunidade jurídica, não só através da lei, mas também por meio da sua própria experiência da vida.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 235)

²⁴⁹ “A expressão *legal realism* (realismo jurídico) foi posta em circulação por K. N. LLEWELLYN, professor da Universidade de Colúmbia, e pelo juiz JEROME HOLMES, em 1930, como se lê num de seus escritos – onde acrescenta que pronto se convenceu de que a designação era pouco feliz, eis que nada tinha a ver com o que, à luz da tradição filosófica, se costuma contrapor ao nominalismo (realismo lógico) ou ao idealismo (realismo metafísico), cumprindo-lhe apenas descrever um necessário e justificado movimento de rebelião contra o que denominou de pseudo-racionalismo tradicional.” [...] “Uma observação, todavia, aqui nos parece indispensável no sentido de estabelecer certa distinção que, sem negar de maneira radical a proximidade dos pontos de vista do movimento de observação da realidade jurídica (*legal realism*) com os da Escola do Direito Livre (*Freirechtschule*), sirva ao menos para destacar o que de sumamente peculiar apresenta a tendência americana, aliás assim excelentemente resumida na conhecida afirmação de JEROME FRANK, a saber, que não se trata de postular se podemos decidir livremente, mas de admitir que gozamos desde logo desta liberdade.” [...] Não exageremos, porém. Essa atitude da doutrina da realidade jurídica, embora pareça tão extremada como a da Escola do Direito Livre, em verdade o é muito menos.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 28, p. 31, p. 32, grifo do autor)

²⁵⁰ “Sendo assim, as ciências adquiriram uma tal amplitude em suas dimensões, que alguém com a pretensão de realizar algum empreendimento científico deve se dedicar apenas a um campo muito específico, sem dar importância a todo o resto [...] Em geral, um erudito tão exclusivo de uma área é análogo ao operário que, ao longo de sua vida, não faz nada além de mover determinada alavanca, ou gancho, ou manivela, em determinado instrumento ou máquina, de modo a conquistar um inacreditável virtuosismo nessa atividade [...] Em contrapartida, a verdadeira formação para a humanidade exige universalidade e uma visão geral. (SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 31).

alternativa à codificação que, contudo, se espalhou pelo ocidente deixando frutos até os dias de hoje, em especial no Brasil.

3.3.1 Jurisprudência dos Conceitos

“Lembremos, no entanto, que a jurisprudência dos conceitos foi o modelo alemão similar à exegese francesa: enquanto na França o direito era feito pelos legisladores, na Alemanha foi feita por professores.”²⁵¹

Antes de adentrar ao mérito do tópico objeto da presente temática, necessário se faz lembrar os ensinamentos de Savigny (escola histórica) e seus embates com os doutrinadores positivistas que pretendiam a codificação do direito, em especial, Austin (um admirador dos juristas alemães que foi, em determinado momento da história, influenciado por essa corrente). A razão de lembrar os referidos filósofos reside no fato de que, tratando da ideia de direito como ciência²⁵², muito embora Savigny fosse contrário a positividade do direito, não era contrário a sua sistematização, o que deveria ser feito de forma técnica. Esse conceito, apreendido por Austin, o levou (ao contrário do seu mestre Bentham) a professar uma codificação que restasse preocupada não com o conteúdo, mas, apenas com a forma que, em

²⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 72

²⁵² “A interpretação histórica em sentido estrito, isto é, a determinação dos fenômenos psicológicos que acompanham a declaração, pode considerar-se como parte de uma actividade mais complexa e tão integrada no conjunto que a todo este se estenda o nome de interpretação. Esses actos conexos podem ser investigações causais mais profundas ou actos do pensamento emocional. No primeiro caso, o alargamento da interpretação histórica resulta de a investigação ultrapassar o conteúdo do pensamento. Dar-lhe-ei o nome de investigação das circunstâncias e das causas ou interpretação da situação ou dos motivos, em sentido lato [...] É o que se dá, nomeadamente, nos trabalhos históricos: atende-se, por exemplo, como notam SIMMEL e WEBER, às declarações duma personalidade histórica para delas se tirarem conclusões sobre o seu carácter ou sobre particularidades da vida coeva que as determinaram e que por meio delas pode ser conhecidas. Mas esta forma de proceder não é exclusiva da ciência: aparece a cada passo na vida corrente. A crença na realidade dos factos que nos são comunicados resulta precisamente duma interpretação casual mecanizada. O fenómeno torna-se manifesto, logo que temos razões para duvidar da veracidade do informador. A dificuldade do trabalho a realizar nesse campo, para apurar a verdade, é bem conhecida do juiz habituado a ouvir testemunhas mentirosas” [...] “O verdadeiro método de interpretação da lei não há-de diferir do da interpretação dos comandos da vida corrente: há-de ser também constituído pela investigação histórica do comando e dos interesses, acompanhada dum complemento emocional.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 40-41; p. 65)

suas palavras, deveria ser técnica e endereçada aos juristas, sistemática esta abraçada pelos que, objetivando não codificar o direito, utilizaram para legitimar o judiciário como criador do direito²⁵³.

A importância dessas conjecturas nesse momento do trabalho possui como razão de ser a discussão que será travada quando do terceiro capítulo em que, conforme se pretende demonstrar, (hoje) o direito (como já previam os referidos juspositivistas) não passa de simples técnica que, em países como o Brasil (com discrepâncias entre a constituição formal e a constituição real) servem para justificar a não concretização dos direitos fundamentais o que se faz com base em interpretações (fruto das mais variadas correntes doutrinárias) que permitem uma argumentação retórica (como por exemplo, o conceito abstrato de reserva do possível²⁵⁴).

Realizados esses apontamentos (compreendidos pelo pesquisador como importantes para o momento) resta premente o início do estudo do que passou a ser a concepção do direito como ciência (deixando de lado a natureza humana). Com esse intento, e buscando o recorte acadêmico (o que se faz com base no exposto), serão analisados os pensamentos gestados na Alemanha o que será feito na doutrina apresentada Jhering, responsável pela corrente pandectista que apresentava essa forma de pensar como uma alternativa à codificação do direito. Com essa proposta, superando a escola histórica de Savigny, o primeiro Jhering apresenta a ciência jurídica²⁵⁵ como uma linguagem universal o que acaba o aproximando dos racionalistas no que diz respeito a abstratividade de seu pensamento, contudo dela se afasta

²⁵³ “A extensão do poder jurisdicional, particularmente, deve ser combatida, pois o judiciário passa a se ver como uma autoridade decisória autônoma, contrastando com a democracia parlamentar, tendendo a considerar o direito positivo como obstáculo a sua atividade. O judiciário busca se desvincular da lei, produzida e votada pelo parlamento, a partir de teorias de interpretação e de hermenêutica do sistema justificadoras, inclusive, do controle judicial dos atos do parlamento.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 303).

²⁵⁴ “Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial), estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.) **Constituição e segurança jurídica** – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum. 2004, p. 112)

²⁵⁵ “Esta ciência construtiva e dedutiva do direito recebeu usualmente o nome de *dogmática do direito*, que consiste na elaboração de conceitos jurídicos fundamentais, extraídos da base do próprio ordenamento jurídico e, enquanto tais, não sujeitos a revisão ou discussão. Com base em tais conceitos o jurista deve extrair – realizando uma pura operação de dedução lógica – as normas que servem para resolver todos os casos possíveis. (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 220, grifo do autor)

pela utilização de métodos para atingir os objetivos desejados, dentre eles a pretensão construtiva do direito (eis que não codificado).

Assim, essa doutrina alemã, que (como narrado) possui sua origem na doutrina pandectista, chega ao seu auge com o que restou historicamente conhecido como jurisprudência dos conceitos²⁵⁶ do primeiro Rudolf von Jhering que, tratando da temática, apresenta como características essenciais dessa forma de pensamento a análise jurídica, a concentração lógica e o ordenamento sistemático.²⁵⁷ Essa construção com base em conceitos abstratos “descobertos” por deduções lógico-sistemáticas, superando a escola da exegese²⁵⁸ (em que o juiz, obedecendo aos ditames que lhe eram inerentes na época não passava de “boca da lei”), transforma o direito em técnica destinada aos juristas (assim como já pretendia Austin). Contudo (ao contrário do entendimento do referido autor) resta desconsiderada por completo a ideia da onipotência do legislador (positivismo exegético²⁵⁹) razão pela qual os juízes passam a ser os grandes responsáveis pela criação do direito (fonte legislativa). Como principal ferramenta para esse desiderato, surge a figura dos princípios que, compreendidos de forma abstrata²⁶⁰ e não como fundamento da regra, passou a configurar o que restou

²⁵⁶ “O passo final para a construção do sistema de direito alemão vai ser dado como primado da lógica formal da chamada Jurisprudência dos Conceitos (*begriffsjurisprudenz*). Os conceitos são entendidos como modelos formais dotados de coerência lógica interna, que constituem a base do direito objetivo dos institutos. A tarefa do jurista é vincular o direito objetivo (institutos) ao direito formulado (normas), com o sistema jurídico ultrapassando, assim, a mera vigência das normas emanadas pelo legislador.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 192)

²⁵⁷ “Através desta operação de recomposição, o jurista chega à formulação do *princípio* latente e quase sempre não expresso nas leis [...] A descoberta dos princípios é de importância capital para a ciência jurídica, não só pela concentração a que dá lugar, como também pelas novas regras que dela nascem.” [...] “O procedimento fundamental nessa etapa é a abstração, que permite destacar a noção geral do caso particular do qual ela serviu.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 74; p. 124)

²⁵⁸ “Podemos encontrá-lo, talvez na sua pior manifestação, na França do *Ancien Régime* quando os juízes das cortes superiores, centrais e provinciais, foram de tal forma surdos às exigências sociais a ponto de se tornarem alvos dos mais odiados na exploração popular revolucionária.” (CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1989, p. 88)

²⁵⁹ “Então tratando-se de exposições complexas as regras de linguagem falham absolutamente: não há sentido literal puro numa obra, mas somente das frases isoladas. Pode, é certo, determinar-se ainda pelo uso da impressão produzida pelo conjunto: há, embora limitadamente, máximas da lógica corrente que pode esclarecer se o sentido literal é ou não afectado pelo conjunto. Mas, por isso mesmo, a interpretação objectiva ultrapassa sempre nesses casos, o sentido literal. Só poderá falar-se então no “sentido objectivo do texto [...] O sentido literal puro supõe declarações não condicionadas pelas circunstâncias e, na vida prática, não há dessas declarações, a não ser nos estudos lingüísticos. As circunstâncias ambiente influem sempre no sentido puramente literal e devem ter-se em conta, mesmo para a determinação dum sentido objectivo.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 52-53)

²⁶⁰ “Observe-se aqui que precisamente essa presunção de deduzir regras do princípio abstrato se tornou objeto das mais violentas críticas movidas contra a jurisprudência dos conceitos, acusada de deduzir as regras jurídicas não de uma avaliação concreta dos interesses em jogo, mas de um procedimento meramente lógico. Um dos maiores críticos desse procedimento será o próprio Jhering em seu segundo estilo.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 125)

conhecido (no direito contemporâneo) como *pan-principiologia*. Nesse sentido, objetivando combater essa dita *pan-principiologia*, os autores substancialistas a serem trabalhados no terceiro capítulo são uníssonos no sentido de compreender o princípio como algo que, ao contrário do professado pelos doutrinadores do direito científico, dever ser fundamento da regra e não um artefato jurídico que permita escolhas arbitrárias. Nesse sentido é o pensamento de Ferrajoli ao comentar a participação de Streck (sobre a utilização dos princípios no Brasil) na obra (Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo) objeto de discussão no terceiro capítulo, quando assim se manifesta:

Conforme Streck, os princípios funcionam, assim, como “álíbis teóricos” da discricionariedade e do ativismo judicial: os casos simples são resolvidos com a aplicação das regras mediante subsunção, aqueles difíceis com a ponderação e, as vezes, com a invenção de princípios. Na presença desses casos difíceis, isto é, na falta de leis (por eles consideradas) apropriadas, o intérprete pode aventurar-se no amplo depósito de princípios acumulado pela própria jurisprudência e, se não encontra aquele que deseja, “pode criá-lo”.²⁶¹

Pelo exposto, parece clara a situação (no direito brasileiro) de utilização dessa corrente de pensamento quando da aplicação da regra ao caso em concreto, ou seja, poder-se-ia dizer que (muito embora o próprio criador já a tenha desconsiderado, logo após o seu nascimento) ainda nos dias de hoje resta aplicada no Brasil como sendo (no pensamento de muitos juristas) uma inovação no que diz respeito a interpretação. Diante do exposto, encerrada a análise deste tópico em que (espera-se) resta demonstrado o quão pérfida (muito embora ainda aplicada nos dias de hoje) é essa doutrina que, conforme estudado, restou abandonada por seu próprio criador diante da dificuldade de fundamentar/justificar (na prática) conceitos que, criando princípios abstratos, propiciava o retorno aos decisionismos perpetrados no período que antecedeu o Estado Moderno, resta necessário compreender o passo seguinte de Jhering, conhecido como o segundo, momento em que como braço do movimento do direito livre, da azo a jurisprudência dos interesses²⁶² (concebida nos dias de hoje como jurisprudência dos valores).

²⁶¹ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 214

²⁶² “Praticamente, este imperativo de *investigar os interesses* constitui o ponto culminante da jurisprudência dos interesses. Nenhuma regra jurídica será perfeitamente compreendida, enquanto não for olhada como resultante de uma composição de interesses ou como um erro legislativo. Não se trata dum princípio simplesmente teórico, mas duma norma de acção que, aplicada coerentemente, se mostra sempre do maior valor prático. Nem mesmo é nova, pois já se continha na antiga máxima que impunha ao juiz o dever de procurar sempre o fim e o alcance prático de cada disposição [...] As novas teorias vão mais longe, como atrás se notou (pág 22 e segs.). Mesmo

3.3.2 Movimento do Direito Livre e Jurisprudência dos Interesses/Valores

“Referir-se ao interesse que o direito deve proteger significa remeter-se exatamente aos valores que as teorias formalistas pretendiam manter fora do direito. Mas quem determina o valor ao qual deve fazer referência o juiz?”²⁶³

Conforme descrito no tópico anterior a Alemanha (dando continuidade aos ideais da escola histórica – Savigny) mantinha-se relutante a ideia de positivação e codificação do direito, razão pela qual acabou desenvolvendo a cientificidade do direito que, num primeiro momento deu azo à jurisprudência dos conceitos e, mais tarde, à jurisprudência dos interesses²⁶⁴ (concebida nos dias de hoje como jurisprudência dos valores)²⁶⁵ ambas com base nos pensamentos de Jhering²⁶⁶.

abstraindo da hipótese de *delegações legislativas*, há uma série de casos em que o juiz tem de construir comandos sobre juízos de valor e, portanto, de idear comandos que não existiam ainda, embora em forma geral, quer na lei, quer no costume. Daremos a esta actividade judicial o nome de “elaboração de comandos”. Os casos em que tem lugar essa elaboração valoradora de comandos, são chamados lacunas. Esta nova teoria é vivamente discutida. A discussão incide sobre o conceito de lacunas, sobre a pretensa faculdade de o juiz “modificar a lei”, sobre princípios fundamentais da formação judicial de comandos e nomeadamente sobre o valor do conteúdo histórico da lei (do juízo de valor legal) e sobre a designação desta acctividade como criadora do direito.”(HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, grifo do autor, p. 109-110)

²⁶³ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 136.

²⁶⁴ “Mas a doutrina jurídica com a sua função de fornecer ao juiz indicação para a decisão do caso jurídico, é dominada por outros pontos de vista. Considerando os seus objectivos, conclui-se que, mesmo na interpretação da lei, não pode prescindir-se da investigação histórica dos interesses e que esta de modo algum pode ser substituída pela apreciação de impressões, isto é, por um sentido objectivo. Pelo contrário, é ela que, alargada aos interesses casuais, fornece a base imprescindível e as *directrices* determinantes do soberbo edifício do desenvolvimento jurisprudencial do direito.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 113, grifo do autor)

²⁶⁵ “A primeira geração dos jusliberistas foi mais sujeita à influência de Jhering e procurou afastar os juristas práticos do céu dos conceitos, para conduzi-los na direção dos interesses que animavam o mundo real. A segunda e última geração foi a que não apenas dedicou a própria atividade à difusão das idéias do direito livre, mas que em torno delas organizou um verdadeiro movimento.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 153)

²⁶⁶ “O direito científico alemão, que na primeira metade do século XIX deu origen a *doutrina pandectista*, atingiu seu clímax próximo ao final desse século, dando lugar àquela que foi denominada *Begriffsjurisprudenz* ou jurisprudência dos conceitos. Embora seja difícil apresentar uma lista de obras e autores que sejam expressões dessa corrente [...] é *O espírito do direito romano (Der Geist des römischen Rechts*, em quatro volumes, publicados entre 1852 e 1865) de Rudolf von Jhering. Num segundo momento, este jurista irá abandonar a

Nesse sentido, Jhering²⁶⁷ é um dos principais autores que fomentaram movimentações jurídicas objetivando a legitimidade do judiciário²⁶⁸ para a produção do direito (esperando não cometer heresias, essa concepção do pensamento jurídico parece aproximar-se significativamente dos pensamentos professados por Austin – costume legitimado como direito pelo reconhecimento do judiciário), o que fez substituindo a concepção tradicional quanto aos destinatários da norma²⁶⁹ que, deixando de ser os cidadãos (Bentham), passam a ser os juristas (Austin).

Jhering é considerado o primeiro que substituiu a concepção tradicional segundo a qual os destinatários das normas são os cidadãos (isto é, todos os membros da sociedade) pela concepção (hoje muito difundida) segundo a qual os destinatários são os órgãos judiciários (e, em geral, os órgãos do Estado). Na experiência jurídica encontramos normas (primárias) que regulam o comportamento dos cidadãos e outras normas (secundárias) que regulam o modo pelo qual os órgãos do Estado devem reagir, no caso dos cidadãos não cumprirem seus deveres. Segundo Jhering, as normas jurídicas propriamente ditas são as secundárias, enquanto que as primárias são apenas o pressuposto para que as secundárias sejam aplicadas.²⁷⁰

No que diz respeito a jurisprudência dos interesses, contrariando o pensamento dos positivistas que compreendiam a atividade judiciária apenas como reprodutiva/estática²⁷¹,

jurisprudência dos conceitos para se fazer promotor daquela que foi chamada de *Interessenjurisprudenz* (jurisprudência dos interesses) com o livro *A finalidade do direito (Der Zweck um Rech, 2 vols., 1877-1883)*.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 122, grifo do autor)

²⁶⁷ “O utilitarismo de Bentham estava destinado a exercer uma forte influência sobre o direito, por um lado, por meio de seu aluno, John Stuart Mill (1806 – 73), em cuja proximidade se formou John Austin (1790 – 1859), que por sua vez influenciou Herbert Hart (1907 – 92) e o realismo americano, por outro, por meio do assim chamado segundo Jhering, cuja obra foi definida como um “deutscher Benthamismus”.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 148)

²⁶⁸ “De fato ambos eram caracterizados pela crítica contra o monopólio do Estado na produção do direito e pela convicção de que o juiz desenvolvía uma atividade criadora do direito.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 149)

²⁶⁹ “A prática jurídica actual está naturalmente muito longe de desvincular o juiz, no domínio da interpretação livre, dos juízos de valor legais. Pelo contrário, a principal forma de elaboração judicial de comandos, a analogia, caracteriza-se justamente por um *sólido* apoio nos juízos de valor legais [...] A lei não é simples amontoado de palavras, nem mesmo prescrição de certos actos sem fim algum, mas sim indicação para o juiz dos interesses a proteger e, por isso, tem de ser tida em consideração sempre que entram em jogo esses interesses.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 241, grifo do autor)

²⁷⁰ BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 156.

²⁷¹ “A interpretação, que, segundo o positivismo jurídico, constitui a tarefa própria da jurisprudência, consiste no remontar dos signos contidos nos textos legislativos à vontade do legislador expressa através de tais signos [...] O positivismo jurídico é, realmente, acusado de sustentar uma concepção *estática* da interpretação, que deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar estas últimas às condições e exigências histórico-sociais variadas, como faz, ao contrário,

reintroduzem no mundo jurídico a ideia de um judiciário produtor do direito. Nesta fase, ao contrário da jurisprudência dos conceitos que se apresentava como alternativa a posituação do direito, a jurisprudência dos interesses²⁷² apresenta-se como uma doutrina combativa ao direito positivado, em especial, ao codificado buscando a ideia de transformação social pelo judiciário em detrimento de um juspositivismo estático.

Assim, enquanto a atividade da ciência jurídica do século XIX objetivava, com a construção de sistemas (em especial os internos fomentado principalmente na primeira versão de Kelsen), unificar o direito em um ordenamento jurídico hermeticamente fechado, ao contrário, as correntes jusliberistas²⁷³ (movimento crítico do século XX) tinham interesses muito diversos, ou seja, desestruturar esses sistemas que pretendiam a segurança jurídica do Estado Liberal.

A ala mais radical destas novas exigências é devida a Hermann Kantorowicz que, manifestando-se no sentido de que o juiz, ao preencher as lacunas jurídicas, desenvolve uma função criadora do direito, concebe que ele o faz paralelamente ao direito formal (legislador onipotente). Com esse intento, compreende esse procedimento como sendo um direito livre, expressão que cunhou o nome dessa doutrina em que resta ripristinada a criação judicial. Assim, surgindo como corrente antipositivista (bifurcação entre correntes sistemáticas e realistas), o movimento do direito livre tem seus primeiros passos com o Hermann Kantorowicz (1877 – 1940) que viu no juiz, novamente, um criador do direito fomentando o nascedouro do que passou a ser conhecido como movimento do direito livre (o juiz poderia interpretar, também, *contra legem*). Esse movimento, nas mãos de Philipp Heck (1858 – 1943), receberá contornos moderados, distinguindo inobservância da lei (condenável) de

a interpretação evolutiva sustentada pela corrente antipositivista.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico:** lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 213-214, grifo do autor)

²⁷² “O escopo da jurisprudência e, em particular, da decisão judicial dos casos concretos, é a satisfação de necessidades da vida, de desejos e aspirações, tanto de ordem material como ideal, existentes na sociedade. São esses desejos e aspirações que chamamos interesses e a jurisprudência dos interesses caracteriza-se pela preocupação de nunca perder de vista esse escopo nas várias operações a que tem de proceder e na elaboração de conceitos.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 13)

²⁷³ “A social democracia de Weimar aceitou os princípios jusliberistas. A nomeação de Radbruch como Ministro da Justiça surge como símbolo dessa passagem do Movimento da oposição à instituição. Das salas do poder, os jusliberistas recomendam aos juízes interpretar as normas herdadas pelo Império levando em consideração a nova realidade socialista, inovando flexivelmente em vês de deduzir logicamente. Essa foi a vitória das ideias jusliberistas. Porém o verniz dessa vitória se ofuscou quando, da aceitação política daqueles princípios, passou-se a efetiva aplicação nos tribunais.” [...] “A progressiva revisão das ideias de Kantorowicz estava ligada à progressiva destruição do Estado de direito por obra do nacional-socialismo. O direito livre corria o risco, efetivamente, de ser instrumentalizado para legitimar também a justiça política nacional-socialista.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito.** Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 157-162)

correção de comandos²⁷⁴ (admissível), pensamento fruto do que passou a ser conhecido como jurisprudência dos interesses²⁷⁵ (hoje jurisprudência dos valores), eliminadas pelo advento do nacional-socialismo 1933.

Muito embora o pouco tempo, a jurisprudência alemã deixaria um legado que perpassaria esse lapso temporal, eis que concebera uma teoria da aplicação jurídica que não aceitava a tradicional construção sistemática do direito inteiro, substituindo-a pela pluralidade de construções (solipsistas²⁷⁶) forjadas por princípios extraídos da realidade social, fomentando (conforme já analisado no tópico anterior) a ideia de *pan-principiologia*.

A jurisprudência dos interesses marca uma mudança radical nas tarefas que se coloca a jurisprudência: *sua atenção já não se dirige ao conhecimento, mas à aplicação do direito*. E se o instrumento para o conhecimento é a razão, o instrumento para a aplicação do direito é a vontade. Retorna-se, assim, à mudança de paradigma que caracteriza o advento do século XX: a passagem da razão à vontade. (cf. *supra*, 2 e 3).²⁷⁷

²⁷⁴ “A defesa que fazemos do direito e da obrigação de corrigir os comandos, de modo algum significa que deva desprezar-se a ideia, historicamente determinável, do comando. Essa ideia é, em regra, o meio entre todos mais seguro, de determinar os interesses da comunidade e, justamente por isso, é que ela é vinculante. Além de que as limitações gerais da iniciativa judicial são particularmente operosas em relação à negação do comando. Já atrás dissemos que o juiz só pode passar por cima do comando quando este, ou não era destinado à situação em exame, ou é defeituoso. E, mesmo nesses casos, não pode fazer, se o interesse na estabilidade do direito o impede. Essas limitações são muito importantes do domínio da correção dos comandos [...] A admissibilidade de desvios na aplicação da lei limita-se, salvo rarríssimas exceções, a essa auréola ou círculo.” [...] “A distinção entre inobserância condenável, da lei e a admissível correção de seus preceitos pode oferecer graves dificuldades. A soberania da comunidade jurídica só exige a execução do comando quando se verifica a situação por ela considerada. Só nessa situação existe aquele conflito de interesses para o qual se formulou o juízo de valor contido na lei. Não pode por isso falar-se em inobservância da lei, quando o juiz adquire a convicção de que os próprios interesses valorados na lei exigiram, naquele caso concreto, um tratamento diverso do que na lei se consigna. Nesses casos, o juiz pode e deve afastar-se do comando legal desde que não haja impedimento por parte dos interesses na estabilidade.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 213; p. 229)

²⁷⁵ “A crítica de Jhering à “jurisprudência dos conceitos” – ou seja, à jurisprudência sistemática de origem pandectista – foi continuada pela jurisprudência dos interesses e pelo movimento do direito livre. Essas duas corrente doutrinárias se exaurem por volta da mesma época, que para ambas cai nos anos imediatamente anteriores à Segunda Guerra Mundial.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 149, grifo do autor)

²⁷⁶ “Os juízos sobre a aptidão da decisão podem ser muito divergentes, mesmo dentro da comunidade jurídica. Esse juízos são, com efeito, condicionados em última análise ou pelo interesse de quem os profere, ou, à parte isso, pela concepção de vida, pelo ideal de vida de cada um. Têm falhado todas as tentativas de encontrar uma fórmula que permita estabelecer indiscutivelmente o rigor da decisão. E não podem deixar de falhar porque são diversos de pessoa para pessoa os elementos de apreciação decisivos. A diversidade de ideais de vida existe dentro da própria magistratura e não pode ser superada.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 14-15)

²⁷⁷ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 168.

Como resultado do todo exposto, em que a função do juiz passa a ser criativa²⁷⁸, o que faz com base no exame de fatos à luz de certos valores, restam professadas inúmeras doutrinas que se utilizam dessa visão antissistêmica para (deixando a abstratividade formalista do direito fruto do juspositivismo) buscar o justo que, nesta quadra da história, passa a ser “efetivado” pelos valores de referência como princípios gerais do direito, cláusulas gerais etc. “A presença de um destes termos anuncia que o texto que o contém está separando-se, de vários modos e medidas, do positivismo jurídico e está dirigindo-se de vários modos e medidas, para o direito jurisprudencial²⁷⁹”.

Assim, os adversários do jusliberismo têm inúmeras inquietações, seja pela substituição do legislador pelo juiz, quando da criação do direito, seja pelo direito jurisprudencial que, ganhando (cada vez mais) força, se infiltra no direito estatal o que faz utilizando-se de conceitos gerais e abstratos acarretando a total abertura do direito para novas escolas, movimentos e/ou doutrinas jurisprudenciais ainda mais preocupantes do que já fora a jurisprudência dos conceitos, o movimento do direito livre e/ou a jurisprudência dos interesses/valores.

Se o juiz não interpreta, mas cria, o problema da interpretação *contra legem* já não se coloca: não está resolvido, mas é eliminado. Com isso, porém, é eliminada também a distinção entre Poder Legislativo e Poder Judiciário. Os direitos do cidadão são, assim, postos por inteiro nas mãos do juiz, em cuja sabedoria e independência Ehrlich devia nutrir uma inabalável confiança: uma confiança destinada a ser frustrada.²⁸⁰

²⁷⁸ “Segundo os princípios da jurisprudência dos interesses o juiz está sujeito não só aos preceitos da lei, mas também aos juízos de valor legislativos que possam determinar-se: só quando esses juízos de valor não forem suficientes é que o juiz pode fazer valoração pessoal. Pelo contrário, os sequazes das escola do direito livre defendem a liberdade do juiz e outros autores sustentam que, mesmo no caso de formação valoradora de comandos pelo juiz, a actividade deste é puramente histórica ou cognitiva. Para uns o juiz é também criador de direito cooperando com a ordem jurídica, para outros, é sempre somente um órgão de execução duma ordem jurídica que lhe é objectivamente apresentada.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 167-168)

²⁷⁹ “Na França, a referência aos padrões serviu para reagir ao positivismo e à Escola da Exegese. Na Alemanha, Josef Esser se refere a Pond e propõe uma teoria argumentativa de padrão, ao passo que Gunther Teubner – um futuro seguidor da teoria sistêmica de Luhmann, cf. Vol. 3, cap. IV, 11 – propõe uma teoria sociológica do padrão. Não é possível seguir as várias teorias que se ocupam de padres: bastará levar em conta que para as doutrinas dos padres valem quase todos os raciocínios feitos, a partir do Movimento do Direito Livre, a favor ou contra as teorias antiformalistas do direito.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 170)

²⁸⁰ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 184.

Diante do todo exposto, estudadas as sistemáticas utilizadas para justificar a legitimidade do judiciário como fonte do direito, bem como os desdobramentos e perigos dessa forma de pensar o direito, encerrando este segundo capítulo, entende-se como possível, (no próximo) serem analisadas (pontualmente) as discussões travadas na obra de Luigi Ferrajoli que, como narrado, serviu de esteio ao presente estudo.

4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PROTAGONISMO JUDICIAL

“Não é possível construir uma teoria “completamente nova” do direito: em geral, são as teorias jurídicas revolucionárias que se apresentam, por razões políticas, como completamente novas; mas não é difícil desenterrar suas raízes históricas.”²⁸¹

Diante do exposto nos dois primeiros capítulos, tratando (de forma sucinta) da evolução política e jurídica do direito moderno, resta evidente a necessidade de limitação dos poderes constituídos (seja ele o Legislativo, o Executivo e/ou Judiciário). Foi com esse intento que surgiu a ideia de constitucionalismo como sendo limites de poderes e concessão de liberdades (Matteucci). Assim, analisada a evolução política dessa forma do pensamento jurídico moderno (primeiro capítulo), nesse momento (como início do terceiro capítulo) necessário se faz compreender (com base nas experiências apresentadas no segundo capítulo) as contribuições jurídicas desse novo modelo de Estado que (unindo as liberdades negativas e positivas) passou a ser conhecido, após a Segunda Guerra Mundial²⁸², como Estado Constitucional no qual restaram positivados direitos fundamentais.

²⁸¹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 129.

²⁸² “A institucionalização dos direitos sociais próprios do Estado de Bem-Estar Social, oriunda de meados do século XIX e agigantada durante o século XX – sobretudo diante do apelo dos movimentos sociais de trabalhadores, sobretudo e também das disputas inauguradas e mantidas ao longo do mesmo, conectadas com os 40 anos da nomeada Guerra Fria (ladeada por outras tantas guerras nem “tão” frias assim) –, significou a incorporação pelo Direito de conteúdos novos e, com isto, de regras constituídas para expressá-los incorporando pretensões diversas daquelas tradicionalmente identificadas com a ordem jurídica liberal-individualista, sob formato inédito e com estratégias e metodologias para sua realização diferenciadas” [...] “Afim, se uma Constituição de *valores* tras o problema da atribuição de sentidos à norma jurídica, uma *sociedade de riscos* põe a interrogação acerca da atribuição de sentido ao paradigma do próprio constitucionalismo do Estado Constitucional. Se a política – como diálogo democrático – foi substituída pela economia – como monólogo da eficácia –, quem decide? Este talvez seja a maior de todos os riscos para a proteção, promoção e realização dos direitos humanos como um todo unitário, fortemente perceptível no caso do direito à saúde.” (MORAIS, José Luis Bolzan de. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; _____ (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 101; p. 115, grifo do autor)

Para muitos, o grande *plus normativo* dessa forma de pensar o Estado (compreendido como *pós-positivista*²⁸³) é a institucionalização constitucionalmente assegurada dos direitos humanos que, neste novo contexto, configuram os direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, a grande celeuma que compreende essa novo modelo de Estado (em que as promessas de bem Estar Social são muitas, porém, nem sempre concretizadas) são os instrumentos de que dispõe para o necessário (porém complexo) implemento das garantias asseguradas, em especial, no que diz respeito aos direitos mínimos (reconhecidos como fundamentais), fato que tem feito com que os interessados, diante da inércia do Executivo, procurem o Poder Judiciário em busca da satisfação/mantença de suas necessidades vitais básicas, dentre elas (e em especial), o direito a saúde.

Esse constitucionalismo traz para o Estado – em particular no ambiente de crise e escassez alardeado – uma tensão permanente, inclusive em seu âmbito interno, seja pela insuficiência e dificuldade da doutrina constitucional para/em lidar com tais conteúdos, seja diante do que se convencionou nomear como *judicialização da política*, uma vez que as frustrações diante da não realização das promessas constitucionais são levadas à jurisdição (ao sistema de justiça) para que esta diga acerca do seu conteúdo e, mais, na medida do possível, viabilize sua realização.²⁸⁴

Diante do exposto, conforme restou trabalhado durante o estudo realizado nos primeiros capítulos, com esse novo modelo de Estado (Constitucional) ressurgem alguns problemas (que parecem ser uma constante): **a)** primeiro: dos limites fruto da separação dos poderes (políticos); **b)** segundo da preocupação quanto a forma ou conteúdo dos direitos positivados, agora constitucionalizados (jurídicos); **c)** terceiro, e mais complexo, a ideia (com a constitucionalização de direitos fundamentais) de junção do direito e da moral que, para os juspositivistas seria terminantemente proibido, acarretando a necessidade de sua concretização pelos poderes constituídos (legitimidade/legalidade).

Objetivando enfrentar as celeumas fruto desse novo modelo de Estado, reconhecido (dependendo a corrente doutrinária) como jusconstitucionalismo, neoconstitucionalismo e/ou constitucionalismo contemporâneo, é que nesta parte final o estudo objetiva compreender, em

²⁸³ “Com efeito, para Müller, o termo *pós-positivismo* refere-se não a um *antipositivismo* qualquer, mas uma postura teórica que, sabedora do problema não enfrentado pelo positivismo – qual seja: a questão interpretativa concreta, espaço da chamada “discricionariedade judicial” – *procura apresentar perspectivas teóricas e práticas que ofereçam soluções para o problema da concretização do direito.*” (STRECK, Lenio Luis, **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101, grifo do autor)

²⁸⁴ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; _____ (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 111.

termos de construção jurídica (e não apenas política), o que seria o constitucionalismo pós-guerra, bem como os reflexos dessa nova estrutura quando da busca de sua concretização efetiva (teoria da decisão). É um papel do Legislativo, do Executivo, do Judiciário, ou de todos? Sendo, também, papel do judiciário concretizar as promessas constitucionais, qual o limite desse poder em relação aos demais? Existe uma teoria da decisão que se coadune com o Estado de Direito fruto de uma democracia constitucional? Qual seria o papel dos direitos fundamentais no que diz respeito à fixação desses limites?

Essas são indagações complexas que (muito provável) não serão respondidas (por completo, talvez nem em parte) com esse singelo trabalho dissertativo, mas, que, repristinando velhas discussões²⁸⁵ (quando da transição da *common law civil* para a *civil law* e do jusnaturalismo para o juspositivismo) voltam a assolar os que, se preocupando como mundo jurídico, arriscam teorias tendentes a sonhada resolução (sempre espinhosa e nunca consensual) desses conflitos.

Assim se dá com as coisas do Estado: conhecendo-se os males com antecedência, o que não é dado senão aos homens prudentes, rapidamente são curados: mas, quando por se terem ignorado, se têm deixado aumentar, a ponto de serem conhecidos de todos, não haverá mais remédio àqueles males.²⁸⁶

Realizada essa breve introdução no que diz respeito aos objetivos propostos para o desiderato dissertativo, necessário se faz (como narrado) iniciá-lo estudando a construção jurídica do “atual” constitucionalismo (neoconstitucionalismo, jusconstitucionalismo e/ou constitucionalismo contemporâneo), sendo objeto principal do estudo (nesse primeiro momento) estes dois últimos modelos apresentados por Ferrajoli e Lenio (respectivamente) para, ao final, compará-los ao que passou a ser conhecido (na atualidade) como ativismo judicial que, para os autores em questão, nada mais seria do que a reprecinação do jusliberismo (jurisprudências dos interesses/valores).

²⁸⁵ “Não é possível construir uma teoria “completamente nova” do direito: em geral, são as teorias jurídicas revolucionárias que se apresentam, por razões políticas, como completamente novas; mas não é difícil desenterrar suas raízes históricas.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 129)

²⁸⁶ MACHIAVELLI, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier – [Ed. Especial] – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 21.

4.1 Constitucionalismo Jurídico

Para início do presente tópico resta necessário (de imediato) trazer as contribuições fruto da obra que ensejou as preocupações que levaram a redação desta dissertação. Assim, Ferrajoli, procurando distinguir (de forma conceitual) as concepções de constitucionalismo político e de constitucionalismo jurídico, abre sua obra com a seguintes manifestação:

Há muitas concepções diferentes de Constituição e de constitucionalismo. Uma característica comum entre elas pode ser identificada na ideia da submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma série de normas superiores como são aquelas que, nas atuais Constituições, sancionam direitos fundamentais. Neste sentido, o constitucionalismo equivale, como “*sistema jurídico*”, a um conjunto de limites e de vínculos substanciais, além de formais, rigidamente impostos a todas as fontes normativas pelas normas supraordenadas; e, como “*teoria do direito*”, a uma concepção de validade das leis que não está mais ancorada apenas na conformidade de suas formas de produção à normas procedimentais sobre a sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionais estabelecidos.²⁸⁷

O exposto deixa evidente a preocupação do autor quanto ao conteúdo das normas asseguradas pelo diploma jurídico. Ao mesmo tempo em que (implicitamente) utiliza o sistema Kelseniano (de justificação interna das normas) para fundamentar seu positivismo normativo, o critica no que diz respeito a sua despreocupação quanto ao conteúdo do direito produzido. Assim, objetivando aliar forma e substância, procura construir sua teoria constitucional (por ele denominada de jusconstitucionalismo) professando um positivismo normativo (com a manutenção da pedra fundamental do positivismo) pautado na necessária separação entre direito e moral e, agora, na democracia constitucional. Com esse intento, tece severas críticas aos neoconstitucionalistas²⁸⁸ e sua principiologia, considerando-os como sendo (a repriminção dos) jusnaturalistas.

²⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 13.

²⁸⁸ “Para além desse traço comum, entretanto, o constitucionalismo poder ser concebido de duas maneiras opostas. De um lado, ele pode ser entendido como a superação em sentido tendencialmente jusnaturalista ou ético-objetivista do positivismo jurídico; ou, de outro, como a sua expansão e o seu completamento. A primeira concepção, frequentemente etiquetada de “neoconstitucionalista”, é seguramente a mais difundida. A finalidade

Aberta esta fala, volta a baila a famigerada discussão travada no século XIX entre jusnaturalistas e juspositivistas, contudo, trajados (agora) com novos conceitos e peculiaridades que objetivam evitar recaídas aos sistemas totalitários/autoritários²⁸⁹ tendo como mote (nesse sentido e como já narrado) a democracia constitucional (superção da democracia formal como única e exclusiva ferramenta de participação popular o que é proposto com base na democracia substancial/participativa, terminologias estas já estudadas no primeiro capítulo ao qual remete-se o leitor). Para tanto o autor trabalha, paralelamente aos referidos conceitos, com a ideia de *constitucionalismo principialista argumentativo* (ao se reportar ao que denomina de jusnaturalistas) e *constitucionalismo normativo ou garantista* (ao se reportar a sua forma de conceber o constitucionalismo como sendo juspositivista²⁹⁰).

Assim, o autor chega ao centro da discussão a ser travada neste capítulo, ou seja, a construção de teorias objetivando (não mais tão só a edificação do sistema jurídico, hoje já constitucionalizado), mas, sim a concretização desse constitucionalismo jurídico sem que ocorra a quebra dos limites (separação dos poderes) impostos pelo constitucionalismo político e, nem tampouco, reste reprimada a concepção de lacunas²⁹¹ no direito (diverso de lacunas

deste trabalho é sustentar, ao contrário, uma concepção de constitucionalismo estritamente “juspositivista”. Entente-se, sumariamente, por “positivismo jurídico” uma concepção e/ou modelo de direito que reconhece como “direito” qualquer conjunto de normas postas ou produzidas por quem está autorizado a produzi-las, independentemente dos seus conteúdos e, portanto, de sua eventual injustiça. Todavia, parece-me oportuno propor uma revisão terminológica. Isto porque, em ambos os sentidos ora apresentados, o constitucionalismo “jurídico” – ou, caso se prefira, o “jusconstitucionalismo” – designam um sistema jurídico e/ou uma teoria do direito, ambos ancorados na experiência histórica do constitucionalismo do século XX, que se afirmou com as Constituições rígidas do segundo pós-guerra. Outra coisa é o constitucionalismo “político” – moderno e, até mesmo antigo – como prática e concepção dos poderes públicos voltadas à sua limitação, à garantia de determinados âmbitos de liberdade.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 14, grifo do autor)

²⁸⁹ “A individualista *età dei diritti* em que vivemos – assim denominada por Norberto Bobbio – fez com que a exploração, o aviltamento, a miséria e a violência que a Segunda Guerra Mundial apresentou fossem tidos por qualquer sistema jurídico, ou político, que se pressupusesse “humanamente” axio-orientado como exemplos a serem evitados a todo custo.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 21, grifo do autor)

²⁹⁰ “Assim, poderemos denominar *constitucionalismo jusnaturalista* e *constitucionalismo juspositivista* as duas concepções ora contrapostas pelo atual constitucionalismo jurídico. Todavia os defensores de uma concepção antijuspositivista do constitucionalismo nem sempre se consideram jusnaturalistas. Eles se declaram, sobretudo, não positivistas ou pós-positivistas.” [...] “Por fim, como *filosofia* e como *teoria política*, o constitucionalismo positivista ou garantista consiste em uma teoria da democracia, elaborada não apenas como uma genérica e abstrata teoria do bom governo democrático, mas, sim como uma teoria da democracia *substancial*, além de *formal*, ancorada empiricamente no paradigma de direito ora ilustrado.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, 17-25, grifo do autor)

²⁹¹ “Nestas condições, o juiz não se limita a preencher as normas em branco que a lei contenha. Tem também de completar e eventualmente corrigir, em conformidade com os interesses, os comandos existentes. O juiz não é simples aparelho de subsunção em que por um lado se metam a hipótese de facto e a norma jurídica e de onde

legais) que permitiria ou tem permitido (conforme propunha em sua época Hermann Kantorowicz – 1877/1940) o retorno da criação judicial gerando movimentos tais como (na época) o do direito livre, o da jurisprudência dos conceitos e (como sequência) da jurisprudência dos interesses/valores (sistemáticas jurídicas estudadas no capítulo anterior, ao qual se remete o leitor). Muito embora esse seu posicionamento, Luigi Ferrajoli reconhece a possibilidade da discricionariedade eis que para ele seria diverso da ideia de arbitrariedade, assunto este que, ao final do trabalho, será objeto de análise mais detalhada.

Nesse contexto, preocupado com o retorno dessas formas de compreensão do direito, não concebe a ideia de princípio²⁹² da mesma forma com que os (por ele denominados) neoconstitucionalistas os concebem (citando como exemplo deles Dworkin, Alexy entre outros) o que faz, muito provavelmente, preocupado com o retrocesso social que seria o retorno dos ideais da primeira escola que (na época e na Alemanha), apresentando-se como uma alternativa ao direito codificado (para esclarecimentos remete-se o leitor para o segundo capítulo), criou a jurisprudência dos conceitos. Esta escola (pautada em princípios abstratos) permitia ao julgador a escolha²⁹³ de decisões que entendesse mais justas ao caso em concreto,

saia pelo outro lado a sentença, sem qualquer valoração pessoal. É também, pelo contrário, criador das normas a aplicar, auxiliar, portanto, do legislador, embora subordinado [...] Deste modo, os casos de formação valoradora de comando são, não só lacunas da lei, mas também, não havendo normas de direito consuetudinário, lacunas de direito, e entram, com as normas em branco, no conceito geral de lacunas. Estas explicações mostram que o conceito de lacunas como nós o defendemos, não é ilógico, nem encerra contradição nos próprios termos. A palavra em si mesma, é curta e de comodo emprego.” [...] “Os caos de lacunas podem agrupar-se para os nosso objetivos, em três grupos. Consideraremos em primeiro lugar as lacunas primárias, que existem na lei no momento do seu aparecimento; depois, as lacunas secundárias, que surgem com o mudar dos tempos; por último as lacunas de colisão, diversa de ambas as outras. Estes três grupos de lacunas correspondem a outras tantas actividades diferenciadas na formação judicial do direito: a “integração em sentido lato” ou “execução”, a “actualização” e a “conciliação.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947 p. 172-173; p. 180, grifo do autor)

²⁹² “Este constitucionalismo principialista e argumentativo, de nítida matriz anglo-saxônica, caracteriza-se, portanto, (a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não subsunção; e (c) pela consequente concepção de direito “como uma prática jurídica” confiada, sobretudo à atividade dos juizes. Sob esse último aspecto, pode-se registrar uma singular convergência do constitucionalismo principialista ou argumentativo com o realismo e com aquilo que podemos chamar de neopandectismo quando ameaçam a normatividade do direito nos confrontos dos operadores jurídicos: o direito, segundo todas estas três orientações, é aquilo que, na realidade, dizem os tribunais – e, de maneira mais clara, os operadores jurídicos –, consistindo, em última análise, nas suas práticas interpretativas e argumentativas.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 21, grifo do autor)

²⁹³ “Válida, assim, ao caso, a observação de LENHOFF, de que a possibilidade de optar entre várias soluções plausíveis, todas elas conformes ao direito, é que diferencia legislação (*law making*) da mera interpretação, ainda que, por seguro, dificilmente se pegará um caso de interpretação que não ofereça, em alguma medida, a alternativa de uma eleição.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 204)

estando desprendidos do direito positivado (primeiro passo para a repriminção da criação judiciária, agora, no Estado Moderno).

Diante do exposto, resta justificada a preocupação do autor no que diz respeito a essa nova compreensão do direito principialista, agora fruto dos constitucionalismos (os mais diversos dependendo da teoria professada), em que resta identificada (como já propunha Austin) a ideia de direito como técnica²⁹⁴ (novamente) voltada aos juristas. Muito embora a preocupação de Ferrajoli com as teorias argumentativas, necessário esclarecer que (como recorte acadêmico) o presente estudo não contemplará as digressões relativas a essa forma do pensamento jurídico (que tem como principal autor Robert Alexy). Assim, o estudo será efetivado (num primeiro momento) com base nas concepções juspositivistas de Luigi Ferrajoli e na teoria da decisão de Lenio Luiz Streck, momento em que serão analisadas as aproximações e divergências existentes entre os pensamentos dos dois autores, bem como (ao final), como principal divergência apresentada por eles, buscar-se-á compreender se existe uma teoria da decisão que se coadune com o Estado de Direito Constitucional²⁹⁵ fruto de uma democracia constitucional, bem como se os direitos fundamentais são, ou não, passíveis de configurar limites à discricionariedade judicial, momento em que (como um segundo passo) serão estudados os autores²⁹⁶ que compreendem como positivo o ativismo judicial (Darci Guimarães Ribeiro e Anderson Teixeira).

Contudo, antes da referida análise (como sequência metodológica) necessário se faz compreender esse momento de estruturação jurídico constitucional em que os direitos fundamentais passam a ser constitucionalizados (uma vez que, como narrado, ao final será discutido sobre a possibilidade, ou não, de serem configurados como importantes limites à discricionariedade judicial).

²⁹⁴ “No campo jurídico, esse esquecimento corrompe a atividade interpretativa, mediante uma espécie de extração de mais-valia do ser (sentido) do direito. O resultado disso é o predomínio do método, do dispositivo, da tecnização e da especialização, que na sua forma simplificada redundou em uma cultura jurídica estandardizada, na qual o direito não é mais pensado em seu acontecer. Há que se retomar, assim, a crítica ao pensamento jurídico objetificador, refém de uma prática dedutivista e subsuntiva, rompendo-se com o paradigma metafísico-objetificante (aristotélico-tomista e da subjetividade), que impede o aparecer do direito naquilo que ele tem (deve ter) de transformador.” (STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215-216)

²⁹⁵ “O que mais contribui para a ruína dos governos constitucionais e das aristocracias é o desvio da própria constituição e da justiça.” (ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 193).

²⁹⁶ “A relação existente entre um pensador de força própria e o típico filósofo livresco é semelhante à relação de uma testemunha direta com um historiador: o primeiro fala a partir de sua concepção própria e imediata das coisas. Por isso, no fundo, todos os que pensam por si mesmos estão de acordo, e sua diferença provém apenas da diversidade de pontos de vista; quando tais pontos não variam, todos eles dizem a mesma coisa.” (SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Süsskind. Porto Alegre: L&PM, 2012, p. 46).

4.1.1 Constitucionalização dos Direitos Fundamentais

Ao iniciar o presente tópico, necessário se faz (novamente) mencionar os pensamentos exarados por Ferrajoli no que diz respeito a temática. Assim, com base no exposto serão (então) apresentados os suportes fáticos e teóricos que fomentaram esse importante marco histórico que, objetivando evitar retrocessos sociais, entendeu por bem não só constitucionalizar as garantias fruto das conquistas humanas, mas, também (em especial no Brasil), torná-las *cláusulas petreas*.

O constitucionalismo rígido, como escrevi inúmeras vezes, não é a superação, mas sim um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados nas normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo. Ele é o resultado de uma mudança de paradigma do velho juspositivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa à normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo. Representa, portanto, um complemento do positivismo jurídico como do Estado de Direito: do positivismo jurídico porque positiva não apenas o “ser”, mas também o “dever ser” do direito; e do Estado de Direito, porque comporta a submissão, inclusive da atividade legislativa, ao direito e ao controle de constitucionalidade. *Assim, o constitucionalismo jurídico exclui a última forma de governo dos homens: aquela que, na tradicional democracia representativa, manifestava-se na onipotência da maioria.*²⁹⁷

Diante do exposto, resta justificado o estudo realizado (quando do primeiro capítulo) sobre a democracia, em especial, no que diz respeito aos modelos apresentados em cada momento evolutivo da história, desde o Estado Liberal (responsável, no Estado moderno, pelo retorno da democracia ao mundo do direito) até chegar a este momento em que, no Estado Constitucional, passa a ser a pedra fundamental sobre a qual se edifica todo o ordenamento jurídico. Este, agora, não mais focado apenas na validade formal (Kelseniana, em que restava confundida com vigência²⁹⁸), apresenta a validade material/substancial (preocupada com o

²⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23, grifo nosso.

²⁹⁸ “Como *teoria do direito*, o constitucionalismo positivista ou garantista é uma teoria que tematiza a divergência entre o *dever ser* (constitucional) e o “*ser*” (legislativo) do direito. Em relação a teoria paleo-

conteúdo das normas a serem produzidas) como sendo um dos principais (senão o principal) limitadores de poder (não só do judiciário, mas, também do legislativo, mesmo que representando a maioria), estando esta intimamente ligada com o que passou a ser configurado como sendo direitos fundamentais²⁹⁹.

Analisando o ordenamento jurídico produzido durante o período conhecido como Estado Moderno é possível (realizando comparativos com a matéria objeto dos dois primeiros capítulos) dizer que, na concepção de Ferrajoli, o primeiro positivismo (em especial o normativo de Kelsen) teria como principal preocupação a estruturação do direito, momento em que (na época) objetivou-se esclarecer não só (em contraponto ao direito natural – jusnaturalismo) “*quem*” seria o responsável pela confecção das normas que deveriam reger a sociedade (fixando a figura da Onipotência do Legislador centrado na figura do Estado), mas, principalmente, em estabelecer o “*como*” dessa estruturação (validade formal). Este, por sua vez, intimamente ligado à forma do direito positivo que (não só escrito) deveria estar “sistematicamente codificado e ordenado” (teoria do ordenamento jurídico), solidificando-se (para tanto) a ideia de ciência do direito que, totalmente separada dos valores sociais, propunha uma teoria pura. Com esse intento, os valores (dentre eles os sociais/morais) não

positivista, o constitucionalismo garantista caracteriza-se pela distinção e virtual divergência entre *validade e vigência*, uma vez que admite a existência de normas vigentes porque em conformidade com as normas procedimentais sobre a sua formação e, todavia, inválidas porque incompatíveis com as normas substanciais sobre a sua produção [...] O primeiro juspositivismo, aquele do Estado Legislativo de Direito, equivale à positivização do “ser” legal do direito, que permite a democratização das suas formas de produção, condicionando-lhe a validade formal ao seu caráter representativo, sobre o qual se funda a dimensão *formal* da democracia política. O segundo juspositivismo, aquele do Estado Constitucional do Direito equivale a positivização do “dever ser” constitucional do próprio direito, que permite a democratização dos seus conteúdos, condicionando-lhe a validade substancial à sua coerência com aqueles direitos de todos, que são os direitos fundamentais, e sobre os quais se funda a dimensão *substancial* da democracia constitucional. Graças ao primeiro positivismo jurídico, foi confiado o “quem” e o “como” da produção normativa a sujeitos politicamente representativos dos governos. Graças ao segundo, foi vinculado o “quê” das normas produzidas à garantia dos seus interesses e necessidades vitais.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 23-24, grifo do autor).

²⁹⁹ “A teoria das garantias, que tem seu principal teórico em Benjamin Constant, acentua sobremaneira, em polémica com Rousseau e com a interpretação jacobina da vontade geral, a necessidade de tutelar, no plano constitucional, os direitos fundamentais do indivíduo, ou seja, a liberdade pessoal, a liberdade de imprensa, a liberdade religiosa, e, finalmente, a inviolabilidade da propriedade privada. Deste modo, o problema da organização do Estado se subordina à necessidade de garantir a todos os indivíduos a liberdade do poder político, entendida aqui, seja a instauração de uma via legal no exercício do poder, seja a afirmação de uma esfera de autonomia do indivíduo que o Estado não poderá legalmente violar. Isto leva a uma reinterpretção do conceito de soberania, cujo conteúdo, nos sistemas representativos, onde a soberania do povo é exercida em realidade por seus deputados, só pode ser definido de modo negativo. “Soberania”, como afirma Constant em seu *Cours de polemique constitutionnelle* (1818-1820), não significa que o rei ou o povo possam fazer qualquer coisa, mas que “nenhum indivíduo, nenhuma facção, nenhuma associação particular se pode arrogar a soberania, se esta não lhe for delegada. Mas daí não se segue que a universalidade dos cidadãos, ou aqueles que estão investidos da soberania, possam dispor soberanamente da existência dos indivíduos”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998, p. 260)

deveriam interferir na produção e ou aplicação do direito, muito embora esta última preocupação (aplicação) não fosse objeto da problemática descrita por Kelsen (por exemplo).

Contudo, conforme a história não deixa esquecer, esse sistema restou falho uma vez que extremamente formal e abstrato (despreocupado com o conteúdo das normas) não conseguia (muito embora seus idealizadores imaginassem que sim) prever todos os casos futuros. Assim, tratando o direito como sinônimo de lei (apresentando lacunas³⁰⁰), o sistema jurídico passou a contar com métodos e princípios voltados aos juristas, o que foi feito objetivando amarrar os aplicadores da norma à forma de criação do direito (transição entre o direito para dizer e o direito para fazer – contribuições de Austin e Jhering que objetivavam um direito destinado aos juristas). Nesse contexto, as respostas prontas e abstrativizadas (transformadas, mais tarde, nas jurisprudências dos conceitos e suas principiologias) passaram a permitir escolhas no momento da aplicação da regra que (segundo Hermann Kantorowicz) gerava a possibilidade de criação do direito pelo judiciário, dando azo (na Alemanha) ao movimento do direito livre, sistema que (como visto e na concepção de muitos) serviu aos caprichos do regime nacional-socialista.

Qual a ligação entre as teorias juspositivistas apresentadas e qual o objetivo da análise realizada? O objetivo é demonstrar a ligação entre as teorias juspositivistas, em especial no que diz respeito a despreocupação com o conteúdo da norma produzida, eis que restam preocupados (tão somente) com a forma, ou seja, “*quem*” e “*como*” se produz o direito (*Quem: Legislativo? Judiciário? – Como: Natural? Positivo?*). Nesse contexto é que surge a preocupação de Ferrajoli no sentido de passar a conceber o constitucionalismo do segundo pós-guerra (concebido como rígido), como sendo um sistema jurídico que (mantendo o “*quem*” e o “*como*”) agora resta preocupado, também (e principalmente), como o “*quê*”. Assim, tratando da substância (conteúdo) do direito, tem como principal preocupação (conforme é possível inferir das manifestações do jusfilósofo italiano) evitar o retorno aos decisionismos que propiciaram momentos de totalitarismos e autoritarismos.

³⁰⁰ “Em sentido restrito a designação abrange somente parte daqueles casos: aqueles em que o legislador nem organizou especialmente a formação judicial dos comandos, nem a pressupôs como manifesta. Nesse sentido as lacunas são pois apenas as “involuntárias”. Em sentido amplo, são lacunas mesmo os casos delegações legislativas expressas e as normas em branco, cujo preenchimento foi deixado “à ciência e à jurisprudência”, como por exemplo, o domínio da interpretação das leis. Ambos estes grupos de casos podem ser designados como normas em branco em sentido amplo.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 170, grifo do autor)

Com esse intento, a teoria jusconstitucionalista apresenta importante preocupação com os direitos humanos que, constitucionalizados, passam a configurar os denominados direitos fundamentais. Nesse sentido busca discutir não apenas (como propunham os paleopositivistas) os mecanismos de construção do sistema jurídico (legislativo), direcionando forças na busca da efetividade desses direitos o que só é possível com a devida concretização pelos poderes competentes (poderes constituídos).

Porém, no que tange a constitucionalização dos direitos fundamentais (junção ou separação entre direito e moral) restam apresentadas as primeiras divergências (ou não) entre os posicionamentos apresentados pelo autor e os descritos pelo jusfilósofo brasileiro Lenio Luiz Streck. Contudo, conforme será demonstrado a diferença (ou não) parece estar muito mais atrelada a terminologia utilizada pelos autores do que, propriamente, sobre o conteúdo objeto da celeuma. Deixando esta análise para o final, necessário esclarecer (neste momento) o fato de que o jusfilósofo italiano, reconhecendo-se positivista normativo, apresenta o filósofo brasileiro como sendo um jusnaturalista, atributo que lhe é conferido (no pensamento de Ferrajoli) pela utilização de princípios quanto da aplicação decisória o que (para o autor em comento) propiciaria decisionismos.

Essa terminologia, fazendo lembrança a *escola pandectista* que, dando azo a jurisprudência dos conceitos na Alemanha, fomentou a repriminção da legitimação do judiciário como fonte legislativa é um fato que preocupa Ferrajoli, razão das críticas realizadas aos neoconstitucionalistas (por ele compreendidos como jusnaturalistas). Assim, antes de uma análise mais aprofundada das divergências (*de pensamentos ou terminológicas apenas?*) existentes entre os autores necessário se faz compreender o que seriam esses direitos fundamentais que ambos compreendem com importantes para o “atual” constitucionalismo e o que eles entendem por moral e por princípios nesse novo momento histórico do direito.

4.1.1.1 Direitos Fundamentais e o Jusconstitucionalismo

Quanto ao conteúdo dos direitos fundamentais que devem ser assegurados constitucionalmente (configurando valores objetivos), Ferrajoli apresenta as conquistas³⁰¹ históricas da humanidade. Assim, com esse intento (nos dois primeiros capítulos deste estudo) foram apresentados os pensamentos dos três principais filósofos da Modernidade no que diz respeito à estruturação política dos modelos de Estado Absoluto, Liberal e Social, sendo eles, respectivamente, Hobbes, Locke e Rousseau que (cada um a seu tempo e modo) fomentaram a positivação dos primeiros direitos (liberdades negativas e início das liberdades positivas) garantidos pelo Estado.

Necessário esclarecer, neste ponto do trabalho, a importância que este pesquisador atribui aos referidos filósofos no que diz respeito às conquistas do que, salvo melhor juízo, poderiam ser consideradas as sementes que regadas geraram as concepções modernas de direitos humanos e fundamentais (vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade), estes também considerados como direitos de primeira geração (liberdades negativas³⁰²), nomenclatura que (na atualidade, diante da soma das liberdades negativas e positivas) passou a ser compreendida como dimensões³⁰³. Assim, do teor do texto produzido pelo jusfilósofo italiano resta inferida a importância histórica (por ele concebida) das conquistas humanas para a constitucionalização dos direitos fundamentais.

³⁰¹ “Disso resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às garantias de diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos – os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais – que equivalem não somente a “valores objetivos”, mas também a conquistas historicamente determinadas, resultado das lutas e revoluções de muitas gerações, e suscetíveis de ulteriores desenvolvimentos e expansões: a garantia de novos direitos, como limites e vínculos a todos os poderes inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive aos níveis supranacionais e àquele internacional; a tutela dos bens fundamentais, além dos direitos fundamentais.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 25).

³⁰² “O problema fundamental da existência humana reside em torno da liberdade, e o constitucionalismo é, desde as suas origens, norteado pela busca da liberdade. Na sua versão liberal, o constitucionalismo concebe a liberdade como ausência de restrições (legais ou reais), i.e., liberdade negativa.” (TEIXEIRA, Anderson Vichneski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 19)

³⁰³ “O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem chamados de “fundamentais” constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental [...] Em face da universalidade e da ampliação desses “novos” direitos objetivando precisar seu conteúdo, titularidade, efetivação e sistematização, um certo grupo de doutrinadores têm consagrado uma evolução linear e cumulativa de “gerações” sucessivas de direitos [...] Cabe mencionar os questionamentos críticos que vêm sendo feitos por autores nacionais (Paulo Bonavides, Ingo W. Sarlet, Paulo de T. Brandão e Augusto Cançado Trindade) com relação ao uso da expressão “gerações” de direitos, que induz o equívoco de um processo substitutivo, compartimentado e estanque. Com efeito, assinala Bonavides que “força é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo ‘dimensão’ substituiu com vantagem lógica e qualitativa, o termo ‘geração’, caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.” (WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 04-05-06)

O exposto leva a compreender que o pensamento de Ferrajoli, no que diz respeito aos direitos fundamentais (correndo o risco de, ao tentar interpretá-lo, desvirtuar a linha de pensamento por ele professada), está fundado em conquistas históricas (humanas) que devem ser asseguradas pelo ordenamento jurídico, em especial, pelo instrumento que constitui o Estado Democrático de Direito, qual seja, a Constituição Federal, conteúdo este que (com base da democracia constitucional) serve de limites aos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Assim, o respeito a estas conquistas, seja no momento da estruturação do ordenamento jurídico (Poder Legislativo) seja no momento da concretização forçada (Poder Judiciário) dos direitos assegurados constitucionalmente (evitando assim o retrocesso social), ensejaria o necessário limite aos poderes constituídos, dentre os quais estaria abarcado, também, o Poder Executivo que deixando de ser uma simples “vontade da nação” tem o dever de ser um centro de ação, uma força propulsora que (concretizando as promessas realizadas pelo Estado) torne viva, ativa e efetiva a constituição³⁰⁴.

Em suma, o constitucionalismo garantista configura-se como um novo paradigma juspositivista do direito e da democracia que completa [...] o velho modelo paleo-positivista. Graças a ele, os princípios ético-políticos através dos quais eram expressados os velhos “direitos naturais” foram positivados, convertendo-se em princípios jurídicos vinculantes nos confrontos de todos os titulares de funções normativas: não mais como fontes de legitimação somente externa ou política, conforme o tradicional pensamento político liberal, mas também como fontes de legitimação e, sobretudo, de deslegitimação, interna jurídica, que designam a razão social daqueles artificios que, na verdade, são o Direito e o Estado Constitucional de Direito. Assim, a soberania deixa de existir como *potestas legibus soluta* (poder desvinculado do respeito às leis) por parte de órgãos ou sujeitos institucionais, mesmo que investidos de representação.³⁰⁵

Assim, conforme restará demonstrado no decorrer deste capítulo, muito embora as críticas realizadas ao constitucionalismo contemporâneo (apresentado por Streck), que compreende a junção entre direito e moral (esta constitucionalizada – sistemática rechaçada por completo por Ferrajoli), quer parecer que a celeuma reside muito mais nos termos utilizados do que, especificamente, no conteúdo proposto, ou seja, ambos estão tratando do

³⁰⁴ “Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, “malbarata”, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22)

³⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 26.

mesmo significado, utilizando-se (contudo) de signos e significantes diversos. O que um chama de moral constitucionalizada (conforme será visto no próximo tópico) o outro denomina de positividade dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados³⁰⁶.

A demonstração da proximidade dos pensamentos exarados pelos dois autores (muito embora usando signos e significantes diversos) resta esclarecida pela passagem da obra em que, de forma simples e objetiva, Ferrajoli realiza os contrapontos (principais embates) entre as concepções jusnaturalistas e juspositivistas de *justiça* e *validade*, de *vigência* e *validade*, e de *validade* e *eficácia*, ponto em que, salvo melhor juízo, quer parecer que ambos compreendem de forma igual (*menos, claro, quanto a tese da separação do direito e da moral, será?*):

A tese de separação entre direito e moral, mantendo firme não apenas a distinção, mas, também a divergência entre justiça e validade, permite que não se incorra nas falácias provenientes dessa confusão: a falácia *jusnaturalista*, consistente na identificação (e na confusão) da validade com a justiça, em algum sentido objetivo desta segunda palavra; e a falácia *ético-legalista*, consistente – mesmo na variante do constitucionalismo ético – na oposta identificação (e confusão) da justiça com validade. Ao mesmo tempo, somente a abordagem juspositivista serve para evidenciar o caráter juridicamente normativo da Constituição, porque supraordenado a qualquer outra fonte, e, portanto, as outras duas virtuais divergências deonticas – entre *validade* e *vigência* e entre *vigência* e *eficácia* – cujo desconhecimento está na origem de outras duas graves falácias: aquela *normativista*, que impede, como ocorre na teoria de Kelsen, de reconhecer a existência de normas inválidas, mesmo se vigentes; e aquela *realista*, que impede, ao contrário, de reconhecer a existência de normas válidas, mesmo se ineficazes, e de normas inválidas, mesmo se eficazes.

³⁰⁷

Do exposto, utilizando-se da democracia constitucional e dos direitos fundamentais, Ferrajoli parece (num primeiro momento) superar um dos graves problemas que é o eixo do positivismo (demonstrado no capítulo anterior, ao qual remete-se o leitor), qual seja, a preocupação única e exclusiva com a fonte normativa (forma/procedimento) trazendo para o bojo da discussão a necessidade de análise da matéria/conteúdo do direito produzido, o que já

³⁰⁶ “É precisamente porque o constitucionalismo significa a positividade dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados nas cartas constitucionais que, para ele, também vale – ao contrário daquilo que entende Dworkin, Alexy, Zagrebelsky, Atienza (2000) e Rui Manero – o princípio juspositivista de separação entre direito e moral contra aquela enésima insidiosa versão do legalismo ético, que é o constitucionalismo ético, uma vez que esse princípio não quer dizer, de maneira nenhuma, que as normas jurídicas não tenham um conteúdo moral ou alguma “pretensão de justiça.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 27)

³⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 33.

demonstra ser um grande avanço. Contudo, por compreender o sistema jurídico como um ordenamento (puro) próximo dos moldes professados por kelsen (separando direito e moral), mantém a ideia de onipotência do legislador (normas abstratas e universais) que, implicitamente, e de antemão, já teriam as repostas (prévias) ao caso concreto, devendo estas serem descobertas³⁰⁸ pelo julgador (*relação sujeito objeto*³⁰⁹):

Certamente os juízes devem interpretar as leis a luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais: derivando normas e direitos implícitos do sistema de direito estabelecidos, excluindo interpretações que não se mostrarem plenamente compatíveis com a Constituição e, obviamente, aplicando diretamente as normas constitucionais em todos os casos nos quais não se exigem leis de regulamentação. Mas é ilusório supor que eles possam colmatar aquelas que denominei “lacunas estruturais” e suprir a *interpositio legis* necessária para a introdução de garantias. Eles podem, no máximo, apontar as lacunas: os juízes constitucionais cientificam o Parlamento, como é previsto no art. 283 da Constituição portuguesa e no art. 103 § 2º, da Constituição brasileira.³¹⁰

Muito embora, como visto, tenha superado um grave problema do positivismo, que era o apego exacerbado a forma/procedimento relativo à fonte do direito passando a preocupar-se com o conteúdo da norma (democracia constitucional pautada em direitos fundamentais), o jusfilósofo italiano não teve a mesma felicidade ao tratar dos problemas interpretativos do ordenamento jurídico. Mantendo a relação sujeito/objeto, entende fazer parte dos poderes do juiz “descobrir” normas e direitos implícitos do sistema jurídico estabelecido, ou seja, mantém o posicionamento juspositivista ao conceber o ordenamento como resposta pronta (implícita), aceitando (assim) a ideia central que fomenta o nascedouro da discricionariedade judicial. Nesse sentido, como restará demonstrando no próximo tópico, restam afastados os pensamentos do autor e do jusfilósofo brasileiro Lenio Luiz Streck, uma vez que Ferrajoli compreende a decisão como sendo uma escolha (discricionária limitada e, por ser limitada,

³⁰⁸ “Mas o que mais me contentava nesse método era que, por meio dele, estava seguro de usar em tudo minha razão, senão perfeitamente, ao menos da melhor maneira. Além disso, sentia, quando o empregava, que o meu espírito acostumava-se a reconhecer mais nítida e distintamente os seus objetos e, não o havendo submetido a nenhuma matéria particular, prometia a mim próprio aplicá-lo às dificuldades das outras ciências, com o mesmo proveito com que o fizera às da Álgebra.” (DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 42)

³⁰⁹ “Ao contrário, a metafísica cartesiana faz da alma e do corpo, do pensamento e da matéria, *duas* espécies de seres separados. E esse dualismo cartesiano pesará por muito tempo na consciência ocidental: ainda somos seus prisioneiros. É no ancestral de outros dualismos, o do “sujeito” e do “objeto”, de uma separação radical entre os homens e a natureza, entre os conhecimentos morais e as ciências ditas objetivas, entre o valor e o fato, o dever-ser e o ser [...]” (VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Cláudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005, p. 605)

³¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 34.

legítima) muito embora combata o que ele chamada de poder de disposição (por ele compreendido como arbitrária e, portanto, ilegítima), discussão esta que será retomada em momento oportuno.

Questão mais problemática é a relativa ao fato de que, objetivando a limitação do poder judiciário (o que é importante, diante da historicidade estudada até o presente momento) entende não ser responsabilidade do judiciário a implementação de direitos assegurados constitucionalmente caso estes não estejam regulamentados pelo legislativo infraconstitucional (se assim exigido), o que faz com base na tese racional iluminista (de divisão e não separação dos poderes³¹¹) do século XVIII. Nesse sentido seria correto afirmar, no pensamento do autor, que não possuem eficácia os direitos assegurados constitucionalmente (mesmo que fundamentais) que dependam de regulamentação legislativa infraconstitucional? Como fazer, nesses casos, para concretizar o referido direito? A resposta apresentada pelo jusfilósofo italiano, conforme se infere do texto citado na sequência, demonstra o forte apego à promessas positivistas Kelsenianas:

Comporta, em síntese, em uma *normatividade forte* das Constituições rígidas, em razão da qual, estabelecido constitucionalmente um direito fundamental, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever a ele correspondente à esfera pública.³¹²

Conforme demonstrado, muito embora reconheça a extrema importância dos direitos fundamentais, ao final, acaba aceitando a possibilidade da sua não concretização caso deixe de existir regulamentação infraconstitucional ou método interpretativo (apostando no método sistemático). O mais complexo do pensamento do autor parece ser o retorno ou a aceitação dos métodos interpretativos que, conforme demonstra a historicidade apresentada durante o presente estudo, em momentos distintos da “evolução jurídica” (por ele criticada), acabou

³¹¹ “Constitui a divisão de poderes, como veremos, técnica fundamental de proteção dos direitos da liberdade. Ao genial Montesquieu deve-se a sua mais acabada formulação, mediante aquela teoria que tanto prestígio granjeou nos áureos tempos do constitucionalismo clássico, e que hoje, sujeita, já, a consideráveis retificações que lhe atenuaram a rigidez inicial, é fórmula severamente combatida pela moderna e avançada teoria política do constitucionalismo democrático, a qual, todavia, não lhe recusa a importância e o papel histórico que desempenhou.” (BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44)

³¹² FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 56.

ensejando (conforme compreensão de Hermann Kantorowicz³¹³) a possibilidade de criação judicial no momento da interpretação, discussão esta a ser travada (de forma mais pontual) quando do tópico relativo a teoria da decisão.

4.1.1.2 Direitos Fundamentais e o Constitucionalismo Contemporâneo

Tratando do termo Constitucionalismo Contemporâneo, Lenio Luiz Streck, na obra esteio desse estudo, ao realizar a réplica às críticas apresentadas por Ferrajoli à sua concepção jurídica do constitucionalismo (fruto do segundo pós-guerra), mais do que divergências encontrou convergências no modo de pensar a constitucionalização de direitos. Para tanto, de imediato, o autor procurou esclarecer seus posicionamentos diferenciando os termos neoconstitucionalismo e o Constitucionalismo Contemporâneo, o que fez com o intuito de demonstrar sua proximidade aos pensamentos expressos por Ferrajoli:

Assim, dou razão a Ferrajoli e reconheço que não faz mais sentido continuar a fazer uso da expressão “neoconstitucionalismo” para mencionar aquilo que venho querendo apontar em minhas obras, mormente em *Verdade e consenso*: a construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma constituição normativa e da integridade da jurisdição. Assim, é preferível chamar o constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas), para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo *neoconstitucionalismo*. Na verdade, refiro-me aos *moldes constitucionais que implementam, de fato, o plus normativo democrático*. [...] Nessa medida pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento da práxis político-jurídica que se dá em dois níveis: no plano teórico do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito; e no plano da Teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar a onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido a normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que nos termos que proponho representa uma blindagem às discricionariedades e ativismos).³¹⁴

³¹³ “A progressiva revisão das ideias de Kantorowicz estava ligada à progressiva destruição do Estado de direito por obra do nacional-socialismo. O direito livre corria o risco, efetivamente, de ser instrumentalizado para legitimar também a justiça política nacional-socialista”. (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lambertini. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 162)

³¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 63, grifo do autor.

Diante deste contexto, resta evidente a importância dos princípios para a teoria³¹⁵ apresentada pelo autor. Contudo, trata-se de uma concepção muito diversa daquela utilizada pelas doutrinas argumentativas (verdadeiro neoconstitucionalismo³¹⁶ criticado por Ferrajoli) que os compreendem como sendo uma abertura interpretativa que é a que, efetivamente, preocupa o seu crítico. Em sentido oposto, para Streck (sendo o princípio o instituidor da regra e não o contrário): “*a normatividade assumida pelos princípios possibilita um fechamento interpretativo próprio da blindagem hermenêutica contra discricionarismos judiciais ...*”³¹⁷. Diante do exposto, interessado não só pela teoria da norma (grande problema dos positivistas – formalismo procedimental³¹⁸), mas (principalmente), também, com a teoria da interpretação apresenta os princípios³¹⁹ como tendo um conteúdo deontológico que fundamenta o Estado Democrático de Direito:

³¹⁵ “O que deve ficar claro é que a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio. Desse modo, tem-se o seguinte: não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não pode ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática. Norma é um conceito interpretativo. Portanto, deve-se ter presente que a normatividade emerge de um quadro factual constituído por regras e princípios. O problema, então, aparecerá ao pretender deduzir os princípios e as regras de um conceito semântico de norma.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 68)

³¹⁶ “O chamado “neoconstitucionalismo” segundo Pablo Lucas Verdú, consagra o positivismo jurisprudencial, com a formalização e constitucionalização da política pela interpretação jurisprudencial da constituição. A partir deste protagonismo crescente dos tribunais, os juízes foram convertidos de instrumento de garantia em legitimadores do sistema constitucional. De guardião do poder constituinte, o tribunal constitucional se pretende seu substituto, usurpando o poder constituinte do povo.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 324).

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 69.

³¹⁸ “Segundo essa concepção da filosofia, o erro que cegara muito a filosofia anterior, e mais recente e notavelmente do Positivismo Lógico dos anos pré-Guerra, fora o de supor que havia apenas algumas formas de discurso (discursos empíricos de asserções factuais (*empirical “fact-stating”*) ou asserções de verdades definicionais ou logicamente necessárias) que eram significativas, descartando como sem sentido, ou como meras expressões de sentimentos, todos os outros usos da linguagem que, como no caso das asserções metafísicas ou dos julgamentos morais, não poderiam ser mostradas como sendo formas disfarçadas ou complexas de alguns tipos privilegiados de discurso.” (HART, Herbert Lionel Adolphus, 1907-1922. Ensaio 1 – Definição e Teoria na teoria do direito. In _____. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Gomes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, parte 1, p. 3)

³¹⁹ “A partir dessas idéias, pode-se dizer que os princípios correspondem aos fundamentos, ou aos pontos de partida da elaboração da norma jurídica. Vale dizer que os princípios são os responsáveis pelo encadeamento das normas jurídicas na formação do sistema jurídico. A partir desta constatação, Josef Esser ensina que em todas as culturas jurídicas se repete o mesmo ciclo: “*descobrimto de problemas, formação de princípios e articulação de um sistema*” [...] “Por outro lado, parece acertado referir que os princípios representam *os alicerces, as fontes de inspiração, a alma do direito*”. Desta feita, podem ser considerados como substrato responsável pela sustentação do Direito considerado em sua integralidade.” [...] “Observe-se, entretanto, que, apesar da liberdade propiciada pela consideração dos princípios, a efetiva valorização da sua função hermenêutica, visa “*restringir a discricionariedade judicial*”[...] Assim, o recurso aos princípios pode se encaminhar para uma decisão justificada, que escapa da mera subjetividade do juiz. Vale dizer, é o primeiro passo para uma decisão racional, não esgotando, entretanto, o âmbito da justificação.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 93; p. 95; p. 123, grifo do autor)

Nessa perspectiva – e isso é mais característico na minha tese e na de Dworkin –, os princípios são *vivenciados* (“faticizados”) por aqueles que participam da comunidade política e que determinam a formação comum da sociedade. *É exatamente por esse motivo que tais princípios são elevados ao status de constitucionalidade*. Por isso os princípios são deontológicos.³²⁰

Compreendida a concepção principiológica apresentada pelo autor, resta indagar (uma vez que os princípios constitucionais seriam a materialização da moral social³²¹) de onde surgem e quais os fundamentos dessa moral constitucionalizada. Procurando responder a esta indagação, o autor busca, assim como Ferrajoli, fugir da resposta simples que o positivismo apresentaria (autoridade e imperatividade) momento em que, objetivando solidificar esses valores (preocupando-se com o conteúdo das normas e não apenas com a forma), assim se manifesta:

Note-se, com isso, não quero dizer que os princípios existem como princípios simplesmente porque a autoridade da Constituição assim os instituiu. Ao contrário, a Constituição é considerada materialmente legítima justamente porque fez constar em seu texto toda uma carga principiológica que já se manifestava no mundo prático, no seio de nossa comum-idade.³²²

Muito embora a resposta apresentada, ainda assim, resta importante indagar qual o limite para esse mundo prático apresentado por Lenio Luiz Streck³²³ para fundamentar a constitucionalização dos princípios que norteiam essa *comum-idade*, seriam eles os direitos

³²⁰ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 70, grifo do autor.

³²¹ “O que tem força vinculativa, cogente, é o direito, que recebe conteúdos morais quando de sua elaboração legislativa. Mas registre-se: são as Constituições desse novo período que albergam esse novo direito, que busca resgatar as promesas incumpridas da modernidade; e é a partir dele que o legislador deverá agir.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77)

³²² FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 71.

³²³ “Mas, mais do que isso, *não é qualquer direito que pode ser positivado* (o que contraria a tese da separação “direito-moral”). Em outras palavras, *a Constituição é norma*. Também a relação regra-princípio (distinção estrutural) pode ser considerada como superada, em face do caráter deontológico dos princípios (são, pois, os princípios que “carregam” esse novo direito). Além disso, também pode ser considerado ultrapassado o problema da subsunção ou dedução, a partir do giro ontológico-linguístico (a toda evidência, aplicável ao direito). Tanto a tese da separação como a tese da dependência/vinculação entre direito e moral estão ultrapassadas em decorrência daquilo que se convencionou chamar de institucionalização da moral no direito [...] Se o positivismo está focado no modo como se reconhece o “que é direito” (sua validade); a hermenêutica está preocupada com a aplicação do direito. Múltiplas respostas dizem respeito ao relativismo, estando estas umbilicalmente relacionadas com o positivismo (na medida em que este admite a discricionariedade em favor dos juizes).” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 76 e 79)

fundamentais ou o poder constituinte originário não possui limites? Caso o poder constituinte originário não possua limites, conforme compreendem alguns autores contemporâneos, não estaríamos repristinando a onipotência do legislador, nos moldes da democracia liberal de Locke? Sendo os direitos fundamentais esse limite (substancial) dos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), qual o conteúdo desses direitos fundamentais?

Assim, ao manifestar-se sobre a constitucionalização da moral (valores sociais fruto da faticidade) o autor compreende que em um Estado Democrático de Direito mesmo o legislador deve possuir limites quanto ao seu poder discricionário, estando ele vinculado à Constituição, fato este professado também por Ferrajoli. Contudo, Lenio (como um bom hermenêuta), mais preocupado com a construção da teoria da decisão evitando (também) o retorno a situações vivenciadas nos totalitarismos/autoritarismos fruto, dentre outros fatores, do movimento do direito livre, foca suas energias nos limites aos poderes constituídos sempre com base, usando as palavras do autor, na *onipresença da Constituição*³²⁴. Contudo, nesse ponto, parece aproximar-se de Kelsen (quanto ao problema da origem da norma fundamental – validade formal), em especial por não deixar claro quais seriam os limites dessa forma de estruturação do ordenamento jurídico (Constitucionalismo Contemporâneo). Poder-se-ia dizer, com base nos pensamentos por ele apresentados, que esses limites (fenomenológicos, como gosta de frisar) seriam os fatos sociais. Aceita a resposta surgiria uma nova indagação: quais seriam os limites apresentados aos ditos fatos (históricos) sociais? São os mesmos professados por Ferrajoli (historicidade dos direitos fundamentais), ou poderiam eles fundamentar todo e qualquer tipo de ordenamento jurídico por ser considerado um poder constituinte originário? Confessando não ser possível (nesse momento, em especial pelos objetivos propostos pelo trabalho em questão) uma resposta precisa ao problema levantado, o presente estudo (tendo como foco principal a aplicação do ordenamento jurídico ao caso concreto) deixa para (quem sabe um) outro momento acadêmico (quicá o doutorado) a resposta à um questionamento dessa natureza, preocupando-se (por ora) quanto a

³²⁴ “A “nova espécie de direito”, eivada de direitos fundamentais e com cláusulas de garantia contra o arbítrio, não se dá simplesmente na formulação legislativa e na “vontade geral”. Fundamentalmente, ela será encontrada na constituição, que estabeleceu uma ruptura com a discricionariedade política que sempre sustentou o paleojuspositivismo. E tudo isso está ancorado no contramajoritarismo, que vai além do mero controle da aferição da correção dos procedimentos democráticos utilizados na feitura das leis. Também é na constituição que encontraremos os mecanismos de controle da aferição substancial dos textos legislativos e da aplicação destes textos [...] A igualdade, o devido processo legal, o sentido do republicanismo, a perspectiva de Estado Social, a obrigação de concretização dos direitos fundamentais sociais, para citar apenas estes componentes paradigmáticos, são obrigações *principiológicas de raiz*, que vinculam a *applicatio*. Nesse sentido, pode-se convocar aquilo que Gadamer chama de tradição autêntica ou legítima.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 78, grifo do autor).

aplicabilidade dessa estrutura já constitucionalizada (muito embora, nos últimos tempos, inúmeras tenham sido as pretensões de alteração estrutural desse importante marco histórico para o Brasil). Com base no exposto, é de extrema importância para a sequência do presente estudo (próximo tópico) as contribuições de Lenio Luiz Streck no que diz respeito a sua teoria da decisão.

Nesse contexto, apresentando críticas ao modelo adotado por Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck apresenta significativa (e importante) preocupação no que diz respeito a manutenção do positivismo, em especial no que diz respeito a forma de compreender as respostas dadas pelo sistema como, ainda, sendo uma relação sujeito/objeto³²⁵. Nesse momento, o presente estudo, passa a discutir o que deve ser compreendido como seu principal ponto. Já estudadas as evoluções no que diz respeito a construção político-jurídica da estrutura normativa (positivação, codificação e ordenamento jurídico) a grande celeuma que tem corroído os pensamentos contemporâneos (bebendo na fonte histórica dos principais filósofos da modernidade) tem sido a concepção de uma teoria que permita (concretizando os direitos fundamentais assegurados constitucionalmente) conquistar a tão sonhada harmonia entre os poderes, procedimento que, na concepção de Lenio Luiz Streck, só seria possível com a configuração dos limites necessários (em especial, para sua teoria) à discricionariedade do judiciário.

Essa preocupação resta justificada uma vez que hoje (já positivadas as garantias constitucionais), diante da inércia do Executivo, o judiciário tem avocado para si uma responsabilidade que, em determinados momentos, extrapola os limites constitucionais que lhe são impostos. Diante do exposto, resta necessário (buscando compreender quais seriam esses limites e como seria possível efetivá-los na prática), conhecer um pouco mais sobre as teorias apresentadas pelos autores escolhidos para o estudo proposto, o que será feito no próximo (e último) tópico desta dissertação.

4.2 Teoria da Decisão

³²⁵ “Numa palavra: a questão que se coloca é que a defesa do positivismo – mesmo com os cuidados que Ferrajoli professa – pode proporcionar, em determinadas circunstâncias, a institucionalização da crença no poder discricionário dos juizes. A pergunta que fica é: *como controlar esse poder concedido aos juizes?* Parece evidente que uma tese semântica (analítica) não dá conta desse controle. Em países, como o Brasil, a fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade por vezes é inexistente.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 80, grifo do autor)

Conforme narrado no decorrer do trabalho, este tópico apresenta/representa não só as reflexões fruto do todo o exposto, mas, também, o principal dilema contemporâneo no que diz respeito ao mundo do direito. Compreendidas as estruturas do poder e as pretensões que objetivam o seu limite, necessário se faz analisar as teorias que se tem apresentado como soluções possíveis de enfrentar esse dilema que é (preocupação já apresentada por Hobbes) a existência de corpos (Legislativo, Executivo e Judiciário) que unidos³²⁶ dividam os comandos de decisão (separação de poderes) político-jurídica, o que se faz objetivando a efetiva concretização dos direitos assegurados constitucionalmente.

Nesse contexto procurar-se-á analisar, dentre os poderes constituídos, os limites inerentes ao poder judiciário no que diz respeito a existência (possibilidade), ou não, de discricionariedade na entrega da tutela jurisdicional do Estado, o que pretende ser feito compreendendo as principais diferenças (e semelhanças) entre os termos discricionariedade, arbitrariedade e ativismo. Para tanto, lembrando a obra que incitou a pesquisa que se apresenta, serão estudadas as teorias do jusconstitucionalismo e de constitucionalismo contemporâneo dos jusfilósofos Luigi Ferrajoli e Lenio Luiz Streck (respectivamente), deixando de ser analisado, de forma mais pontual (muito embora citado na obra), o neoconstitucionalismo (corrente mais próxima das teorias argumentativas de Alexy). O recorte acadêmico (teórico) resta justificado pelo fato de o objeto proposto, permeando as teorias apresentadas como pretensão de estudo (jusconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo), optou pelo estudo (quanto a distinção conceitual e estrutural dos termos discricionariedade, arbitrariedade e ativismo) dos pensamentos apresentados (para compreensão do termo ativismo) por Darci Guimarães Ribeiro³²⁷ o que resta justificado pelo fato de (com J.J Calmon de Passos e Ovídio A. Baptista da Silva, dentre outros³²⁸)

³²⁶ “Se o rei representa a pessoa do povo e a assembléia geral também representa a pessoa do povo, e uma outra assembléia representa a pessoa de uma parte do povo, não existe, na realidade, uma pessoa ou um soberano, mas três pessoas e três soberanos. Ignoro com qual enfermidade do corpo natural poderia comparar, com exatidão, essa irregularidade de um Estado. Certa vez, vi um homem ligado a outro por um de seus lados, mas ambos possuíam cabeça, braço, tronco e estômago próprios: se houvesse outro ligado ao lado oposto, a comparação poderia ser perfeita.” (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D’Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012, p. 263)

³²⁷ “A legitimidade da justiça constitucional da democracia implica na descrença dos representantes eleitos, considerando-se o juiz como uma alternativa menos pior.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 324).

³²⁸ Pensamentos apresentados na obra organizada por GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988.

compreender a democracia (norte principal do estudo em comento) participativa como seu fundamento de legitimidade do poder judiciário.

Assim, para início da discussão proposta será analisada (com base na obra esteio do trabalho) a teoria do jusconstitucionalismo que, tendo como eixo central os pensamentos de Luigi Ferrajoli, buscará explicar/explicitar sua compreensão do termo discricionariedade.

4.2.1 Concepção do Jusconstitucionalismo

Iniciando a análise do tema proposto, para que se possa compreender (com base no objeto apresentado) as principais linhas do jusconstitucionalismo professado por Luigi Ferrajoli, é preciso esclarecer/relembrar a corrente por ele trabalhada. Assim, diante do já exposto no tópico anterior, por autodenominar-se positivista, Ferrajoli terá como eixo de sua discussão a compreensão de que todo o direito existente no Estado Democrático deve estar compreendido no ordenamento jurídico, procedimento este de responsabilidade (quanto a sua estruturação jurídica) do Legislativo, fato que não só o aproxima de sua doutrina mãe (positivismo jurídico), mas, principalmente de Kelsen. Contudo, necessário relembrar que, muito embora próximos quanto a fonte legitimadora do direito, ao contrário de Kelsen, Ferrajoli demonstra efetiva preocupação não só com a forma (procedimento legislativo – *quem e como*), mas, principalmente com o conteúdo do direito constitucionalizado (*quê*), sistema que o faz assumir (como já narrado) uma postura garantista (substancialista) no que diz respeito a historicidade dos direitos fundamentais.

Relembrados os pontos marcantes dessa sua forma de pensamento que pretende (como ele mesmo diz) não superar o positivismo, mas, reforça-lo (nova fase em que deixa de ser um legalista – formal/procedimental, passando a ser um constitucionalista – conteúdo/substância) necessário se faz esclarecer que toda a construção por ele apresentada (mantendo a separação entre o direito e a moral) tem como um de seus principais objetivos o limite da discricionariedade judicial que, para o autor, resta ameaçada pelo neoconstitucionalismo principialista (junção entre direito e moral), responsável pelo perigoso retorno da criação judicial do direito. Apresentadas as principais linhas que fundamentam sua concepção jupositivista do direito, necessário se faz compreender sua concepção de discricionariedade

judicial, diferenciando-a (a princípio) da arbitrariedade o que evidenciará (assim espera-se) a proximidade de seu pensamento com as teorias apresentadas por Austin e Kelsen³²⁹.

4.2.1.1 Discricionariedade Limitada

Neste tópico, comparando as concepções de Austin, Kelsen e Ferrajoli (no que diz respeito a estrutura do ordenamento jurídico), procurar-se-á demonstrar como a concepção do positivismo jurídico (em que os juristas, conforme já descrevia Jhering, são os verdadeiros destinatários do direito) acaba ensejando a ideia (contrária a própria teoria de Ferrajoli) de que criação do direito se dá também pelo judiciário, o que é feito (ao arrepio da referida corrente) pela abertura interpretativa (metodologia sistemática – sujeito/objeto) fomentada pela discricionariedade judicial.

Conforme já analisado, quando do estudo da codificação, Austin (ao contrário de seu mestre Bentham) compreendia o ordenamento jurídico como uma construção que deveria ser técnica e voltada aos juristas. Assim, muito embora sendo um positivista (que concebia o legislativo como responsável pela criação do direito³³⁰), influenciado pela escola histórica, passou a conceber a possibilidade de que os costumes (quando legitimados pelo judiciário) passassem a ser configurados como leis. Kelsen, tornando esse sistema mais rigoroso não concebe qualquer produção legislativa que não seja fruto da validade propiciada pelo ordenamento jurídico (norma fundamental), contudo (na visão deste pesquisador, seguindo os primeiros passos de Austin), preocupado apenas com a sua estruturação (técnica jurídica), “não se preocupa” com a sua efetiva concretização, sendo esta uma função

³²⁹ “Kelsen aceita esse argumento como correto, mas não acha que ele constitua uma objeção à sua interpretação da doutrina que a coação é um elemento essencial do direito; pois, diferentemente de Austin, Kelsen não considera necessário que uma sanção seja estabelecida para cada norma legal, ou, para usar os termos dele, que uma regra jurídica deva ser uma regra cuja eficácia seja “garantida” por uma sanção.” (HART, Herbert Lionel Adolphus, 1907-1922. Ensaio 7 – Leis Autorreferentes. In: _____. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, parte 3, p. 193)

³³⁰ “Nosso autor não nega absolutamente a juridicidade do direito posto pelos juízes, mas, por outro lado, não sustenta tal situação contrastante com a própria concepção. E recorre ao conceito de *autoridade subordinada* que põe o direito a partir do poder que lhe é delegado pelo soberano; é bem verdade que os juízes criam o direito, mas isto não exclui sua estatização, visto que eles agem com base no poder a eles atribuído pelo Estado.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 109, grifo do autor)

“deixada/destinada” aos juízes. Concebendo a inversão de valores apresentada por Jhering³³¹ no que diz respeito às normas primárias e secundárias, compreende estas como mais importantes do que aquelas (forte concepção coercitiva do direito), momento em que o direito resta mais preocupado com a sua forma (perfeitamente estruturada enquanto sistema jurídico fechado) do que com o seu conteúdo.

Procurando aprimorar o positivismo jurídico Ferrajoli (mantendo o direito como técnica – sistema interno – separado da moral), demonstra preocupação com o conteúdo normativo (fruto da evolução histórica dos direitos fundamentais). Contudo, mantendo a relação sujeito/objeto³³², compreende como inevitável³³³ (em determinadas situações) a discricionariedade judicial quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado reconhecendo como ilegítimo apenas o poder (por ele denominado) de disposição, eis que arbitrário.

Aliás, a própria constitucionalização dos princípios em matéria de direito reduz, geralmente, o espaço da discricionariedade interpretativa, uma vez que, de todas as possíveis interpretações admitidas para um mesmo texto, são escolhidas como válidas, somente aquelas compatíveis com a constituição. Assim, se pela excessiva indeterminação semântica das normas e pela falta de garantias o poder dos juízes acaba sendo, de fato, um poder criativo, que não poder ser reduzido aos três poderes fisiológicos – de interpretação das leis, de valoração das provas e de conotação equitativa dos fatos – então ele se converte naquilo que venho chamando de “poder de disposição”, que é, todavia, um poder ilegítimo, independente do fato de as normas serem formuladas como princípios ou como regras, uma vez que invade a competência política das funções de governo, não podendo, portanto, ser aceito sem

³³¹ “Jhering é considerado o primeiro que substituiu a concepção tradicional segundo a qual os destinatários das normas são os cidadãos (isto é, todos os membros da sociedade) pela concepção (hoje muito difundida) segundo a qual os destinatários são os órgãos judiciários (e, em geral, os órgãos do Estado). Na experiência jurídica encontramos normas (primárias) que regulam o comportamento dos cidadãos e outras normas (secundárias) que regulam o modo pelo qual os órgãos do Estado devem reagir, no caso dos cidadãos não cumprirem seus deveres. Segundo Jhering, as normas jurídicas propriamente ditas são as secundárias, enquanto que as primárias são apenas o pressuposto para que as secundárias sejam aplicadas.” (BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Compiladas por Nélcio Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 156)

³³² “É evidente que essa mudança de paradigma vai provocar ranhuras e espanto, mormente no seio da comunidade dos juristas. Afinal, para o jurista tradicional, inserido no paradigma epistemológico da filosofia da consciência, é a sua subjetividade que funda os objetos no mundo. Sempre acreditou (e continua acreditando) que é a sua descrição, é dizer, a sua atividade subjetiva, que faz com que o mundo ou as coisas sejam como elas são.” (STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 162)

³³³ “Os espaços de discricionariedade da jurisdição, de fato, são inegáveis. Até mesmo em matéria penal, onde é máximo o valor da certeza, podem se distinguir, facilmente, três espaços fisiológicos e insuprimíveis de discricionariedade judiciária, que correspondem, entre tantos, aos seguintes tipos de poder: o *poder de qualificação jurídica*, que corresponde aos espaços de interpretação da lei, ligados à semântica da linguagem legal; o *poder de verificação factual* ou de valoração das provas, que corresponde aos espaços de ponderação dos indícios e dos elementos probatórios; o *poder de conotação* dos fatos verificados, que corresponde aos espaços da compreensão e ponderação dos conotados singulares e irrepetíveis de cada fato, mesmo todos igualmente subsumíveis na mesma figura legal do crime.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46-47, grifo do autor)

que se negue a separação dos Poderes e a própria conservação do Estado de Direito.³³⁴

Conforme se infere do exposto, muito embora o esforço no sentido de valorização da historicidade dos direitos fundamentais (que passam a ser garantidos constitucionalmente – democracia constitucional – soma das liberdades negativas e positivas), ao reconhecer a decisão judicial como uma escolha discricionária (mesmo que limitada), acaba aceitando a não concretização dessas garantias ao reconhecer (muito embora tenha criticado) as teorias argumentativas como motivação (e não fundamento) das decisões tomadas. Nesse contexto a decisão passa a ser fruto da vontade (escolha) do juiz que, no máximo (conforme compreende o autor), poderá ter sua discricionariedade limitada pelas condições semânticas³³⁵ da lei no momento da subsunção jurídica³³⁶.

Assim, diante do todo exposto (muito embora apresente significativa preocupação com a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente, objetivando criar limites a discricionariedade judicial) resta evidente que o positivismo (ainda) fala mais alto, momento em que (como flagrante recaída juspositivista) o autor (ao final do texto) retoma sua forte preocupação com a construção do ordenamento jurídico. Para o autor, o ordenamento perfeito é condição de aplicabilidade da norma, eis que apresenta a forma de codificação (sintaxe e semântica) como principal problema (e não a interpretação), procedimento este que demonstra (ainda) seu forte apego a ilusão do legislador onipresente/onipotente:

Na verdade, entre os fatores mais graves da discricionariedade judicial e do crescente papel da argumentação, está a crise da linguagem legal, que chegou a uma verdadeira disfunção: pela imprecisão e ambiguidade das formulações normativas; pela sua obscuridade e, às vezes, contradição; pela inflação legislativa que comprometeu a própria capacidade reguladora do direito. Mas este não é um fenômeno natural. Ele depende de uma legislação ruim e do caráter, frequentemente,

³³⁴ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 51.

³³⁵ “Importa referir, nos limites da abordagem, que a Filosofia da Linguagem Ordinária rompe com o neopositivismo justamente na valoração em relação à tríade sintaxe, semântica, pragmática, uma vez que, enquanto o neopositivismo privilegia a sintaxe e a semântica, a filosofia da Linguagem ordinária passou a dar ênfase à pragmática.” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 157)

³³⁶ “Na verdade a legitimidade da jurisdição se funda, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez – bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e consequente discricionariedade judicial são sempre um fator de deslegitimação da atividade do juiz.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, ver página)

vago e valorativo das normas constitucionais, cuja responsabilidade é, com certeza, da política, embora também recaia sobre a cultura jurídica [...] Por isso, atualmente, a ciência jurídica deveria retomar o programa iluminista de uma “ciência da legislação” à qual se dedicaram Gaetano Filangieri e Jerome Bentham.³³⁷

Finalizando a análise do autor sobre o tema proposto, quer parecer que, muito embora o esforço empregado no sentido de configurar uma nova realidade do positivismo jurídico (preocupado com o conteúdo do direito sem desmerecer sua forma), a manutenção de um pensamento normativista o faz conceber os problemas jurídicos contemporâneos ainda muito arraigados a estruturação do ordenamento e não, efetivamente (como pareceria num primeiro momento de sua fala), com a sua concretização, fato este que resta evidenciado nessa última passagem em que repristina pensamentos de Bentham um dos grandes teóricos da codificação, como se fosse possível (com base nela apenas) eliminar discricionariedades o que, supostamente, seria feito por uma linguagem mais clara, limpa, etc.

Diante do exposto, resta evidente a importância da doutrina de Ferrajoli no que diz respeito à fundamentação/origem do ordenamento jurídico, pontos não muito claros seja na teoria positivista Kelseniana seja na teoria hermenêutica de Lenio Luiz Streck. Contudo, no que diz respeito a teoria da decisão, este último (conforme restará demonstrado no próximo tópico) apresenta-se como real evolução no que diz respeito às preocupações quanto a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente.

4.2.2 Concepção do Constitucionalismo Contemporâneo

Neste tópico, objetivando ser o mais sucinto possível (diante do todo já exposto sobre a matéria), o intuito (no que diz respeito a concepção dessa forma do direito) é ratificar alguns posicionamentos quanto às conquistas fruto desse importante marco histórico que, positivando liberdades negativas e positivas, na concepção de muitos autores (dentre eles Lenio Luiz Streck) passou a conceber (ao contrário do compreendido pelos positivistas) a ideia de retorno da junção do direito com a moral.

³³⁷ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 55.

Conforme já analisado no decorrer do estudo a temática em questão (direito e moral) é espinhosa eis que remonta a velhas discussões quanto a criação natural (jusnaturalistas) e/ou artificial (positivistas) das regras que compreendem os ditames da convivência humana em sociedade. Assim, diante das compreensões apresentadas, em especial por Ferrajoli, ainda hoje persistiria o dilema agora traduzido em termos de regras e princípios estando estes (na concepção do referido autor) atrelados a ideia de moral que, por sua vez, não deve fazer parte do direito eis que, ao fazê-lo, acarretaria discussões que perpassam o âmbito do proposto pelo conteúdo que lhe é inerente o que poderia, dentre outros fatores, ensejar a intolerância em relação a opiniões morais dissidentes³³⁸.

Contudo, ao tratar do tema relativo a positivação do direito, conforme já visto, Ferrajoli compreende o constitucionalismo (por ele definido de jusconstitucionalismo) como sendo a positivação dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados nas cartas constitucionais (separação entre direito e moral). Já Streck, por sua vez, compreende o constitucionalismo contemporâneo (apresentado em substituição ao termo neoconstitucionalismo) como sendo um movimento teórico jurídico-político limitador de poderes³³⁹ (exercício da cidadania – junção entre direito e moral).

Do exposto, resta claro que ambos (muito embora Ferrajoli compreenda que não) estão tratando da temática de forma muito próxima (senão igual), razão que evidencia, como já narrado em outro momento do presente estudo, ser a divergência muito mais terminológica do que (efetivamente) de conteúdo. O que um chama de moral constitucionalizada o outro denomina de positivação dos princípios de justiça e dos direitos humanos historicamente afirmados, sendo que ambos reportam-se às conquistas históricas (em termos de direitos assegurados constitucionalmente) como sendo o fundamento constitucional, em especial por

³³⁸ “Disso resulta uma concepção de constitucionalismo que arrisca produzir, paradoxalmente, o seu próprio enfraquecimento sob os planos moral e político. Para além das intenções de seus defensores, na verdade, uma concepção semelhante resulta na transformação do constitucionalismo em uma ideologia liberal, cujos valores pretende impor-se a todos – moral, além de juridicamente – porque, em algum sentido, são “objetivos” ou “verdadeiros” ou “reais”. O último êxito do cognitivismo ético é, portanto, inevitavelmente, o absolutismo moral e, por conseguinte, a intolerância para as opiniões morais dissidentes [...]” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 30, grifo do autor)

³³⁹ “Todas essas conquistas devem ser pensadas, num primeiro momento, como continuadoras do processo histórico através do qual se desenvolve o constitucionalismo. Com efeito, o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64).

preocuparem-se com os prejuízos advindos de uma moralidade axiológica e voluntarista³⁴⁰ (ponto nevrálgico que os une no combate ao que restou denominado de neoconstitucionalismo).

Resumindo: o neoconstitucionalismo não é uma superação do paleo-jus-positivismo (exegetismo); *mas os neoconstitucionalistas acham que é*. E esse é o problema. Portanto, Ferrajoli tem razão, porque, nos moldes como é apresentado, o neoconstitucionalismo depende de posturas axiológicas e voluntaristas, que proporcionam atitudes incompatíveis com a democracia, como o ativismo e a discricionariedade judicial.³⁴¹

Pois bem, aqui parece estar a chave de toda a discussão proposta até o presente momento. Com Ferrajoli, restou analisada a teoria que, para o autor, propiciaria essa limitação dos poderes constituídos, sendo apresentada (como fundamental para esse posicionamento) a ideia de direitos fundamentais constitucionalizados e de separação entre direito e moral. Apresentando uma concepção jurídica ainda arraigada a onipotência/onipresença do legislador, compreende que o uso de uma linguagem clara (sintaxe e semântica, por si só) resolveria os problemas de sua aplicação ao caso concreto (ficando em segundo plano, assim como Kelsen compreendia, os problemas interpretativos). Nesse contexto, suscitados os “problemas” apresentados pelo que seria compreendido como discricionariedade³⁴² judicial e (também) como ativismo³⁴³, Streck (ao contrário dos positivistas) concebe o constitucionalismo como sendo (sim) a junção de direito e moral o que procura fazer crer,

³⁴⁰ “Mais ainda, embora sua obra tenha pretensões pós-positivistas (ou atipositivistas), o que, registre-se, é extremamente louvável, Cambi insiste em teses que são contrárias (ou estão em contradição) ao que propõe, como, por exemplo, quando sustenta que a sentença é ato de vontade do juiz – repristinando, consciente ou inconscientemente, o pai do positivismo normativista (Kelsen) – e que “sentença vem de sentir” (sic). Ao fim, reforça o protagonismo judicial que quer combater, ao fazer coro com Eduardo Couture, no sentido de que “a dignidade do direito depende da dignidade do juiz”, isto é, de que “o direito valerá o que valham os juizes.” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 29, grifo do autor)

³⁴¹ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luis; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 64.

³⁴² “Em outras palavras *a escolha é sempre parcial*. Há no direito uma palavra técnica para se referir à escolha: *discricionariedade*. Portanto, quando se diz que o juiz possui poder discricionário para resolver “casos difíceis”, o que se afirma é que, diante de várias possibilidades de solução do caso, o juiz pode escolher aquela que melhor lhe convier. [...] De outra banda, a *decisão* não se dá a partir de uma *escolha*, mas sim a partir do *comprometimento com algo que se antecipa*. No caso da decisão jurídica, *esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito*[...] Esse todo que se antecipa, esse todo que se manifesta na decisão, é aquilo que mencionamos – no âmbito do paradigma hermenêutico – como *pré-compreensão*.” (STRECK, Lenio Luis. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. Revista Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011, p. 647, grifo do autor)

³⁴³ Uma das expressões mais correntes atualmente nas diversas áreas do saber jurídico, mesmo sem contar com definição precisa e origem exata, é o chamado “ativismo judicial”. O sentido pejorativo é empregado em determinados momentos, enquanto, em outros, um juiz “ativista” termina representando a personificação daquele juiz Hércules do qual fala Dworkin. Embora a atenção da doutrina brasileira à expressão em tela possa ser considerada recente - os primeiros textos são posteriores à Constituição de 1988 -, os Estados Unidos incorporaram ao seu léxico político-jurídico o *judicial activism* desde o início do século XX.” (TEIXEIRA, Anderson Vichneski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, vol.8 n.1, São Paulo Jan./June 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt> .

seria muito próximo (senão igual) ao pensamento de Ferrajoli, uma vez que este reconhece a constitucionalização das garantias históricas da evolução do pensamento humano (direitos humanos e fundamentais como reflexo dessa conquista).

Diante do exposto, resta claro que a divergência dos autores (num primeiro momento e quanto a constitucionalização de direitos) é muito mais terminológica do que (efetivamente) de conteúdo, sendo que ambos apresentam pensamentos muito próximos, não só quanto ao direito que deve ser fruto de garantias constitucionais, mas, especialmente, sobre o fato de ser este um mecanismo extremamente importante para a configuração de limites aos poderes constituídos, dentre eles o judiciário.

Porém, a grande divergência entre os autores reside no momento da concretização dessas garantias constitucionais sendo que o primeiro, muito embora trate de uma teoria que objetive limitar os poderes do judiciário, acaba aceitando a discricionariedade como inevitável (discricionariedade limitada). Contudo, entende inconcebível o que ele denomina de “disposição de poder”, uma vez que (este) sendo arbitrário seria (também) ilegítimo. Streck, por sua vez, adotando uma teoria da decisão fulcrada na hermenêutica (filosófica/fenomenológica) é totalmente antidiscionário, entendendo existir uma única resposta correta quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, resposta esta que deve ser adequada à constituição.

Desta feita, compreendidos os pontos que os aproximam e os que os distanciam, necessário se faz analisar os posicionamento deste filósofo brasileiro que, apostando nas teses de Heidegger e Gadamer, apresenta uma concepção hermenêutica para justificar sua pretensão de que a entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (ao contrário do que acaba aceitando Ferrajoli) não seja objeto de escolhas (discricionárias, o que faz ao compreender este termo como sinônimo de arbitrariedade). Assim, aposta (no âmbito do paradigma hermenêutico) na compreensão³⁴⁴ do direito (integridade normativa) como sendo um importante limitador dos poderes (e não apenas na linguagem técnica da codificação³⁴⁵, como acredita Ferrajoli).

³⁴⁴ “A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos são, assim, questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia Hermenêutica.” (STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 183)

³⁴⁵ “Explicando melhor: para as teorias analíticas, o problema da linguagem começa e termina na tarefa de críticas dos conceitos. Ou seja, o problema da linguagem se resolve a partir de uma “clarificação” ou de uma melhor colocação do conceito. *Antes do conceito não há nada* (e por isso é que a dogmática jurídica tarbalha com “conceitos sem coisas)”. Daí que é muito difícil no interior de uma filosofia analítica, filosofar com a história da filosofia. Para a hermenêutica, todavia, a história da filosofia é condição de possibilidade do filosofar e a representação sintático-semântica dos conceitos é apenas a superfície de algo muito mais

4.2.2.1 Antidiscricionarietà

Aproximando-se do final dos estudos propostos para este momento acadêmico (fruto das inquietações propiciadas pelas leituras realizadas durante o período do mestrado), a hermenêutica³⁴⁶ (antítese ao ativismo) apresenta-se como objeto central deste tópico. Tratando-se de uma temática extremamente importante para PPGD desta IES, resta elevado o compromisso ao tratar desse conteúdo que compreende o eixo norte das teorias professadas, dentre outros professores da casa, por Lenio Luiz Streck. Nesse sentido (compreendidos os limites acadêmicos e filosóficos do estudo proposto) buscar-se-á, analisando as principais linhas do referido pensamento, compreender as concepções dos termos que se apresentam como importantes não só para essa forma de pensar o direito, mas, também para a conclusão deste trabalho (discricionarietà, arbitrariedade e ativismo). Assim, de início, para que sejam oportunizadas as discussões que permeiam o assunto em questão restam apresentados, no que diz respeito a discricionarietà, os conceitos que o autor tem em relação ao referido termo:

Em países como o Brasil, a fronteira entre a discricionarietà e a arbitrariedade por vezes é inexistente. Discricionarietà é a delegação em favor de um poder que não tem legitimidade para se substituir ao legislador, circunstância que se agrava nos casos em que o poder discricionário pode alterar a própria Constituição. Na verdade, trata-se mais do que um poder discricionário [...] Note-se a história do direito é uma história de superação do poder arbitrário, então podemos afirmar que o que se procura enfrentar é o *locus* onde a decisão privilegiada acontece, o lugar onde a *escolha* ocorre. Nessa medida, a história do direito também é uma história de superação ou do enfrentamento do problema da discricionarietà que conduz à arbitrariedade [...] a discricionarietà deferida para o juiz pelo legislador acaba por se consubstanciar em uma *política judiciária*, que, no limite, dá poderes para que o juiz determine a “lei do caso”, a pretexto do dever de julgamento que a própria ordem requer. Veja-se que não é por acaso que Kelsen, ao desconsiderar o problema da razão prática e construir sua ciência sob uma pura razão teórica, irá chamar de *política dos juízes* (política jurídica) a atividade dos juízes e tribunais [...] lembrando sempre o último princípio epocal da modernidade, *a Wille zur Macht*, pelo qual se institucionalizou o *decisionismo* judicial.³⁴⁷

profundo.” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 39, grifo do autor)

³⁴⁶ “Logo, inexistem mais feudos decisórios no âmbito do *Estado Democrático de Direito*, sendo a legitimidade aferida no processo hermenêutico realizado no controle de validade, formal e material, do ordenamento jurídico.” (ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 108-109, grifo do autor)

³⁴⁷ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 80, 83 e 84.

Diante do exposto, corroborando e, ao mesmo tempo, contrariando os pensamentos apresentados por Ferrajoli, Streck (definindo sua concepção de discricionariedade) manifesta significativa preocupação quanto aos limites (sejam eles políticos e/ou jurídicos) dos poderes constituídos (em especial o judiciário). Compreendendo o direito como uma histórica busca de limites ao poder, em especial os arbitrários, os identifica como discricionários (sinônimos), compreendendo as decisões judiciais fruto de escolhas como ativismo, procedimento que (para o autor) repristinaria situações vivenciadas no passado (como as estudadas na parte final do segundo capítulo).

Assim, muito embora os autores tenham posicionamentos semelhantes no que diz respeito a importância do conteúdo a ser assegurado constitucionalmente, o primeiro ainda apresenta preocupações significativas no que diz respeito a tecnicidade (Austin) da criação do ordenamento jurídico (limites políticos), o segundo, por sua vez, compreendendo que a Constituição³⁴⁸ já resolveu essa forma de limite de poder, preocupa-se (de forma mais específica) com os limites jurídicos que (não estando simplesmente na ideia de sintaxe e semântica – posituação do direito) devem ser garantidos no momento da concretização desses direitos que agora restam constitucionalizados.

De minha parte, penso que a hermenêutica – no modo como venho trabalhando com ela em *Verdade e consenso* – possibilita o enfrentamento e a superação do decisivo problema, não enfrentado pelo positivismo (tanto o exegético como o normativista e seus sucedâneos), que é o da aplicação (*applicatio*, como diz Gadamer, ao se insurgir contra a cisão entre interpretar e aplicar). Mais do que isso, a imbricação que realizo entre Gadamer e Dworkin permite demonstrar não só a possibilidade de respostas corretas – na fórmula que eu proponho como “adequadas à Constituição” – como também a sua necessidade democrática, caracterizando verdadeiro direito fundamental do cidadão. Desse modo penso que é possível ir além da tese semântica de Kelsen e da discricionariedade da moldura da norma ou da admissão de que alguns espaços de poder judiciário são inexoravelmente discricionários, como afirma Ferrajoli. Discricionariedade e democracia são coisas incompatíveis.³⁴⁹

³⁴⁸ “Por isso, no que tange ao contexto atual, a novidade é que não discutimos mais o problema da discricionariedade política, portanto não apostamos mais em positivismo fáticos (lembramos do realismo jurídico, o direito alternativo e suas variadas formas), *porque temos uma Constituição que resolveu o problema dos limites do político*. A constituição aparece como freio da vontade da maioria.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 85)

³⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88.

Ao contraditar sua teoria à professada por Ferrajoli, apresenta como principal distinção (como já narrado no presente) o ponto de análise da discussão. Não mais (tão) preocupado com a construção de um ordenamento jurídico fruto de uma “linguagem rigorosa” como pretende Ferrajoli, o brasileiro direciona suas forças na aplicação desse sistema de forma que possa ser efetivamente concretizado, o que deve ser feito pela compreensão fenomenológica fruto da hermenêutica proposta³⁵⁰. Diante desse quadro, resta importante, a partir desse momento, compreender como isso seria possível nos moldes do concebido pela referida teoria.

O pensamento desenvolvido pelo autor (hermenêutica fenomenológica) busca compreender o direito como algo muito mais importante do que aquele conceito abstrato que, tomando corpo jurídico, passa a positivizar conquistas históricas da humanidade. Ou seja, é a pretensão de superação daquela relação sujeito-objeto (Descartes³⁵¹) que pela blindagem kelseniana (direito separado da moral – sistema interno fechado pela norma fundamental), extremamente avalorativo³⁵², permitia ao observador dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa³⁵³.

Neste primeiro ponto, já resta evidente a diferença que faz distanciar os pensamentos apresentados pelos autores objeto do presente estudo, eis que um (ainda preso as amarras do positivismo jurídico) concebe a estruturação jurídica (ordenamento sistemático) como sendo a solução dos problemas jurídicos enfrentados no mundo contemporâneo e o outro, ao

³⁵⁰ “Numa palavra: interpretar é compreender. E compreender é aplicar. A hermenêutica não é mais metodológica. Não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar. A hermenêutica não é mais reprodutiva (*Auslegung*); é, agora, produtiva (*Sinngebung*). A relação sujeito-objeto dá lugar ao círculo hermenêutico. (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75)

³⁵¹ “Sua infatigável procura da verdade – de que é exemplo a notável biografia intelectual que se vai ler – deve conduzir ao conhecimento da natureza para a pôr a serviço dos homens. E é este, ainda, apesar de tudo, o verdadeiro espírito da filosofia.” (DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 11)

³⁵² “Desta forma, a pureza apenas poderá ser atingida pelo afastamento dos elementos estranhos à sua essência, a saber, deve ser eliminado qualquer apoio em ciência de fatos, bem como reflexões de natureza sociológica e política. Vale dizer que, na concepção de Kelsen, o chamado “*extra-jurídico*” está automaticamente fora dos limites da Ciência do Direito. Estão neste plano as considerações de juízos valorativos sobre o conteúdo da norma jurídica, já que a preocupação está direcionada à forma desta.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 45, grifo do autor)

³⁵³ “Vale dizer: aquilo que é dito (mostrado) na linguagem lógico-conceitual que aparece no discurso *apofântico* (mostrativo) é apenas a superfície de algo que já foi compreendido num nível de profundidade que é *hermenêutico* (nas palavras de Ernst Schnadelbach, a “razão hermenêutica”) [...] Portanto, na hermenêutica não faz sentido procurarmos determinar – de maneira abstrata – o sentido das palavras e dos conceitos, como as posturas analíticas de cariz semântico fazem, *mas é preciso se colocar na condição concreta daquele que compreende* o ser humano, para que o compreendido possa ser devidamente explicitado. E esse é o ponto fulcral.” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88-89, grifo do autor).

contrário, concebendo já superada essa fase estrutural (tanto político como jurídica) deposita todas as suas forças na construção de um conhecimento que permita, desvelando os “mitos do dado”³⁵⁴, compreender o direito como um fenômeno fruto da tradição³⁵⁵.

Aproximando-se da tese apresentada que objetiva limitar (por completo) a ideia de discricionariedade quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, o autor, apropriando-se dos pensamentos de Gadamer³⁵⁶, Heidegger³⁵⁷ e, principalmente, de Dworkin³⁵⁸, apresenta amarras (não mais lógicas semânticas, mas, sim) histórico-fenomenológicas (juridicamente constitucionalizadas) que, buscando a integridade normativa, vincula o julgador. Este (livrando-se da abstratividade conceitual como única forma de apreensão do direito

³⁵⁴ “Em síntese – e quero deixar isso bem claro –, para superar o positivismo, é preciso superar também aquilo que o sustenta: *o primado epistemológico do sujeito* (da subjetividade assujeitadora) e o *solipsismo teórico da filosofia da consciência* (sem desconsiderar a importância das pretensões objetivistas do modo-de-fazer-direito contemporâneo, que recupera, dia a dia, a partir de enunciados assertóricos, o “mito do dado”). *Não há como escapar disso.*” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 103, grifo do autor)

³⁵⁵ “A superação sujeito-objeto só será operada pela descoberta hermenêutica (Gadamer-Heidegger) da dimensão antepredicativa que antecipa a compreensão de todo o enunciado veritativo [...] Logo esse sujeito não terá discricionariedade, pois terá que prestar contas, em todo momento, à tradição (integridade e coerência do direito). Essa dimensão antepredicativa sustenta-se em um *a priori* historicamente compartilhado e que impõe ao intérprete uma necessidade de diálogo com a *tradição*). Ocorre que esse elemento não aparece nas propostas analítico-positivistas de análise do direito [...] Em face disso é possível afirmar o elemento interpretativo que caracteriza mais propriamente a experiência jurídica – lembro aqui de Dworkin, para quem o direito é um conceito interpretativo – pode (e deve) ser explorado fenomenologicamente. É possível sim oferecer limites e anteparos à atividade interpretativa, na medida em que o direito não é concebido a partir de um reducionismo fático. *Isso é uma questão de controle democrático das decisões.*” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 89-90, grifo do autor)

³⁵⁶ “O que a nova hermenêutica irá questionar é a totalidade do existente humano e a sua inserção no mundo. Se Schleiermacher havia liberado a hermenêutica das amarras com a leitura bíblica, e Dilthey, da dependência das ciências naturais, *Gadamer pretende liberar a hermenêutica da alienação estética e histórica*, para estudá-la em seu elemento puro de experiência da existência humana. E Heidegger será o corifeo dessa postura que se caracterizará por explicar a compreensão como forma de definir o *Dasein* (ser aí). O que nos é dado a entender acerca da existência humana, com sua finitude, sua precariedade, sua projeção para o futuro e, em suma, sua precariedade, tudo isto pertencerá à forma primordial do compreender. Por isto, Gadamer vai dizer, já no início de *Verdade e Método*, que a compreensão pertence ao ser do que se compreende.” (STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 177-178)

³⁵⁷ “Com efeito, para esses autores (Heidegger e Gadamer), há um elemento possibilitador da própria interpretação que é a compreensão. O interpretacionismo, em todas as suas formas, desconsidera o caráter antecipador da compreensão e o elemento de formação dos projetos de mundo, que não são determinados por uma querência individual, mas estão ligados a um *a priori* histórico compartilhado.” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37)

³⁵⁸ Mas a nova crítica do positivismo produzida com grande poder, sutileza e complexidade pelo professor Dworkin inverte essas acusações contra o positivismo e afirma que o seu pecado capital não é mais o “formalismo” ou a crença em uma teoria “mecânica” da decisão judicial, mas consiste em uma assimilação equivocada da tarefa do juiz na solução de casos difíceis, tomando-os por uma escolha legislativa ou criadora do direito. A criação do direito por um juiz não seria apenas injusta nos casos em que as decisões têm força retroativa, mas também seria não democrática nos casos em que os juizes não são eleitos.” (HART, Herbert Lionel Adolphus, 1907-1922. Ensaio 5 – 1776-1976: O direito da perspectiva da filosofia. In: _____. **Ensaaios sobre teoria do direito e filosofia.** Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Gomes Penteadó Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, parte 2, p. 171)

positivado/positivismo jurídico) compreendendo o contexto em que está inserido deve possuir condições de construir uma resposta que tenha como fundamento (e não apenas argumento) a concretização dos direitos fomentados pelas conquistas humanas que, refletindo essa “evolução histórica”, restaram (pelo constitucionalismo contemporâneo) positivados. É com base nessa construção que o autor, reporta-se ao fato de que respostas adequadas à Constituição são direito fundamental de todo cidadão, o que lhe é devido neste novo contexto democrático (fruto da evolução apresentada no presente estudo) nos moldes do que passou a ser concebido como democracia constitucional³⁵⁹.

Ou, seja, na hermenêutica, ao contrário da analítica, *não há respostas antes das perguntas* [...] Na verdade, a “dimensão substancial” da democracia constitucional, endossada por Ferrajoli, é justamente o reflexo – ao contrário do que sustenta – do ingresso da moral no direito. Afinal, a positivação dos direitos fundamentais institucionaliza a moral no direito. Entretanto, a positivação desses direitos, somada à cláusula da igualdade (e da integridade de princípios que a sustenta), faz com que interpretações coerentes revelem direitos (aparentemente) não positivados. É dessa complexidade que não dá conta a tese positivista de Ferrajoli.³⁶⁰

É nesse contexto que, a partir do próximo tópico (com base na concepção/compreensão dos conceitos inerentes ao termo democracia e seus desdobramentos), buscar-se-á (compreendendo as distinções entre os termos discricionariedade, arbitrariedade e ativismo) estudar os pensamentos apresentados por Darci Guimarães Ribeiro (ancorado nas ideias de Piero Calamandrei, J. J. Calmon de Passos e outros) quanto à democracia participativa e a pretensa legitimação do judiciário (quando da concretização/criação de direitos!!!!?) em contrapartida com os conceitos apresentados por Streck no que tange a democracia constitucional³⁶¹, assim concebida por este:

³⁵⁹ “Parece, à primeira vista, não ser possível identificar o Constitucionalismo com a democracia, se bem que, depois, seja difícil imaginar em concreto uma democracia não constitucional. Na realidade, o pensamento democrático teve um só problema essencial: o de mostrar como a soberania é um direito inalienável e imprescritível do povo. Como consequência, buscou ou fomentou formas de convivência onde se conferisse ao povo não só a mera titularidade, como também o concreto exercício do poder soberano. Impossível em um grande Estado, a democracia direta sonhada por Rousseau se traduziu em institutos particulares, como a iniciativa legislativa popular e o referendun. Se os democratas deram maior atenção à fonte do poder soberano, os constitucionalistas puseram mais em evidencia sobretudo o problema dos limites e dos modos de exercício de tal poder, que não podemos adjetivar de "soberano". (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998, p. 266)

³⁶⁰ FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 93.

³⁶¹ “No caso específico do Brasil, onde, historicamente até mesmo a legalidade burguesa tem sido difícil de “emplacar”, a grande luta tem sido a de estabelecer as condições para o fortalecimento de um espaço democrático de edificação da legalidade, plasmado no texto constitucional.” (STRECK, Lênio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 21, grifo do autor)

A democracia se constrói a partir do direito. Este – o direito – não está a reboque da política, da moral ou da economia. Uma teoria do direito preocupada com a democracia substancial deve conter/prever mecanismos para a preservação de um elevado grau de autonomia do direito, construindo “blindagens” contra os predadores exógenos (moral, economia e política) e endógenos (panprincipiologismo, ponderação e as teses que apostam na abertura interpretativa dos princípios e cláusulas gerais).³⁶²

Assim, antes das derradeiras concepções em relação ao tema proposto e, objetivando compreender cada uma das terminologias que compreendem esse inebriante jogo de poderes (discricionários, arbitrários e/ou ativistas), necessário analisar como essa ideia de democracia poderia, para o primeiro, permitir a dilatação dos poderes de criação dos juízes (legitimação política – racionalidade política) e para o último limitá-los (autonomia do direito – racionalidade jurídica). Nesse contexto Streck, tratando do processo civil (que para Darci Guimarães Ribeiro, por exemplo, seria o momento não só de concretização dos direitos³⁶³ assegurados constitucionalmente como, também, o fator legitimador do judiciário em suas funções criativas – ativismo), assim se manifesta:

No âmbito do processo civil, por exemplo, temos uma explicitação privilegiada de como essa mescla acrítica de tradições pode levar a resultados perigosos para a formatação de nossa arquitetura democrática. Como efeito, o predomínio das vertentes instrumentalizadas do processo no campo da teoria processual produziu um tipo intrigante de sincretismo de tradições. A ideia de que o processo é um instrumento teleológico cujo fim é determinado a partir de escopos políticos, sociais e jurídicos encarrega a jurisdição de – solipsisticamente – levá-los a realização [...] Dito mais claramente, ao mesmo tempo em que a referida corrente prega a realização do direito material, ela se aproxima das teses da Jurisprudência dos Conceitos e, no momento em que coloca a jurisdição como epicentro do edifício processual, parece pactuar com as posturas realistas ou do movimento do direito livre, que está na base da formatação chamada “jurisprudência da valoração”.³⁶⁴

³⁶² FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 94.

³⁶³ “A verdadeira praxis democrática, configurador de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva *concretização* dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia. É através dele, o processo, que “os cidadãos revelam ser *sujeitos práticos* justamente pela *práxis*: como atores que estão a cada dia dispostos a lutar pela honestidade e pelo tratamento materialmente igual das pessoas no Estado e na sociedade”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia**: para uma nova definição da democracia participativa. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/attachments/article/110/Microsoft%20Word%20-%20O%20papel%20do%20processo... Formatação%20-%20RBDPro .pdf>>, p. 16)

³⁶⁴ STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

Diante do exposto, analisada a discussão travada por Streck e Ferrajoli (ambos acreditando na força da democracia para a configuração dos necessários limites aos poderes constituídos), restou demonstrado o fato de que os autores em comento, com preocupações próximas quanto à estruturação do ordenamento jurídico (constitucionalizado), apresentam significativas diferenças no que tange a aplicação prática do referido ordenamento (um acreditando na linguagem técnica como limite e o outro na necessidade de compreensão³⁶⁵ hermenêutica fenomenológica³⁶⁶).

“Superada” essa primeira fase da discussão proposta (percebendo que os autores estudados até aqui apresentam preocupações distintas – um mais ligado com a formação jurídico-político do ordenamento e o outro com sua aplicação jurídico-filosófica), necessário se faz o estudo de autores que, diante desse novo contexto (constitucionalização de direitos fundamentais), preocupam-se efetivamente com a concretização de direitos, “deixando em segundo plano” a construção jurídica do ordenamento, alguns, inclusive (como no caso de Antonio Carlos Wolkmer³⁶⁷) propondo a superação desse modelo de direito pré-ordenado.

Porém, muito embora (a princípio) apresentem concepções muito distintas quanto aos limites existentes (ou não) a criação/aplicação do direito pelo poder judiciário (limites da discricionariedade x ativismo judicial) as correntes (distintas) fundamentam sua forma de

³⁶⁵ “A crise do direito é crise de fundamento, e STRECK nos mostra isso através da crítica do paradigma que sustentou o direito até agora, introduzindo o paradigma hermenêutico-lingüístico em que situa o direito e a todos os que com ele trabalham, *no universo do sentido e da compreensão*.” (STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, prefácio de Ernildo Steein, grifo do autor)

³⁶⁶ “Compreender é o caráter ôntico original da vida humana mesma. Heidegger, assim registra Gadamer, *intenta cumprir a tarefa de ilustrar a estrutura do estar-aí mediante uma analítica transcendental do estar-aí*. Com Heidegger, a hermenêutica deixa de ser normativa e passa a ser filosófica, onde a compreensão é entendida como estrutura ontológica do *Dasein* (ser aí ou pre-sença), onde o *Da* (o *ai*) é como as coisas, ao aparecerem, chegam ao ser, não sendo esse modo uma “propriedade do ser, mas sim o próprio ser”. Heidegger situa a questão da ontologia fundamental no sentido do ser; a clarificação desta questão somente pode resultar do recurso ao único ente que compreende o ser, que é o homem (*Dasein*), o estar aí, que é o ser-no-mundo, que é cuidado (*sorge*); cuidado é temporal (*zeitlich*)” [...] “A compreensão como totalidade e a linguagem como meio de acesso ao mundo e aos seus objetos são, assim, questões centrais na hermenêutica filosófica de Heidegger, por ele denominada de Fenomenologia Hermenêutica. *Como compreender só é possível se o homem é um ser-no-mundo, nosso acesso a esse mundo só é possível pela linguagem*. (STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 178; p. 183, grifo do autor)

³⁶⁷ “Por último, a proposição central da discussão: as incursões e o esboço preliminar de uma teoria geral do Direito (civil, político e processual) que tenha legitimidade e validade para instrumentalizar a efetiva tutela dos novos direitos. Os horizontes para construção de uma teoria geral dos “novos” direitos estão sendo delineados: alguns indícios apontam na direção do pluralismo jurídico (atores coletivos emergenciais, exigências valorativas contínuas, necessidades e lutas específicas e diversidade intercultural) do novo Direito Processual, da nova forma de interpretar e aplicar o Direito e do novo agente operador da Justiça.” (WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato (org.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectivas uma visão básicas das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 26)

pensar no que denominam de democracia, propondo uma democracia cada vez mais participativa. Assim, resta indagar, como é possível que, buscando interesses tão distintos (limites de poderes do judiciário x ampliação de poderes do judiciário) as teorias apresentadas comunguem o fato de, tanto num caso como no outro, serem o apanágio da garantia democrática do Estado de Direito.

Com esse intento, no próximo tópico (conforme narrado), buscar-se-á realizar comparativos entre a concepção (sobre os referidos termos) de autores que se apresentam como hermenêutas e/ou ativistas, o que será feito com o intuito de compreender as proximidades e divergências³⁶⁸ existentes entre essas intrigantes formas de pensar o direito nos dias de hoje.

4.2.3 Concepção do Jusliberismo

Conforme narrado durante todo o estudo realizado, este trabalho (objetivando compreender a “evolução” do direito em termos de limitação dos poderes constituídos – concessão de liberdades negativas e positivas – o que foi feito com o intuito de compreender as principais teorias que fomentaram as mudanças jurídicas que propicia(ra)m os debates que permeiam o atual contexto acadêmico) procurou, focado apenas na figura do Estado Moderno, apresentar os sistemas concebidos como jusnaturalismo, juspotitivismo e o jusliberismo (jurisprudências), concepções históricas que permearam as discussões relativas ao direito (enquanto formação) durante os séculos que antecederam e foram contemporâneos da segunda Guerra Mundial.

Realizado esse passo inicial (descrito nos dois primeiros capítulos), o terceiro (e último) busca realizar o estudo das teorias contemporâneas (focado nos pensamentos oriundos do constitucionalismo do segundo pós-guerra) que, procurando apresentar novas “fórmulas” de concepção do mundo jurídico, o compreendem tendo como base/eixo central (pelo menos

³⁶⁸ “Muito embora procedimentalistas e substancialistas reconheçam no Poder Judiciário uma função estratégica nas Constituições do pós-guerra, a corrente procedimentalista, capitaneada por autores como Habermas e Garapon, apresenta consideráveis divergências com a tese substancialista, sustentada por autores como Cappelletti, em alguma medida por Dworkin e no Brasil explícita ou implicitamente, por juristas como Paulo Bonavides, Celso A. B. de Mello, Eros Grau, Fábio Comparato, Clemerson Cleve, entre outros.” (STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 40)

as teorias escolhidas para o estudo em comento) a ideia de democracia³⁶⁹ e constitucionalização de direitos. Nesse novo contexto, “perpassando” a fase de positivação do direito (preocupação com a positivação, codificação e edificação de um ordenamento jurídico – poderes políticos), a discussão que permeia as inquietudes dos jusfilósofos contemporâneos tem sido a aplicabilidade/efetividade/concretização desses direitos assegurados constitucionalmente³⁷⁰, momento em que volta ao centro das discussões o espinhoso tema dos limites dos poderes constituídos, em especial no que diz respeito à criação judicial (racionalidade/poderes políticos e/ou jurídicos?).

Como visto nos tópicos anteriores, num primeiro momento restaram analisados os argumentos apresentados por Ferrajoli que, objetivando um *plus* à corrente concebida como positivismo normativo, apostou todas as suas forças na manutenção de um direito separado da moral o que fez, repristinando pensamentos Kelsenianos relativos ao fechamento do ordenamento jurídico. Contudo, não mais preocupado apenas com a forma, Ferrajoli passa a ocupar-se do conteúdo do direito a ser constitucionalizado, o que faz com fulcro no que concebe como democracia constitucional (soma das liberdades negativas e positivas). Porém, quando da aplicação desse direito ao caso concreto, mantendo a relação sujeito-objeto, compreende como inevitável (muito embora trabalhe de forma ferrenha contra) a ideia de discricionariedade do poder judiciário que, objetivando o controle desse poder, deve ser limitada.

No segundo momento, analisados os pensamentos apresentados por Lenio Luiz Streck (concebido por Ferrajoli como jusnaturalista uma vez que entende possível a junção entre direito e moral), buscou-se compreender as principais distinções entre os termos neoconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo, sendo este último o modelo adotado pelo autor objeto de estudo no referido tópico. Para tanto, objetivando compreender as semelhanças e divergência de pensamentos dos dois autores, restou como resultado da pesquisa a compreensão de que, muito embora professem concepções semelhantes no que diz

³⁶⁹ “A nova teoria da democracia – que também poderíamos designar por teoria democrática pós-moderna para significar sua ruptura com a teoria democrática liberal – tem, pois, por objetivo alargar e aprofundar o campo político em todos os espaços estruturais da interação social. No processo, o próprio espaço político liberal, o espaço da cidadania, sofre uma transformação profunda.” (SOUZA SANTOS, Boaventura. **Pela mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. Cortez, 1994, p. 276)

³⁷⁰ “À evidência, a simples elaboração de um texto constitucional, por melhor que ele seja, não é suficiente para que o ideário que o inspirou se introduza efetivamente nas estruturas sociais, passando a reger com preponderância o relacionamento político de seus integrantes. A efetivação do Direito (e dos direitos) passa, necessariamente, por este deslocamento do centro de decisões, no âmbito do Estado Democrático de Direito – dos Poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário.” (STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 49)

respeito à constitucionalização de direitos fundamentais (preocupação quanto à construção do ordenamento jurídico) apresentam significativas diferenças quanto à sua concretização pelo poder judiciário. Como já narrado, Ferrajoli acaba (muito embora combata) aceitando a ideia de discricionariedade judicial limitada, fato que, pela teoria apresentada por Streck, resta impossível diante do que o autor concebe como sendo sua teoria da decisão (baseado na hermenêutica por ele apresentada). Com esse intento, (refutando a “alcunha” de jusnaturalista, uma vez que compreende a moral constitucionalizada e não como axiologia exógena ao direito) assim como Ferrajoli, apresenta toda a sua teoria com base na democracia constitucional, considerando a necessidade de limites a discricionariedade judicial (resposta adequada à Constituição), como um direito fundamental do cidadão (antidiscricionariedade).

Diante do exposto, resta necessário (como terceiro modelo a ser analisado ao final do presente estudo) conhecer os pensamentos fruto do que tem sido denominado de ativismo judicial. Essa teoria, na concepção de autores como Darci Guimarães Ribeiro não só propiciaria a famigerada concretização de direitos fundamentais como (também) garantiria o exercício democrático efetivo, ou seja, a democracia participativa. Muito embora a democracia seja o ponto que, supostamente, uniria os três autores, para os dois primeiros a compreensão democrática apresentada pelos processualistas (dentre eles Darci Guimarães Ribeiro³⁷¹) representaria o retorno ao período das jurisprudências dos valores (quando não do movimento do direito livre), procedimento que possibilitaria os decisionismos.

Aliás, seria incompatível com a democracia que uma Constituição estabelecesse, por exemplo, “princípios” (*sic*) que autorizassem o juiz a buscar, em outros “espaços” ou fora dele, as fontes para complementar a lei. É como se a constituição permitisse que ela mesma fosse “complementada” por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo regulamentar (portanto, à revelia do princípio democrático). Isso seria “uma autorização” para ativismos, que, ao fim e ao cabo, deságuam em decisionismos. Ou seja, qualquer tribunal ou a própria doutrina poderiam “construir” princípios que substituíssem ou derogassem até mesmo dispositivos constitucionais, o que, convenhamos, é um passo atrás em relação ao grau de autonomia que o direito dever ter no Estado Democrático de Direito.³⁷²

Aqui nasce a pedra fundamental da divergência, em especial, de dois dos autores (Darci Guimarães Ribeiro e Lenio Luiz Streck) no que diz respeito à compreensão de

³⁷¹ “Afirmar a soberania da constituição é falsear a titularidade democrática da soberania, substituindo a soberania do povo pela soberania do direito. O princípio da soberania popular significa que a constituição é fruto da soberania popular, e não o contrário.” (BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 20)

³⁷² STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 47.

democracia, fato que torna necessário o estudo das concepções processuais relativas à concretização dos direitos assegurados pela legislação pátria, o que Darci Guimarães Ribeiro faz utilizando-se dos pensamentos, dentre outros, de Michele Tarruffo, Piero Calamandrei, J. J. Calmon de Passos, Ovídio Baptista, ao conceber a democracia como legitimadora dos ativismos judiciais, posicionamento que (a princípio) vai de encontro aos apresentados por Lenio Luiz Streck³⁷³.

Antes do início dessa discussão que tende à concepções interessantes do termo democracia (que em determinados momentos se aproximam e em outros se distanciam), necessário esclarecer que a temática relativa ao processo não será objeto de estudo, sendo apresentado (neste tópico) apenas no intuito de conceber a forma como os autores adeptos a corrente processualista concebem a participação democrática (democracia participativa³⁷⁴). Assim, iniciando essa nova etapa do estudo proposto (como primeira contribuição dessa forma de concepção democrática) necessário lembrar Michele Taruffo que, tratando da evolução do direito do segundo pós-gerra (abandono dos regimes totalitários em prol dos regimes democráticos), manifesta-se (diferenciando validade de vigência) no sentido de conceber esse novo sistema como um avanço democrático³⁷⁵ em que a participação popular passa a ser a grande responsável pela legitimação da norma e não mais, como ocorria com os

³⁷³ “É por essas razões que não creio que o velho (e atual) CPP e o Projeto do que deverá ser o “novo” CPP tenham passado perto dessa discussão filosófica. Se fizermos uma análise do problema “de como decidir” à luz da filosofia da linguagem, ficará evidente que as teorias que apostam na vontade do intérprete (e esse é, efetivamente, “o problema” do “livre convencimento”) acabam gerando/possibilitando discricionariedades e arbitrariedades. Tais questões aplicam-se, à evidência, ao Projeto do novo Código de Processo Civil, igualmente refêm dessa concepção de mundo.” (STRECK, Lenio Luis. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 49)

³⁷⁴ “Tais funções se prestavam a determinar o papel da constituição e, de um modo mais abrangente e histórico, do fenômeno constitucional dentro dos limites territoriais do Estado moderno. Fioravanti ilustra isso afirmando que o constitucionalismo possui dois lados, onde o primeiro representaria a oposição ao modelo medieval de organização política concentrando o poder de *imperium* (de exigir tributos, de aplicar a justiça etc.) no Estado até suas fronteiras, enquanto que o segundo lado seria o de limitar o exercício do poder do Estado e de definir direitos e garantias individuais, inclusive o direito de o indivíduo participar do processo político com a progressiva construção de assembléias representativas.” [...] “Das três funções do constitucionalismo, esta possui implicações mais concentradas no plano filosófico, pois questões que envolvam poder e modo de gestão de tais interesses, bem como possíveis meios de democratização da participação nos processos decisórios, são atribuições das demais funções.” (TEIXEIRA, Anderson Vichneski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 22; p. 24, grifo do autor)

³⁷⁵ “Il passaggio dallo Stato assoluto, o – in epoca moderna – dallo Stato autoritario o totalitario, allo Stato democratico di diritto, implica la fine del potere assoluto e occulto dello Stato. Nello Stato democratico di diritto il potere non é assoluto, e soprattutto non é occulto: al contrario, vige il principio di trasparenza, o di “*maximale Diskitierbarkeit*” dell’essercizio potere, dato Che la sua legittimitá non é piu fondata sul principio di autorita, ma sulla legittimazione democratica.” (GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 40, grifo do autor).

positivismos (e totalitarismos), a simples ideia de autoridade (validade formal). Nesse contexto, aproximando-se dos pensamentos professados por Cappelletti³⁷⁶, apresenta o controle externo e difuso (popular) não só como ferramenta (extremamente) importante para a garantia democrática como, principalmente, para fundamentar/legitimar o exercício do poder, em especial, do judiciário.

Dall'altro lado, la possibilita del controllo esterno e diffuso sull'esercizio del potere giurisdizionale se configura come una manifestazione essenziale del principio di partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia. Si tratta evidentemente della partecipazione in forma di controllo sull'esercizio del potere delegato al giudice, ma si intuisce facilmente Che si tratta di uno strumento importantissimo.³⁷⁷

Nesse novo contexto, Taruffo compreende que o direito contemporâneo, deixando de ser fruto da simples autoridade (validade formal) do legislador soberano, para que possa ter vigência necessita ter legitimidade (validade material) e esta, no modelo democrático, está atrelada ao controle popular, concebido por ele como sendo um controle externo. Com esse intento, compreende o referido controle como sendo uma forma de participação popular na administração da Justiça, fato que o leva acreditar que a garantia da aplicação normativa se dá pela motivação da sentença³⁷⁸ que deve estar respaldada pela imparcialidade, evitando assim a arbitrariedade³⁷⁹ no momento da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado.

Dando sequência nessa forma de pensamento J. J. Calmon de Passos (ao tratar da inexistência de pureza no direito, eis que influenciado tanto pelo político quanto pelo

³⁷⁶ Assim, mediante tal praxe, os tribunais superiores sujeitam-se a um grau de “exposição” ao público e de controle por parte da coletividade, que também os pode tornar, de forma indireta, bem mais “responsáveis” perante a comunidade do que muitos entes e organismos administrativos (provavelmente a maioria deles), não expostos a tal fiscalização continuada do público. (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999, p. 99)

³⁷⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 42.

³⁷⁸ “Numa célebre passagem do *The Common Law*, assim se refere HOLMES à verdadeira motivação das sentenças: “As considerações que os juízes mais raramente mencionam, e não sem escusar-se quando o fazem, são a raiz secreta donde o direito extrai toda a sua seiva vital: são as considerações do que é oportuno (*expediente*) para a comunidade afetada. Todo o princípio importante, que se desenvolve através da controvérsia judicial, é o resultado, de fato e no fundo, de certas considerações de conveniência pública (*public policy*), entendidas de formas mais ou menos precisas; na prática e na tradição, é certo, resultam elas inconscientemente de nossas preferências instintivas, de nossas convicções não articuladas, mas nem por isso deixam de aludir, em última instância, a considerações de conveniência pública.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 37, grifo do autor)

³⁷⁹ “Occorre dunque che questa sia dimostrata, con l'enunciazione delle ragioni che giustificano l'applicazione della legge nel singolo caso, poichè solo mediante il controllo sulla validità di queste ragioni si può stabilire se la decisione deriva dalla legge ou dall'arbitrio del giudice.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 42)

econômico), apresentando preocupações quanto a real efetividade das garantias jurídicas asseguradas nesse novo contexto, apresenta a ideia de democracia participativa como sendo um importante mecanismo para esse desiderato, fato que o leva a conceber (nos moldes do proposto por Tarrufo) a função jurisdicional como sendo a responsável por essa nova fase (protagonismo judicial).

Com esse intento, o autor compreende que (na atualidade) o desafio é a democratização da sociedade uma vez que a do Estado (pelos mecanismos jurídicos fruto das conquistas sociais descritas neste estudo) já resta oportunizada pela constitucionalização de direitos fundamentais que, assegurando a participação popular (cidadania política – democracia formal), deve passar a oportunizar, cada vez mais, novos espaços em que o cidadão (cidadania plena – democracia participativa) possa buscar essa efetiva concretização³⁸⁰ das promessas jurídicas asseguradas constitucionalmente, momento em que, na concepção do autor, nesse novo modelo de Estado o judiciário passa a ter papel preponderante.

Acredito que estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fê-lo-á instrumento de atuação política. Não se cuida de retirar do processo sua feição de garantia constitucional, sim fazê-lo ultrapassar os limites da tutela dos direitos individuais, como hoje conceituados. Cumpre proteger-se o indivíduo e as coletividades não só do agir *contra legem* do Estado e dos particulares, mas de atribuir a ambos o poder de provocar o agir do Estado e dos particulares no sentido de efetivarem os objetivos politicamente definidos pela comunidade. Despe-se o processo de sua condição de meio para realização de direitos já formulados e transforma-se ele em instrumento de formulação e realização de direitos. Misto de atividade criadora e aplicadora do direito ao mesmo tempo.³⁸¹

³⁸⁰ “Em última análise, portanto, o problema primeiro, no que diz respeito ao ordenamento jurídico, é menos o que formalmente ele se propõe realizar, e muito mais o que ele instrumentaliza para assegurar sua efetividade. Nessa direção é que conduziremos nossa reflexão” [...] “Pede, portanto, a democracia participativa, não a exclusão do sistema representativo-parlamentar, mas sua ultrapassagem; não a eliminação da intermediação partidária, mas o reconhecimento de sua insuficiência, institucionalizando-se corpos intermediários mais representativos e mais próximos do cidadão e dele mais dependentes; não a desagregação da administração, mas sua descentralização, democratizando-se a decisão regional, local, específica, com a participação dos interessados-usuários; não a eliminação da iniciativa privada e da empresa estatal, sim a democratização da empresa, em todas as suas modalidades, colocada, ao lado da propriedade privada e da estatal, como extremos de formas de apropriação, a propriedade pública. (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 84 -93)

³⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 95

Com esse intento, o autor compreendendo a necessidade de superação do mito da neutralidade (apresentado por Taruffo como limite da discricionariedade), apresenta a necessidade de uma nova concepção processualista eis que não é mais possível, nesse contexto apresentado pelo autor, a simples obediência à forma ou ao discurso que, em virtude de sua origem, utiliza-se dos formalismos (inclusive) para negar a efetividade de direitos assegurados constitucionalmente.

Diante do exposto resta evidente, pelos pensamentos apresentados por Michelle Taruffo e, principalmente por J. J. Calmon de Passos que, ao contrário do que propunha Kelsen (busca pela teoria pura do direito), nesta nova fase concebida pelos processualistas como participação democrática efetiva (novos espaços para discussão política das evoluções sociais) o judiciário passa a ser palco não só da concretização de direitos, assegurados constitucionalmente, como (desapegando-se da rigidez imposta pelo direito positivo – validade formal fruto da autoridade legislativa – onipotência do legislador) também da criação de novos mecanismos (fato este mais evidente neste último autor) que possibilitam, pela criação judicial, implementar “valores” sociais uma vez que o jurídico coabita com o político e o econômico. Trata da quebra da tão sonhada autonomia do direito³⁸² que, nascendo em Kelsen, permanece como mote nas teorias apresentadas tanto por Ferrajoli quanto por Streck³⁸³.

O processo, como técnica de formulação de normas jurídicas e de efetivação do direito conserva, e necessariamente deveria fazê-lo, as conotações políticas e econômicas que confortam o próprio direito a que ele se vincula, instrumentalmente [...] Essa mudança de enfoque se põe como desafio aos processualistas, chamados a

³⁸² “Inexiste *pureza* no direito. O jurídico coabita com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito. Nenhum instituto jurídico, nenhuma construção jurídica escapa dessa contaminação. Nem mesmo a dogmática jurídica. Nem o processo, um instrumento aparentemente neutro, estritamente técnico, foge desse comprometimento. Ele também está carregado de significação política e tem múltiplas implicações econômicas.” [...] “Correlacionemos, agora, o processo jurisdiccional com os perfis das organizações políticas da sociedade que vêm de ser traçados [...] Originalmente, caracterizou-se como mero instrumento de poder político, nada representando para o indivíduo, para o governado, dada sua condição de súdito (desprovido de direitos públicos subjetivos). Nessa ótica, o processo é mera *praxe*, forma disciplinada e tanto quanto possível racional do agir arbitrário (no sentido de a salvo de controles institucionalizados) do governo autorcrático, absoluto, ditatorial, totalitário.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 83; p. 94, grifo do autor)

³⁸³ “Em outras palavras, sustentando o paradigma do Estado Democrático Constitucional, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar apenas nestas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendra(ra)m. No fundo, a análise econômica do direito (EAD) se insere no conjunto de discursos predadores do direito (e de sua autonomia), ao lado da política e da moral (lembramos o viés corretivo assumido pela moral no interior das teorias argumentativas, em especial em ALexy).” (STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 212)

recuperar, para o jurista, a função de cientistas políticos sob pena de fazerem um discurso sem ouvintes e exercitarem uma ciência sem objeto.³⁸⁴

Essa nova concepção do mundo jurídico (saindo da ideia avalorativa fruto do positivismo normativista de Kelsen), procura fomentar o retorno dos valores ao direito. Conforme demonstrado na discussão travada entre Ferrajoli e Streck (tratando da separação entre direito e moral), restou compreendido que (ambos, muito embora o primeiro negue) ao conceberem uma democracia constitucional compreendem a necessidade de aferição do conteúdo normativo e não mais apenas da forma como entendia o paleopositivismo (discussão já travada por jusnaturalistas e juspositivistas). Agora, com os processualistas, resta evidente a pretensão de nova inserção valorativa no direito, ou seja, a corrente em estudo propõe o retorno da política no direito (cisão iniciada, de forma mais significativa, por Kelsen) trazendo para o bojo das discussões judiciais contextos de ordem ideológica com conseqüente desapego a rigidez (fechamento) porposta pelo sistema ordenado. Seria a repriminção do movimento do direito livre que, nascido na Alemanha, ensejou o que hoje passou a ser conhecido como jurisprudência dos interesses/valores?

Antes de procurar responder esta indagação (se é que seja possível fazê-lo), resta importante conhecer os pensamentos de Ovidio A. Baptista da Silva quanto à compreensão do termo democracia imbricado com o processo civil e seus reflexos. Tratando do tema, o autor inicia (refletindo sobre os mecanismos processuais a disposição do Estado Moderno) alertando sobre o fato de ter sido construído com o intuito de resolução de problemas individualizados (sociedades menos complexas – pensamento que se aproxima dos exarados por Streck³⁸⁵) e não coletivos (sociedades contemporâneas) como os que restam suscitados na atualidade. Assim, procurando desvelar a incapacidade democrática (democracia liberal) de efetivamente ser ou representar o desiderato da “vontade geral”, questiona a legitimidade

³⁸⁴ GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 86; p. 95.

³⁸⁵ “A crise do modelo (modo de produção do Direito) se instala justamente porque a dogmática jurídica, em plena sociedade transmoderna e repleta de conflitos transindividuais, continua trabalhando com a perspectiva de um Direito cunhado para enfrentar conflitos interindividuais, bem nítidos em nossos Códigos (civil, comercial, penal, processual penal e processual civil, etc.). *Esta é a crise de modelo (ou modo de produção) de Direito, dominante nas práticas jurídicas de nossos tribunais, fóruns e doutrina [...]* Não preparada técnica e doutrinariamente para compreender os aspectos substantivos dos pleitos a ela submetidos, ela enfrenta dificuldades para interpretar os novos conceitos dos textos legais típicos da sociedade industrial, principalmente os que estabelecem direitos coletivos, protegem os direitos difusos e dispensam tratamento preferencial aos segmentos economicamente desfavorecidos. (STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 36-37, grifo do autor)

desse sistema³⁸⁶ que (servindo de escudo de interesses ocultos), diante do contexto apresentado, manteria o poder das oligarquias em detrimento dos menos afortunados³⁸⁷. Assim, entendendo difícil/impossível a resolução (por completo) dos problemas enfrentados (dentre eles o da legitimidade) pela democracia moderna (ainda de cariz liberal representativa) apresenta a necessidade da formação de verdadeiros cidadãos³⁸⁸, perpassando a realidade apenas eleitoral³⁸⁹.

[...] fica porém evidente que o pressuposto básico para o estabelecimento de uma democracia consistente e durável deve ser buscado não apenas na formação juridicamente perfeita do dispositivo estatal, mas, fundamentalmente, no estabelecimento de condições sócio-culturais que possibilitem o surgimento de verdadeiros cidadãos. No que diz respeito ao Direito, particularmente às diretrizes políticas a serem seguidas de modo a que os instrumentos jurídicos possam contribuir para o estabelecimento de um Estado democrático, tanto quanto possível, próximo do seu modelo ideal, pensamos que a reforma deva orientar-se decisivamente para o horizonte da *participação política*, cada vez mais efetiva e abrangente.³⁹⁰

Do exposto até o presente momento, analisando as dimensões democráticas apresentadas pelos três processualistas (Taruffo, Passos e Baptista) todos (cada um a seu tempo e modo) compreendem a necessidade de alteração conceitual do termo democracia que,

³⁸⁶ “A divinização do número, das modernas Constituições, não produziu ainda tais frutos que a tornem desejável também no domínio da jurisprudência. Talvez os prejuízos que possam derivar para a uniformidade da jurisprudência, de a justiça ser administrada de harmonia com a consciência pessoal do juiz, sejam mais suportáveis do que a subordinação dos nossos tribunais aos juízos de valor dominantes.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 247)

³⁸⁷ “A tendência para o que se pode chamar “socialização dos conflitos”, caracterizada pela transformação dos tradicionais conflitos interindividuais em conflitos de grupos ou de classes, como observa José Eduardo Faria, parece ser a característica marcante de nosso tempo.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 103, grifo do autor)

³⁸⁸ “A democratização substancial das sociedades inigualitárias não decorre, pois, mecanicamente, da simples ampliação do sufrágio popular. É mister, antes de mais nada, atacar as fontes do poder oligárquico, as quais se encontram na própria estrutura das relações econômicas e sociais, notadamente as restrições práticas à instrução popular e monopólio dos meios de comunicação de massa em mãos da minoria dominante.”(MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides.3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 24)

³⁸⁹ “Assim, o controle do poder (função 1 do constitucionalismo) ocorre de forma descentralizada e setorizada, afastando os perigos que a verticalização em estruturas supranacionais pode acarretar. John Dryzek é preciso ao afirmar que “controle descentralizado somente é democrático na medida que envolve em ação comunicativa de indivíduos críticos e competentes, agindo como cidadãos e não como consumidores, inimigos ou autômatos. Democracia transnacional desta sorte não significa uma democracia eleitoral, e ela não está institucionalizada formalmente em organizações”. (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 25)

³⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 108-109.

deixando de ser apenas formal (cidadania eleitoral) deva corresponder a este novo modelo por eles denominado de participativa (efetiva participação popular dos comandos políticos do Estado) o que deverá ocorrer, pelo pensamento exarado pelos autores em questão, pela via judiciária. Com esse intento, os instrumentos processuais (deixando o modelo arcaico individualista e passando para um modelo de resolução coletiva dos conflitos) legitimam (democraticamente – participação política dos verdadeiros cidadãos) o poder conferido aos juízes para que, não só, concretizem os direitos assegurados constitucionalmente, mas, também (quando necessário e diante das vicissitudes sociais apresentadas) criem normas que correspondam as novas realidades sociais fruto do direito contemporâneo.

Com esse intento, assim como Streck³⁹¹ (pelo menos em relação ao estudo³⁹² do direito), Olvídio Baptista manifesta-se quanto a deficitária academia jurídica professada nos bancos universitários que transformam os estudantes não em pensadores do direito mas em meros autômatos (operadores do direito). Centrados em um modelo de ensino frulcrado na ingestão mecânica e memorizadora da codificação do direito (decifrado, na grande maioria das vezes, por manuais simplificados para concursos públicos) os levam a conceber transformações sociais não pela mudança cultural e estrutural do convívio social, mas, sim, pela simples edição de novas leis (mito da legislação perfeita).

Diante do todo exposto, verificadas as semelhantes na forma de pensar o direito entre os autores processualistas (em especial deste último autor) e os substancialistas, tanto no que diz respeito a defazagem democrática representativa³⁹³ (de cariz liberal) quanto no precário

³⁹¹ “Assim, a partir disso pode-se dizer que no Brasil, predomina/prevalece (ainda) *o modo de produção* de Direito instituído/forjado para resolver disputas interindividuais, ou, como se pode perceber nos manuais de Direito, disputas entre Caio e Tício ou onde Caio é o agente/autor e Tício (ou Mévio), o réu/vítima [...] Ou seja, nos casos apontados, a dogmática jurídica coloca a disposição do operador um *prêt-à-port* *significativo* contendo uma resposta pronta e rápida! (STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 35, grifo do autor)

³⁹² “É, pois, compreensível que nossas universidades, por exemplo, não preparem juristas para a produção do direito, mas apenas exegetas que não sejam mais do que meros aplicadores do direito estatal. O jurista não *participa* da *formação* do direito, ainda que isto seja um paradoxo! Em verdade, não somos mais do que “vítimas caladas” de toda a sorte de positivismo jurídicos [...] Realmente não poderá haver instrumento mais autoritário e antidemocrático do que este tipo de metodologia jurídica que transforma o ensino universitário numa ingestão mecânica e memorizadora de textos legais e definições; e nem técnica mais alienante e escravizadora do que essa, a formar especialistas do direito que jamais tiveram uma aula sequer para ensinar-lhes como produzi-lo, transformados como são, em simples aplicadores e intérpretes de um sistema jurídico de cuja produção não participaram, mas ao qual, como consumidores, devem obediência.” (GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo** - Participação e Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988, p. 109-110)

³⁹³ “E quando as instituições estatais encarregadas não zelam suficientemente pelo cumprimento da sua tarefa de supervisão da construção ou chegam mesmo a violar a planta de construção, a constituição, os cidadãos devem defender-se: *resistência democrática por meio da sociedade civil*.” (MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 127, grifo do autor)

ensino jurídico, resta indagar quais seriam, então, as divergências que os separam (dentre eles Darci Guimarães Ribeiro e Lenio Luiz Streck) em especial quanto a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente. Com esse intento, no próximo tópico, restarão apresentados os principais pontos de colisão entre os pensamentos jusliberistas e jusconstitucionalistas (juspositivismo e constitucionalismo contemporâneo) o que será feito ao ser estudada a teoria que passou a ser conhecida como Ativismo Judicial.

4.2.3.1 Ativismo Judicial

Neste tópico (objetivando compreender o significado da teoria denominada de ativismo judicial), como narrado, pretende-se o embate entre as concepções jusliberistas e juspositivistas (jusconstitucionalismo e constitucionalismo contemporâneo) no que diz respeito a compreensão democrática do Estado de Direito, o que será feito procurando estabelecer os nortes que diferenciam os pensamentos professados pelos autores (Luigi Ferrajoli, Lenio Luiz Streck, Darci Guimarães Ribeiro e Anderson Teixeira) que (dentre outros) representam as referidas correntes. O procedimento em questão é de extrema importância eis que possibilitará (assim espera-se) as conclusões finais deste capítulo (próximo tópico) momento em que buscar-se-á responder ao questionamento que conduziu o presente estudo: Existe uma teoria da decisão judicial que se coadune com o Estado de Direito fruto de uma democracia constitucional constituída por direitos fundamentais?

Antes do início da discussão em comento, necessário lembrar que os dois primeiros autores citados (Luigi Ferrajoli e Lenio Luiz Streck), concebem o ativismo judicial como a represtinação do período das jurisprudências (em especial a dos valores) gestadas na Alemanha (já estudadas no final do segundo capítulo). Essa compreensão é pautada na concepção de que o termo ativismo está atrelado ao conceito de arbitrariedade, eis que fruto de um poder ilegítimo, uma vez que o poder legiferante (no modelo de democracia constitucional por eles professada) resta estabelecido pela Carta Constitucional como limite aos poderes constituídos.

Contudo, apresentando pensamento diverso (quanto ao termo democracia) os autores que professam o ativismo judicial (em especial os processualistas) o compreendem como

sendo fruto da legitimidade democrática concebida em uma democracia que, perpassando o modelo representativo de *cariz* liberal³⁹⁴, deve ser participativa, procedimento pelo qual o judiciário estaria legitimado ao exercício ativo da concretização dos direitos fundamentais. Esse procedimento, muito embora considerado discricionário (porém não arbitrário³⁹⁵) estaria legitimado pela soberania popular, corrente que (acompanhando os pensamentos exarados pelos autores narrados no tópico anterior) resta filiado Darci Guimarães Ribeiro. Porém Anderson Teixeira, por sua vez (aproximando-se mais da concepção de democracia constitucional apresentada pelos substancialistas), apresenta o ativismo nocivo como sendo discricionário/arbitrário, eis que seria fruto de atos que extrapolam os limites constitucionais relativos aos poderes constituídos (em especial por tratar de racionalidade política), e o ativismo positivo como sendo a concretização de direitos fundamentais (não discricionário e, muito menos, arbitrário), eis que (obedecendo os limites constitucionais) propiciam a efetiva entrega da Tutela Jurisdicional do Estado³⁹⁶.

Todas as correntes em questão (nos moldes do professado pelos autores escolhidos para o estudo proposto) apresentam como linha eixo (conforme resta demonstrado), o visível descontentamento com a falta de efetividade dos direitos fundamentais³⁹⁷ que, diante do que

³⁹⁴ “Não ficamos sabendo quem é o povo, se apenas fizermos comparecê-lo às urnas a cada quatro ou cinco anos. Mas justamente isso afirmam os manuais e os discursos domingueiros conciliadores da burguesia: a sua forma de democracia significaria na sociedade e no Estado o governo “do povo”; todos os poderes do Estado executariam a vontade “do povo”; na função normatizante, por meio dos seus representantes eleitos, na função implementadora, por meio do Poder Executivo, e na função decisória de conflitos, por meio do Judiciário.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 124, grifo do autor)

³⁹⁵ “Discricionariedade não quer dizer necessariamente arbitrariedade, e o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo o sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos *limites à liberdade judicial*, tanto *processuais* quanto *substanciais*.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999, p. 24-25, grifo do autor)

³⁹⁶ “Esta transposição do equilíbrio constitucional do legislativo para o judiciário, esta nova relação entre o poder e o direito indicam certamente uma ruptura com a nossa tradição política mais recente, uma ruptura que não é ainda plenamente clara para a nossa cultura política. Isto era necessário para o advento da democracia. No passado, a garantia contra o poder arbitrário se achava sobretudo nos corpos representativos que controlavam o Governo. Hoje, ao contrário, os corpos representativos exercem uma função de controle bastante mais reduzida, porque é através dos deputados que o povo escolhe o Governo: as assembleias são assim parte integrante do próprio Governo. Para se encontrar uma nova garantia contra o poder arbitrário, para tutelar os direitos dos cidadãos, é mister, portanto, recorrer à função judiciária, a única capaz de tornar efetiva a supremacia da lei sobre o Governo.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998, p. 266)

³⁹⁷ “Nocivo ou não, o ativismo judicial representa a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população, bem como em buscar a realização dos objetivos que lhe foram postos: trata-se de uma patologia constitucional. Uma conduta que deveria ser a exceção à regra converte-se em forma ordinária de composição dos mais diversos conflitos sociais, transformando o Judiciário em “esfera pública” de decisão tanto das questões mais fundamentais para o Estado e para a sociedade quanto de situações banais do cotidiano.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. **Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política**. **Revista direito GV**, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt>)

denominam de pós-positivismo, restaram delineados na carta constitucional servindo, portanto, de limites aos poderes constituídos. Nesse sentido, a grande celeuma reside na forma de conceber a concretização desses direitos (constituição como carta política ou como força normativa³⁹⁸), sendo que como respostas encontrar-se-ão (conforme a corrente “escolhida”) os mais variados posicionamentos no que diz respeito a postura/limites dos juízes.

Luigi Ferrajoli (autodenominando-se jusconstitucionalista), muito embora apresente relevantes contribuições com o que chama de democracia substancial (soma de liberdades negativas e positivas) ainda concebe a carta constitucional como sendo uma promessa, eis que não entende como possível a concretização constitucional (como ficam os direitos fundamentais?) se os dispositivos/garantias dependam de regulamentação infraconstitucional³⁹⁹. Já Lenio Luiz Streck⁴⁰⁰ (propugnando o constitucionalismo contemporâneo), apresenta a ideia de força normativa da constituição, o que faz ao manifestar-se no sentido de que o controle das decisões judiciais seria uma questão democrática sem, contudo, impedir o direito a interpretação que garanta respostas corretas (adequadas à constituição). Nesse sentido, compreende ser função jurisdicional a

³⁹⁸ “Ainda que não de forma absoluta, a Constituição jurídica tem significado próprio. Sua pretensão de eficácia apresenta-se como elemento autônomo no campo das forças do qual resulta a realidade do Estado. A constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Essa constatação leva a uma outra indagação, concernente às *possibilidades* e aos *limites* de sua realização no contexto amplo de interdependência no qual esta pretensão de eficácia encontra-se inserida.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15-16, grifo do autor)

³⁹⁹ “Certamente os juízes devem interpretar as leis a luz da Constituição, ampliando ou restringindo o seu alcance normativo de acordo com os princípios constitucionais: derivando normas e direitos implícitos do sistema de direito estabelecido, excluindo interpretações que não se mostrarem plenamente compatíveis com a Constituição e, obviamente, aplicando diretamente as normas constitucionais em todos os casos nos quais não se exigem leis de regulamentação [...]” (FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 34).

⁴⁰⁰ “Mais do que isso, a imbricação que realizo entre Gadamer e Dworkin permite demonstrar não só a possibilidade de respostas corretas – na fórmula que eu proponho como “adequadas à Constituição” – como também a sua necessidade democrática, caracterizando verdadeiro direito fundamental do cidadão. Desse modo penso que é possível ir além da tese semântica de Kelsen e da discricionariedade da moldura da norma ou da admissão de que alguns espaços de poder judiciário são inexoravelmente discricionários, como afirma Ferrajoli. Discricionariedade e democracia são coisas incompatíveis [...] Na verdade, a “dimensão substancial” da democracia constitucional, endossada por Ferrajoli, é justamente o reflexo – ao contrário do que sustenta – do ingresso da moral no direito. Afinal, a positivação dos direitos fundamentais institucionaliza a moral no direito. Entretanto, a positivação desses direitos, somada à cláusula da igualdade (e da integridade de princípios que a sustenta), faz com que interpretações coerentes revelem direitos (aparentemente) não positivados. É dessa complexidade que não dá conta a tese positivista de Ferrajoli [...] A democracia se constrói a partir do direito. Este – o direito – não está a reboque da política, da moral ou da economia. Uma teoria do direito preocupada com a democracia substancial deve conter/prever mecanismos para a preservação de um elevado grau de autonomia do direito, construindo “blindagens” contra os predadores exógenos (moral, economia e política) e endógenos (panprincipiologismo, ponderação e as teses que apostam na abertura interpretativa dos princípios e cláusulas gerais)”. FERRAJOLI, Luigi. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 88; p. 93-94, grifo do autor)

concretização dos direitos assegurados pela Constituição Federal, mantendo-se, contudo, a necessidade de autonomia do direito, em especial o que diz respeito a política.

Muito embora as correntes (em questão) apresentem divergências quanto a extensão da concretização constitucional pelo poder judiciário, ambas trabalham com a ideia de democracia constitucional (representativa e substancial constituída por direitos fundamentais) como limites a esse poder⁴⁰¹ (o primeiro apostando na discricionariedade limitada e o segundo na antidiscricionariedade) tendo como mote o ordenamento jurídico kelseniano que apresenta a Constituição Federal como sendo a norma fundamental⁴⁰², contudo agora (além do critério de validade formal) deve ser considerado (também) o conteúdo normativo (validade material).

Apresentando corrente (aparentemente) diversa (e ao mesmo tempo próxima) à descrita no parágrafo anterior, Darci Guimarães Ribeiro (trabalhando com o ativismo) entende legítima a criação judicial quando da concretização dos direitos humanos/fundamentais⁴⁰³, o que faz ao demonstrar preocupações quanto às amarras legislativas, impostas pelos os autores substancialistas, ao poder judiciário.

Discordando deles quanto aos termos discricionariedade e arbitrariedade (na mesma linha professada por Mauro Cappelletti⁴⁰⁴) compreende que o judiciário – ao criar – não esbarraria nessas limitações terminológicas, em especial pelo fato de o contraditório⁴⁰⁵ (no

⁴⁰¹ “Em termos gerais, o constitucionalismo costuma ser definido como “um movimento do pensamento voltado, desde as suas origens, a perseguir as finalidades políticas concretas, essencialmente consistentes na limitação dos poderes públicos e na afirmação de esferas de autonomia normativamente garantidas” [...] Em suma, seja lá qual for a espécie a qual estamos nos referindo, veremos o fenômeno constitucional exercendo a *limitação do poder político* e a *tutela de direitos fundamentais*.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 17, grifo do autor)

⁴⁰² “Interessante observar que a norma fundamental apresenta sempre o mesmo conteúdo, ou seja, prescreve que os indivíduos devem conduzir-se da maneira como foi ordenado pelos pais da Constituição, isto é, aqueles que estabeleceram a primeira Constituição. Assim, o Direito válido é desenvolvido a partir dos critérios da Constituição.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 54)

⁴⁰³ “Ora, o bem comum hoje tem um nome: são os direitos humanos cujo fundamento é, justamente, a igualdade absoluta de todos os homens, em sua comum condição de pessoa.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 28)

⁴⁰⁴ “Julgo dever colocar em destaque, desde logo, um tema que será retomado na primeira parte deste estudo: o fato de que o aguçamento da sensibilidade ao problema da responsabilidade judicial seja observado à luz e até como consequência de outro fenômeno muito importante que caracteriza os ordenamentos modernos, ou seja, o inevitável aumento da criatividade da função judiciária.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1989, p. 13)

⁴⁰⁵ “A partir do século XX, o princípio do contraditório voltou a ser revalorizado, especialmente por meio de Carnelutti, Satta e Fazzalari, na medida em que ficou evidenciado, ainda mais, o caráter dialético, dialógico do processo, numa relação simbiótica entre partes e juiz. Desde essa perspectiva, pois, é oportuno destacar a acertada advertência realizada por Carlos Aberto Alvaro de Oliveira, segundo a qual o contraditório é “um

processo) servir de limite à arbitrariedade judicial. Assim, ao defender o ativismo (juízes responsáveis), o faz apresentando concepção mais elástica do que a dos referidos autores no que tange ao termo democracia (participativa), momento em que compreende o povo (e não a lei e seu império⁴⁰⁶) como sendo o titular da soberania⁴⁰⁷ política, ancorando-se (para tanto) nos pensamentos exarados por autores como Friederich Muller⁴⁰⁸.

O vértice da democracia ainda é o povo, contudo dilatado em sua acepção originária. Este ideário de povo deve, necessariamente, ser compreendido em qualquer indivíduo que seja sujeito de interesses juridicamente tutelados, protegido pela possibilidade de apreciação de seus conflitos e, preponderantemente, como novo partícipe na realização concreta da seara política. A partir daí, observaremos que não se pode mais mirar a democracia unicamente sob a perspectiva procedimental, como pretendia Bobbio, posto que ela vai além do mero voto das urnas a cada período eleitoral determinado e tampouco importa na simples manutenção das regras do jogo⁴⁰⁹, já que é dinâmica e se recria diariamente pela *praxis*⁴¹⁰

poderoso fator de contenção do arbítrio do juiz”. (RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. In.: STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2010, n. 6, p. 58-59)

⁴⁰⁶ “Todavia, a maior contribuição para a Teoria Constitucional do século XX feito pelo próprio Estado social de direito parece ser a redefinição da função da constituição dentro de um Estado de direito: de documento mais político do que propriamente jurídico, passa a ser então, em especial com as constituições do pós-Segunda Guerra Mundial, documento jurídico dotado de normatividade como qualquer outra lei, mas com a prerrogativa de ser a lei maior de um sistema jurídico. Com isso, supera-se a supremacia da lei e chegamos à *soberania da constituição*.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 16, grifo do autor)

⁴⁰⁷ “Alegar a soberania popular para passar por cima da tese do poder constituinte é solapar tudo que se tem estudado e escrito sobre democracia, constitucionalismo e contramajoritarismo. É como usar a democracia para sufocar a democracia. Ora, qualquer um saber que a soberania popular escrita na Constituição está limitada pela própria Constituição; se a soberania fosse ilimitada, não se precisaria sequer de Constituição.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 259)

⁴⁰⁸ “Na teoria política e constitucional, *povo* não é um conceito descritivo, mas claramente operacional. Não se trata de designar, com esse termo, uma realidade definida e inconfundível da vida social, para efeito de classificação sociológica, por exemplo, mas sim de encontrar um sujeito para a atribuição de certas prerrogativas e responsabilidades coletivas, no universo jurídico-político” [...] “A ironia da história é patente. Para afastar a ambiguidade do termo *povo*, os revolucionários franceses acabaram entronizando, em lugar do rei, um dos mais notáveis ícones político dos tempos modernos: a nação, a cuja sombra têm-se abrigado comodamente, desde então, os mais variados regimes antidemocráticos.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 07; p. 19)

⁴⁰⁹ “Tudo isso me permite observar que, nos países de grande desigualdade social – dos quais o Brasil é, por assim dizer, o modelo perverso – o aperfeiçoamento democrático não passa necessariamente, tal como sucede em países igualitários (*rectius*, de forte classe média), pela atribuição de maiores poderes decisórios ao povo, através da ampliação do uso obrigatório de referendos e consultas populares. É que justamente, esses poderes acrescidos não serão de fato exercidos pelo povo, enquanto corpo coletivo unitário, mas sim pelos detentores do verdadeiro *kyron* ou poder supremo efetivo, no seio do povo. Em suma, pelos oligarcas de sempre. São eles – e unicamente eles – que constituem na realidade o *Aktivvolk*, segundo a terminologia adotada pelo Professor Muller.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, 24, grifo do autor)

Pelo exposto resta evidente a divergência de pensamentos quanto a autonomia do direito, levando-se em consideração os professados por Luigi Ferrajoli e Lenio Luiz Streck em detrimento dos apresentados por Darci Guimarães Ribeiro. Assim, compartilhando dos pensamentos já apresentados por Michelle Tarufo, J.J Calmom de Passos, Ovídio Baptista e Mauro Cappelletti⁴¹¹, Darci Guimarães Ribeiro compreende a necessidade de restar superada a ideia de democracia representativa de cunho liberal, momento em que passa a concebê-la como efetiva participação popular, apresentando como novo palco (além das urnas) o poder judiciário, local em que (ao povo) seria realmente possibilitado o exercício de sua cidadania (busca pela concretização de garantias e direitos fundamentais). Para o autor (ao contrário do entendimento exarado pelos jusconstitucionalistas), não é possível dissociar direito de política, indo ao encontro do dispoto na introdução da obra de Friederich Muller.

As constituições falam com frequência do povo e gostam de falar dele. A razão está no fato de que precisam legitimar-se. A inovação do povo deve fornecer a legitimação. Se o presente estudo analisa sobriamente os modos de utilização da palavra *povo* no contexto constitucional, ele toca o cerne sensível do fato político [des Politischen], a grande narrativa do Estado moderno, a sua teodicéia.⁴¹²

Nesse contexto, o Ativismo Judicial resta apresentado como sendo um novo espaço democrático, procedimento que legitima⁴¹³ o poder judiciário a (além de concretizar os

⁴¹⁰ RIBEIRO, Darci Guimarães, SCALABRIN, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia:** para uma nova definição da democracia participativa. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/attachments/article/110/Microsoft%20Word%20-%20O%20papel%20do%20processo..._Formatação%20-%20RBDPro_.pdf>, p. 7.

⁴¹¹ “Não há dúvida de que é essencialmente democrático o sistema de governo no qual o povo tem o “sentimento de participação”. Mas tal sentimento pode ser facilmente desviado por legisladores e aparelhos burocráticos longínquos e inacessíveis, enquanto, pelo contraditório, constitui característica *quoad substantiam* da jurisdição, como se viu no § 11, desenvolver-se em direta conexão com as partes interessadas, que têm o exclusivo poder de iniciar o processo jurisdicional e determinar o seu conteúdo, o processo jurisdicional é até o mais participatório de todos os procesos da atividade pública.” (CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999, p. 100)

⁴¹² Neste sentido, ver a obra de MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides.3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 33.

⁴¹³ “Nesta perspectiva, o judiciário está em franca vantagem para a implementação da democracia participativa, porquanto é o mais legitimado das três funções do Estado para realizar as promessas da modernidade. Como se o povo ativo escolhe seus governantes: legislativo e executivo? Onde estaria a legitimidade democrática do Judiciário, que não é eleito nem escolhido por esse ator decisivo que é o povo? Sua legitimação decorre não do sufrágio universal como nas outras esferas de poder, mas de uma legitimação procedimental que se encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da legitimidade democrática, pois é através do processo, como garantia constitucional do Estado Democrático de Direito, que o direito é realmente criado e não na lei. Sem falar do grau de credibilidade social que usufrui o Judiciário quando comparado ao Executivo e ao Legislativo, pois é o mais ético deles.” (RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia:** para uma nova

dispositivos constitucionais) criar novos direitos⁴¹⁴ o que deve ser feito com fulcro no interesse coletivo. Essa faculdade lhe é garantida pela própria constituição ao trazer em seu bojo o direito ao livre acesso ao judiciário, o que faz considerando-o como sendo um exercício democrático fruto da participação popular⁴¹⁵. Nesse sentido, resta importante enaltecer o fato de que, ao tratar da temática, Darci Guimarães Ribeiro reporta-se o termo lei e não constituição eis que, conforme restará demonstrado no decorrer deste estudo, o autor (ao legitimar⁴¹⁶ democraticamente o judiciário como instância criativa⁴¹⁷) fundamenta o referido poder na própria constituição Federal⁴¹⁸.

definição da democracia participativa. Disponível em: <
http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/attachments/article/110/Microsoft%20Word%20-%20O%20papel%20do%20processo..._Formatação%20-%20RBDPro_.pdf>, p 15)

⁴¹⁴ Se o conceito de direito pudesse reduzir-se ao de regras em sentido estrito que, como veremos, são as que atribuem uma consequência precisa e detalhada a um suposto fático igualmente previsto com todo o detalhe e precisão, é indiscutível que a criação do direito estaria inexoravelmente afastada da função judicial. E desde o momento, pois que a realização do direito – não no papel, mas na prática – se reconhece que não depende exclusivamente das *rules* ou regras escritas, resulta evidente que o legislador não pode monopolizar aquela criação, sendo óbvio, por exemplo, que a interpretação de um princípio de raciocínio jurídico poderá dar lugar à formação de uma regra estrita, fundada na autoridade do tribunal que a formulou. Os juízes – di-lo acertadamente K. N. LLEWEL – LYN – não são meros funcionários encarregados de aplicar a lei, mas homens cuja missão primordial é a de submetê-la, a lei, ao crivo do método jurídico. (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 82-83)

⁴¹⁵ “No Poder Executivo e no Poder Judiciário a “dominação” do povo ativo pode ser vista operando de forma mediata, na medida em que prescrições capazes de justificação democrática estão implementadas em decisões de maneira correta em termos de Estado de Direito, no sentido de capazes de universalização e de recapitulação [uberzeugend nachvollziehbar].” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides.3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 56)

⁴¹⁶ “Lembro, mais uma vez, as regras fundamentais de antiga sapiência, que imprimem ao processo judiciário a sua natureza única: a regra, segundo a qual, a função jurisdicional não pode ser exercida senão a pedido da parte, e aquela, segundo a qual, o juiz não pode ficar sujeito a pressões parcializadas e deve garantir o contraditório das partes. Pois bem, entendo que justamente no respeito a essas regras fundamentais está a melhor garantia da legitimidade democrática da função judiciária.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999, p. 101-102)

⁴¹⁷ “Parece plausível ver nesse caso o papel do povo de outra maneira, como *instância global da atribuição* de legitimidade democrática. É nesse sentido que são proferidas e prolatadas decisões judiciais “em nome do povo.” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides.3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 60)

⁴¹⁸ Constituição Federal: Artigo 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] § Único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Destarte a democracia participativa avulta para destacar o papel não só de maior inserção do indivíduo nas escolhas administrativas e legislativas, mas também e principalmente a partir do âmbito judicial, pois o acesso ao poder judiciário é irrestrito, bastando lesão ou simples ameaça de direito para que este abra suas portas ao cidadão, ao povo – assumindo este a conotação ampla anteriormente exposta. Esta abertura, por concretização das promessas ainda não realizadas e que dificilmente o serão através do Executivo e do Legislativo. Nesta perspectiva o processo passa a ser um valioso instrumento público posto a serviço do povo para viabilizar a essência da democracia que está configurada nos direitos e garantias fundamentais.⁴¹⁹

Contudo, muito embora essa suposta abertura das funções jurisdicionais que, a princípio, propiciaria a efetiva concretização dos direitos humanos por este poder constituído, ao tratar da temática, o autor reporta-se a concretização de promessas incumpridas seja pelo legislativo seja pelo executivo, tendo como mote a efetivação de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido, diante do exposto, resta premente indagar qual seria a concepção de direitos fundamentais uma vez que, para a majoritária doutrina, tratar-se-iam dos direitos humanos (Declaração Universal de Direitos Humanos – ONU – 1948⁴²⁰) positivados na Magna Carta.

Assim, seria correto dizer que o autor (Darci Guimarães Ribeiro), concebendo o ativismo judicial como um mecanismo que legitima o judiciário (quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado) a criar direitos, estaria ele limitando o referido poder pelo que passou a ser compreendido como sendo direitos fundamentais? Estes, na concepção do autor, estão constitucionalizados ou seriam, nos moldes do que propunham os jusnaturalistas, algo metafísico ou, ainda, fruto das comoções/interesses sociais?

Conforme descrito quando do projeto apresentado para o estudo em desenvolvimento, o objetivo do trabalho em questão é questionar a existência, ou não, de uma teoria da decisão

⁴¹⁹ RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa.** Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/attachments/article/110/Microsoft%20Word%20-%20O%20papel%20do%20processo..._Formatação%20-%20RBDPro_.pdf>, p. 12.

⁴²⁰ “No entanto, o constitucionalismo transnacional estará diretamente vinculado à terceira geração dos direitos humanos, esta que tem como característica principal a defesa de direitos transindividuais, chamados também de direitos de solidariedade e fraternidade, ou ainda direitos dos povos. As duas grandes referências legislativas que podemos encontrar vinculadas à presente geração são: a Declaração Universal de Direitos Humanos, proclamada em 1948 pela Organização das Nações Unidas, e a Declaração Universal de Direitos dos Povos, de 1976, também proclamada pela ONU.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 20)

que se coadune com o Estado de Direito fruto de uma Democracia Constitucional constituída por direitos fundamentais.

Nesse contexto, necessário se faz compreender qual o sentido dos termos apresentados pelos defensores do ativismo ao reportarem-se à direitos fundamentais⁴²¹ uma vez que, caso os compreendam como constitucionalizados (o que, salvo melhor juízo, parece ser a postura adotado por Darci Guimarães Ribeiro, conforme se infere de texto em que trata da concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC⁴²²), estariam muito próximos dos substancialistas eis que restam preocupados não só com a forma, mas, em especial, com o conteúdo do direito positivado.

⁴²¹ “As proclamações (nacionais ou supranacionais) dos direitos fundamentais cessam de ser meras declarações filosóficas no momento em que sua atuação é confiada, em concreto, aos tribunais, ou a alguns tribunais, que se trate de tribunais constitucionais nacionais, ou de organismos judiciários ou quase-judiciários transnacionais, como a Comissão e a Corte dos Direitos do Homem, instituídas pelo Conselho da Europa, com sede em Estrasburgo [...] a tarefa dos tribunais de dar atuação aos modernos “*Bill of Rights*” grandemente contribui para “expandir o âmbito do direito judiciário” e aumentar a criatividade dos juízes [...] Vimos como a atividade de interpretação e realização dos direitos sociais implica, necessariamente, alto grau de criatividade. Obviamente, isto não é menos verdade quando tais direitos sociais, ao invés de ficarem no nível da legislação ordinária, sejam elevados à condição de direitos constitucionais, mediante a inserção nos catálogos dos direitos fundamentais; pelo contrário, em virtude das razões em seguida analisadas (*sub b*), o grau de criatividade necessário pode ser de veras mais elevado no âmbito da justiça constitucional do que, usualmente, no da ordinária.” (CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999, p. 66-67, grifo do autor)

⁴²² “Estas soluções propostas não irão alterar nem o direito fundamental do autor em ver assegurado o seu direito dentro de um prazo razoável, como quer o inc. LXXVIII do art. 5º da CF, já que ele, autor, obteve a antecipação dos efeitos da tutela sobre o bem da vida pretendido, nem o direito fundamental de defesa do réu, como exige o inc. LV do art. 5º da CF, que não obstante ter perdido o bem da vida para o autor poderá durante a instrução probatória desconstituir a presunção relativa que milita em favor do autor.” (RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. In.: STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2010, n. 6, p. 69)

A alardada soberania popular dos representantes, que a muito está em crise, abre espaço para novos mecanismos legislativos, como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular. Todos previstos constitucionalmente, mas de rarefeita eficácia, basta analisar nestes vinte anos de constituição quantas vezes nos valemos deles? De igual modo, Paulo Bonavides que por inúmeras vezes já defendeu a participação do povo, define que a democracia participativa possibilita o direito à resistência e à luta. Aqui, o legitimador do sistema, o norte da estrutura, deixa de ser a lei⁴²³. Não se olha mais para o Estado, mas sim para quem o irá compor em última instância, ou seja, o próprio cidadão. Com base nisto, afirma o autor: “consiste a essência e o espírito da nova legitimidade: o abraço com a Constituição aberta, onde, sem cidadania não se governa e sem povo não se alcança a soberania legítima”. Deverá se observar que a lei se constitui em mera baliza de interpretação donde se deve operar a concretização dos direitos que, hoje, são restringidos ao plano abstrato normativo. Não há interpretação sem escolha política, contudo, esta deve ser uma política de concretização dos valores inseridos na Constituição⁴²⁴

Conforme se infere do exposto, salvo melhor juízo (correndo-se o risco de ao interpretar os pensamentos dos autores, por vezes, desvirtuá-los), quer parecer que a resposta às indagações feitas sobre o limite dos poderes constituídos (que conforme manifestado, para Darci Guimarães Ribeiro, seriam os direitos fundamentais), restam estabelecidos constitucionalmente uma vez que o mote do ativismo, por ele proposto, tem como desiderato a concretização dos valores inseridos na constituição, posicionamento que vem ao encontro do termo utilizado pelo autor ao reportar-se às promessas incumpridas. Nesses sentido, Darci Guimarães Ribeiro apresenta os mecanismos processuais existentes (e não a democracia representativa) como limites à criação do poder judiciário, o que faz ao reconhecer (além do contraditório) as razões/consequências jurídicas⁴²⁵ pretendidas pela parte como um importante

⁴²³ “Enquanto as presunções legais servem para dar segurança a certas situações de ordem social, política, familiar e patrimonial, as presunções feitas pelo homem-juiz cumprem uma função exclusivamente processual, porque estão diretamente ligadas ao princípio da persuasão racional da prova, contido no art. 131 do CPC.” (RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da garantia constitucional do contraditório e as presunções contidas no § 6º do art. 273 do CPC. In.: STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2010, n. 6, p. 63)

⁴²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. SCALABRIN, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa.** Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/attachments/article/110/Microsoft%20Word%20-%20O%20papel%20do%20processo..._Formatação%20-%20RBDPro_.pdf>, p. 13

⁴²⁵ “Seguindo a distinção anterior entre individualizar e motivar uma pretensão processual, podemos acrescentar que as razões jurídicas servem para individualizá-la, enquanto a qualificação jurídica serve para motivá-la, salvo naquelas hipóteses excepcionais em que a qualificação jurídica integra o *petitum* como objeto principal do processo, e não como *causa petendi*. Ademais, podemos destacar que as razões jurídicas, isto é, as consequências jurídicas pretendidas pela parte no processo, impõem limites à atividade do juiz, porquanto identificam o objeto do processo, enquanto a qualificação jurídica, uma vez que implica necessariamente a aplicação de uma norma jurídica, não vincula o juiz, que é livre para aplicar a norma mais pertinente ao caso em concreto em virtude da máxima *iura novit curia*. A alteração da qualificação jurídica não muda as razões jurídicas, porém a alterações das razões jurídicas muda a qualificação jurídica.” (RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos

limitador do referido poder. Os pensamentos do autor em questão, guardadas as devidas proporções (em especial no que diz respeito a concepção política da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado), ao mesmo tempo em que se aproximam se distanciam dos professados por Anderson Teixeira que, como já visto, ao tratar do ativismo (em seu artigo: ativismo judicial, nos limites entre a racionalidade jurídica e decisão política) o divide em nocivo e positivo.

Assim, objetivando conhecer os pensamentos professados pelo referido autor (em especial as divergências em relação ao concepção apresentada por Darci Guimarães Ribeiro), necessário entender os nortes que o direcionam. De início, conforme demonstra o título do referido artigo, Anderson Teixeira apresenta preocupações quanto a racionalidade jurídica e política⁴²⁶, temática que diz respeito a existência, ou não, da autonomia do direito (ponto em que se aproxima dos pensamentos apresentados por Lenio Luiz Streck e Luigi Ferrajoli e se distancia dos pensamentos de Darci Guimarães Ribeiro). Assim, conforme restará demonstrado, os quatro autores mencionados neste tópico (ao tratarem de concretização e/ou criação do direito⁴²⁷), utilizando-se de terminologias como discricionariedade, arbitrariedade e ativismo⁴²⁸ (cada um a seu tempo e modo) apresentam signos diversos quando, em

limites objetivos da coisa julgada. In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 90-91)

⁴²⁶ “Se, por um lado, a crescente judicialização das relações sociais é resultado do aumento de questões políticas que passaram a ser discutidas também em juízo, vemos, por outro lado, a pressão dos diversos processos de globalização culminar na complexização das relações sociais e na necessidade de se recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos que outrora eram resolvidos nas demais esferas da sociedade. Diante disso, o ativismo judicial nasce em um cenário de alta complexização social e consequente fragmentação das tradicionais estruturas “a-jurídicas” (como morais e religiosas, por exemplo) de resolução das controvérsias, de modo que podemos distinguir dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo judicial: reificação e judicialização; esta em uma perspectiva político-institucional, aquela em uma perspectiva sociológica.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista direito GV**, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt>)

⁴²⁷ “O juiz, tendo em consideração o conteúdo histórico da lei, os seus conhecimentos de vida, etc., mas utilizando por vezes também as suas próprias ideias de valor, forma um comando que anteriormente não existia como realidade empírica. Não há dúvida, portanto, que existe um ato de criação, embora mais ou menos historicamente condicionado [...] desde que a sentença é influenciada pela valoração pessoal, não pode falar-se de simples conhecimento histórico. Por mais que alarguemos este conceito de conhecimento histórico nunca nele podem entrar os ideais do próprio investigador e sua realização. Por estas razões, consideramos admissível falar na faculdade do juiz criar normas jurídicas. Essa terminologia é também “convicente” porque acentua ainda mais nitidamente a posição do juiz como auxiliar do legislador – dependente sim, mas não simples executor – e porque salienta o contraste com a velha teoria da subsunção.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 257-258, grifo do autor)

⁴²⁸ “Uma das expressões mais correntes atualmente nas diversas áreas do saber jurídico, mesmo sem contar com definição precisa e origem exata, é o chamado “ativismo judicial”. O sentido pejorativo é empregado em determinados momentos, enquanto, em outros, um juiz “ativista” termina representando a personificação daquele juiz Hércules do qual fala Dworkin. Embora a atenção da doutrina brasileira à expressão em tela possa ser

determinados momentos (nem sempre), objetivam significantes e significados semelhantes. Assim, muito embora apresentem divergências no que tange aos limites impostos ao judiciário, quando da concretização de direitos, são uníssonos quanto a preocupação no que diz respeito a efetividade das garantias e direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Nesse contexto de preocupação com a concretização de direitos e garantias constitucionais, conforme descrito por Teixeira⁴²⁹, o judiciário passou a desenvolver um papel muito mais significativo no Estado Democrático de Direito eis que, objetivando suprir a inércia dos demais poderes, tornou-se o espaço no qual tais discussões passaram a ser travadas acarretando, contudo, uma “confusão conceitual e funcional entre Direito e Política”. Essa confusão, para o autor, constitui um grave risco ao princípio constitucional que garante a separação dos poderes o que resta evidenciado (não só pela tardia descoberta das garantias constitucionais que fomentam a possível implementação de direitos fundamentais que – constitucionalmente – restam assegurados como promessas da modernidade) pelo flagrante descompasso existente entre os mecanismos utilizados (busca individualizada dos direitos assegurados constitucionalmente) em uma sociedade muito mais complexa (problemas sociais coletivos) do que a existente quando da estruturação do modelo institucional vigente.

Assim, a grande celeuma deste novo contexto (direito contemporâneo), como narrado no decorrer do presente trabalho, está condicionada ao momento da aplicação prática das promessas positivadas no ordenamento jurídico, momento em que surgem divergências

considerada recente - os primeiros textos são posteriores à Constituição de 1988 -, os Estados Unidos incorporaram ao seu léxico político-jurídico o *judicial activism* desde o início do século XX.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt>)

⁴²⁹ “Quando observamos *prima facie* a temática atinente ao ativismo judicial, uma das primeiras questões que costuma saltar aos olhos é uma possível ofensa ao princípio da separação dos poderes [...] Entretanto, o problema vai muito além de uma ofensa ao princípio constitucional da separação de Poderes: estamos diante de uma confusão conceitual e funcional entre Direito e Política. O ativismo judicial é apenas um dos sintomas mais flagrantes de que as sociedades de massa da era pós-moderna não se satisfazem mais com as prestações de serviços públicos e tutela de direitos individuais ainda nos moldes do Estado moderno [...] Mais do que uma discussão acerca da separação dos poderes, o ativismo judicial nos propõe uma discussão acerca do que atualmente representam os limites entre Direito e Política [...] Diante desse cenário, o magistrado, em todas as instâncias jurisdicionais, é chamado a atender demandas cujo elevado e crescente grau de complexização impede que ele se mantenha adstrito ao padrão de racionalidade jurídica, bem como às técnicas hermenêuticas e decisórias, que fundamentavam a era do apogeu do positivismo jurídico ocidental, durante o século XIX e a primeira metade do XX. Com isso, elementos tradicionais foram alterados nas suas concepções mais fundamentais, outros surgiram e se consolidaram, mas o resultado circunstancial desse processo social de modificação de categorias elementares do Direito e da Política culmina em uma nova ideia de racionalidade jurídica.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt>, grifo do autor)

quanto a força normativa da constituição. Ratificando o já exposto, alguns concebem a constituição como uma carta política programática⁴³⁰ (princípios como valores sociais⁴³¹) e outros como uma força normativa (princípios como fundamento da regra), distinção que tem gerado divergências quanto a amplitude dos poderes constituídos no momento da concretização dos (positivados os direitos humanos) “famigerados” direitos fundamentais.

Neste ponto o trabalho se aproxima do fechamento dos pensamentos apresentados durante todo o estudo objetivando responder se existe, ou não, uma teoria da decisão que se coadune com o Estado de Direito fruto de uma Democracia Constitucional constituída por Direitos Fundamentais. Repisando informações delineadas inúmeras vezes neste estudo, todos os autores escolhidos para a discussão a ser travada (em especial os descritos neste último tópico) no campo da concretização dos direitos, concebem como terminologias extremamente importantes a democracia e os direitos fundamentais, divergindo quanto a forma de aplicação desses mecanismos jurídicos no que diz respeito aos limites dos poderes constituídos (em especial o do judiciário), momento em que apresentam concepções diversas no que diz respeito às outras três terminologias, sendo elas a discricionariedade, a arbitrariedade e o ativismo.

Como demonstrado nos tópicos anteriores, Luigi Ferrajoli (apresentando-se como juspositivista e compreendendo a necessidade de limites ao poder judiciário) apresenta a ideia de discricionariedade limitada. Lenio Luiz Streck (apresentando definição do constitucionalismo contemporâneo e, também, compreendendo a necessidade de limites ao poder judiciário) apresenta a ideia antidiscionária (eis que entende discricionariedade como antitética à democracia e como sinônimo de arbitrariedade), objetivando a resposta correta que, para o autor, seria a adequada à constituição. Darci Guimarães Ribeiro (apresentando-se como processualista/monista) compreendendo (ao contrário dos outros dois) a necessidade de ampliar poderes do poder judiciário, defende o ativismo judicial por entendê-lo como

⁴³⁰ “Em terceiro lugar, tenha-se presente que os “direitos sociais”- típico produto do Estado social ou de *welfare* – são caracterizados pelo fato de que não têm natureza, por assim dizer, puramente normativa; eles são “promocionais” e projetados para o futuro, exigindo para sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1989, p. 22)

⁴³¹ “O resultado da decisão judicial e, conseqüentemente, a proteção dos interesses determinantes da lei, dependem essencialmente da forma como o juiz a interpreta. O mesmo se dá em todos os casos de defesa ou proteção subordinada de interesses: da maneira como o servidor compreende a ordem, depende a sua ação. É natural por isso que a experiência da vida nos forneça ensinamentos para a determinação dos princípios que asseguram o valor social da interpretação judicial.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses.** Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 24-25)

mecanismo democrático (eis que, sendo discricionário⁴³² não é, contudo, arbitrário⁴³³). Por fim, mas não menos importante, Anderson Teixeira (apresentando-se como constitucionalista/substancialista), defendendo a necessidade de um judiciário forte/ativo, apresenta a versão positiva e nociva do Ativismo Judicial. Ao fazê-lo entende o positivo (racionalidade jurídica) como não discricionário e muito menos arbitrário e o nocivo (racionalidade política) como discricionário e arbitrário.

Sintetizados os pensamentos dos autores (correndo o risco de, ao fazê-lo, não ser fiel a pretensão por eles apresentada) espera-se terem restado claros os pontos de confluência e de divergência, sendo que (quanto a estes últimos) a principal discrepância (salvo melhor juízo) não está (como se imagina) apenas no uso dos termos descritos neste último capítulo (democracia, direitos fundamentais, discricionariedade, arbitrariedade e/ou ativismo), mas, sim na forma de conceber a norma jurídica (em especial no que diz respeito ao uso dos princípios e regras). Assim, objetivando melhor delinear esses detalhes de compreensão das normas jurídicas, necessário se faz, no próximo e último tópico do trabalho (mesmo que de forma sucinta) evidenciar as divergências existentes entre as terminologias estudadas e a forma de compreensão de cada um dos autores trabalhados nestas últimas linhas.

4.3 Considerações Finais/Teoria da Decisão

Diante do todo exposto (até o presente momento) resta evidente a proporção que a celeuma tem atingido nos últimos tempos a ponto de ser proposta uma emenda constitucional

⁴³² Refletindo as características da norma constitucional, para cuja atuação concreta ela deve velar, a justiça constitucional, através de uma interpretação acentuadamente discricionária (mas nem por isto arbitrária), se faz *jurisdição de equidade constitucional*, confiada a um “órgão soberano” composto de juizes independentes e imparciais, voltados para a *humanização daquele Absoluto*, para a *concretização daqueles supremos valores* que, encerrados e cristalizados nas fórmulas das Constituições, seriam fria e estática realidade. A justiça constitucional, expressa, em síntese, a própria vida, a realidade dinâmica, o vir a ser das “Leis Fundamentais”. (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 131, grifo do autor)

⁴³³ “Observa K. N. LLEWELLYN, um dos mais argutos pensadores jurídicos americanos, que a nova Ciência do Direito (*jurisprudence*) dá por assentado que os juizes e funcionários não são livres para resolver os casos de maneira “arbitrária”, impondo-se-lhes a observação de certas regras e diretivas; mas que, ao mesmo tempo, eles são, e não podem deixar de ser, em certa medida, livres – para que realize o justo. Em outras palavras: que a estabilidade jurídica é necessária até certo ponto, isto é, até o ponto em que não tolha a capacidade de adaptação, de individualização, para além dos limites que a formulação de normas gerais permite averiguar.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977, p. 49)

(PEC 33) objetivando estabelecer limites ao poder judiciário (STF)⁴³⁴. Contudo, a busca legislativa (positivação do direito) para a pretensão de resolução do problema evidencia a não superação da ideia positivista que permeia o pensamento jurídico contemporâneo, ou seja, a aposta é novamente no mito do dado⁴³⁵ (estrutura legislativa – relação sujeito/objeto) como um mecanismo capaz de limitar poderes quando (conforme estudo fruto do presente trabalho) o problema reside na interpretação, ou seja, trata da questão linguagem (compreensão do significado da norma jurídica – racionalidade jurídica em contraponto à racionalidade política⁴³⁶).

Nesse sentido, resta importante o disposto no artigo de autoria de Anderson Teixeira que, aproximando terminologias apresentadas pelos demais autores narrados no tópico anterior (direitos fundamentais, democracia, discricionariedade, arbitrariedade e ativismo), nos mesmos moldes de Lenio Luiz Streck, apresenta preocupação (perpassando a discussão quanto aos termos em questão), também, quanto à estruturação da norma jurídica, eis que concebe os princípios como fundamento das regras e não como valores/axiomas⁴³⁷.

⁴³⁴ “A proposta de emenda à Constituição (PEC) n. 33/11 submete algumas decisões do Supremo Tribunal Federal à análise do Congresso: “De acordo com a PEC, de autoria do deputado Nazareno Fonteles (PT-PI), o Congresso Nacional deve referendar as súmulas vinculantes, as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) e as ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) emitidas pelo STF. Caso o Congresso se posicione contra a decisão do STF, a questão irá para consulta popular. A proposta ainda precisa ser analisada por uma comissão especial e votada em dois turnos pelo Plenário.” (BRASIL 47. Presidente da CCJ defende tramitação da PEC 33. Disponível em: < <http://www.brasil247.com/pt/247/poder/101125/>>.)

⁴³⁵ “O objetivo da formação do raciocínio jurídico, através do silogismo lógico-dedutivo, está voltado à obtenção do resultado, a saber, uma decisão judicial, dentro dos estritos limites definidos pelas palavras da norma jurídica. Evidencia-se, com isso, uma maior segurança, pois todos os casos enquadráveis nos encontros daquela receberão o mesmo tratamento. Para este ângulo de visualização do processo de subsunção, o direito se apresenta como algo já dado. Neste particular, reside a inadequação da proposta positivista, porque o direito é algo que deve ser buscado incessantemente.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 155)

⁴³⁶ “O verdadeiro problema, portanto, não é o da clara oposição, na realidade existente, entre os conceitos de interpretação e criação do direito. O verdadeiro problema é outro, ou seja, o *grau de criatividade* e dos modos de *limites* e *aceitabilidade* da criação do direito por obra dos tribunais judiciário.” (CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999, p. 21, grifo do autor)

⁴³⁷ “Entretanto, cabe ainda mencionar que os princípios jurídicos não se identificam com valores, na medida em que estes não determinam o que deve ser, mas sim o que é melhor. Da mesma forma, no caso de uma colisão entre valores, a solução não determina o que é devido, apenas indica o que é melhor. Em vez de possuir o caráter deontológico dos princípios, os valores possuem somente o axiológico [...] Ressalte-se, também, que os princípios jurídicos não se confundem com axiomas. Pode-se definir axioma como uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, de forma unânime, de tal modo que não é nem possível, nem necessário prová-la. Assim, os axiomas são aplicáveis tão somente por meio da lógica, sendo deduzidos sem a intervenção de pontos de vista materiais. A característica de ser autoevidente faz com que a veracidade de um axioma seja demonstrada pela sua própria e mera afirmação. Um axioma deve ser entendido como um “bem”, ou melhor, um “ser-em-si”, mas nunca como um “dever-ser”, pois esta é a função da norma jurídica, seja ela norma-regra ou norma-princípio.” (TEIXEIRA, Anderson Vichneski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista direito GV**, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt>, grifo do autor)

Diante do exposto, objetivando superar os positivismos (em especial o exegético e o normativo), bem como os decisionismos (nascidos no período das jurisprudências Alemãs e no Realismo Jurídico norte americano), surge a necessidade de compreender para interpretar não interpretar para compreender⁴³⁸, ou seja, os princípios⁴³⁹ devem servir como fundamento da (regra) decisão judicial e não apenas como mero argumento (álibi) uma vez que, como a própria etimologia⁴⁴⁰ do termo manifesta, ele vem antes da regra e não depois (neste último caso gerando a *panprincipiologia*). Nesse contexto, compreendendo as lições sobre hermenêutica constitucional⁴⁴¹ quer parecer que o procedimento em questão, princípios não como valor, mas, como fundamento da regra, ao invés de ampliar horizontes interpretativos acaba por fechá-los⁴⁴² eis que (se não vincula) pelo menos limita – de forma significativa – a discricionariedade⁴⁴³ existente no momento da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, o que é feito pelo que passou a ser reconhecido como democracia constitucional instituída por direitos fundamentais. Nesse sentido, necessário discordar de Anderson Teixeira quando,

⁴³⁸ “Assim, salta-se do fundamentar (*fundamentum inconcussum*) para compreender, onde o compreender não é mais um agir do sujeito, e, sim, um modo-de-ser que se dá em uma intersubjetividade.” (STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 67)

⁴³⁹ Assim, qualquer um que pense, como eu, que a prestação jurisdicional substantiva no Direito é uma questão de princípio, e que essa é um importante afirmação tanto em termos normativos quanto teóricos, tem um interesse especial em saber se é possível encontrar um meio-termo entre as afirmações exageradas e niilistas sobre os direitos que as pessoas têm a processos no tribunal.” (DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges; [revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira]. 2 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 113-114)

⁴⁴⁰ Segundo o dicionário aurélio: Princípio *sm* 1. Momento ou local ou trecho em que algo tem origem. 2 Causa primária, origem [...] **Em princípio**. Antes de qualquer consideração; antes de mais nada.

⁴⁴¹ “Não se pode confundir, portanto, a adequada/necessária intervenção da jurisdição constitucional com a possibilidade de decisionismos por parte dos juízes e tribunais. Seria antidemocrático. Com efeito, defender um certo grau de dirigismo constitucional em um nível determinado de exigência de intervenção da justiça constitucional não pode significar que os tribunais devam assenhorar-se da Constituição [...] Nesse sentido é que, a pretexto de construir novos horizontes críticos, juristas de diversos matizes teóricos acabam reforçando essa discricionariedade hermenêutica, colocando na “inventividade” do sujeito cognoscente o *locus* do processo interpretativo. Isso dá azo a que se decida *em qualquer direção* (por isso, por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça aplica o princípio da insignificância para valor acima de mil dólares nos casos de crime de descaminho e, ao mesmo tempo, nega a aplicação do princípio para um furto no valor de menos de vinte dólares), uma vez que, sob a máscara de pretenderem constituir discursos críticos, as posturas assentadas em subjetivismos desprezam os próprios textos legais e constitucionais produzidos democraticamente.” (STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192, grifo do autor)

⁴⁴² “Coerência aqui significa, por certo, coerência na aplicação do princípio que se tomou por base, e não apenas na aplicação da regra específica anunciada em nome desse princípio.” [...] “Como acabei de dizer, suponho que o processo de avaliação dos princípios extraídos da história institucional seja o processo de avaliação das justificativas dessa histórica, no qual se diferencia justificativa de explicação.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 139 e p. 526)

⁴⁴³ “Se isto efetivamente é assim, na medida em que o juiz recorre à discricionariedade para resolver determinado caso e não aos princípios, estes acabam ficando fora da regra judicial costumeira, isto é, da regra de reconhecimento. Haja vista que com este comportamento, a utilização dos princípios não preenche os requisitos para gerar uma prática costumeira, e, assim, não são reconhecidos como direito. Tal postura provoca um equívoco, porque os princípios existem como direito, devendo ser considerados na construção de uma decisão judicial, conforme já acentuado.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 52)

objetivando explicitar a temática em questão, utiliza-se da teoria argumentativa de Robert Alexy (teoria esta que não será objeto de estudo diante das justificativas já apresentadas neste trabalho) para manifestar-se no sentido de existência de casos fáceis e casos difíceis⁴⁴⁴, o que faz represtinando/mantendo, na concepção de Streck, a relação sujeito/objeto⁴⁴⁵.

Desta feita, restando necessária a superação dessa forma de pensar (que tem René Descartes como um de seus grandes expoentes), premente se faz compreender a relação da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado como sendo uma relação sujeito/sujeito⁴⁴⁶, momento em que (superando o mito do dado) a interpretação passará a (compreendendo o caso em concreto) fundamentar a decisão (ativa no sentido de concretizar garantias constitucionais), o que deverá ser feito com fulcro na fenomenologia hermenêutica, propiciando (assim) um juízo autêntico nascido da desconstrução dos conceitos que forjam o senso comum teórico⁴⁴⁷ (este último, o grande responsável pelos pré-juízos, que nada mais são do que pré-conceitos/juízos inaltênticos).

⁴⁴⁴ “Suponhamos que uma determinada regra de xadrez estipule que o árbitro deve impor uma penalidade, caso um dos enxadristas irrite “de maneira não razoável” o outro durante a partida. A linguagem utilizada na formulação da regra não determina o que significa irritação “não razoável”; não decide, por exemplo, se um jogador que sorri continuamente para seu adversário, para enervá-lo, como o grande mestre russo Tal sorriu certa vez para Fischer, irrita-o de maneira “não razoável”. O árbitro não é livre para pôr em prática suas convicções de fundo para decidir este caso difícil. Ele poderia sustentar, como matéria de teoria política, que os indivíduos têm direito a um bem-estar igual, a despeito de suas aptidões intelectuais. Não obstante isso, ele estaria cometendo um erro se utilizasse essa convicção para decidir os casos difíceis que implicam a aplicação de uma penalidade. Ele não poderia dizer, por exemplo, que um comportamento irritante é razoável na medida em que tem o efeito de diminuir a importância da aptidão intelectual na decisão de quem vai ganhar a partida. Os participantes e o conjunto da comunidade interessada dirão que seu dever consiste em fazer exatamente o contrário. Uma vez que o xadrez é um jogo intelectual, ele deve aplicar a regra da penalidade de modo a proteger, e não de pôr em risco, o papel desempenhado pelo intelecto neste torneio.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 159-160, grifo do autor)

⁴⁴⁵ “Dito de outro modo, a separação entre casos fáceis e casos difíceis atende a uma exigência do esquema *sujeito-objeto*. [...] O que procuro questionar, com base no paradigma hermenêutico (fenomenologia hermenêutica, é que – em relação a distinção *easy hard case* – a dimensão da causalidade não pode esconder a explicação de sua origem essencial.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 300-301, grifo do autor).

⁴⁴⁶ “A diferença é que, para compreensão hermenêutico-filosófica, a resposta correta não decorreria deste juízo de ponderação do juiz, mas, sim, da *reconstrução principiológica do caso, da coerência e da integridade do direito*. Seria uma decisão sustentada em argumentos de princípio e não em racínios finalísticos (ou de políticas). É por isso que a hermenêutica do esquema sujeito-objeto para intersubjetividade (sujeito-sujeito).” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 240, grifo do autor)

⁴⁴⁷ “No silêncio do que é expressamente dito encontra-se um processo de homogeneização discursiva e de heterogeneidade social, que subordina o registro imaginário à palavra e à linguagem, assim o indivíduo se introduz na ordem social através de uma série de identificações com as quais se perde assim mesmo e encontra-se com a “boa” ordem, que pressupõe os discursos sobre a sociedade. Sem dúvida, desta forma, a ordem política e jurídica da sociedade se realiza graças a uma ordem simbólica que oculta, reduzindo à forma da linguagem os significados politicamente vencidos na sociedade. O que é expressamente dito não é outra coisa senão um registro imaginário triunfador, que ocupa o lugar de imaginário central da sociedade.” (WARAT, Luís Alberto. **Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross** In: _____. **Introdução geral ao direito II** – a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, reimpressão 2002, cap. 2, p. 111).

Assim, concordando com Anderson Teixeira (quanto ao fato de os princípios não serem valores/axiomas, e sim fundamento da regra), é de grande contribuição (para o direito contemporâneo) o reconhecimento de que os direitos fundamentais “devem preponderar, como regra geral, frente às demais normas do ordenamento jurídico, mesmo outras de natureza constitucional⁴⁴⁸”, ponto em que (salvo melhor juízo) aproxima-se de Luigi Ferrajoli. Outra importante contribuição de Anderson Teixeira quanto a estruturação da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, reporta-se à preocupação apresentada em relação a racionalidade política em detrimento da racionalidade jurídica, ou seja, compreendendo a decisão judicial como sendo fruto de uma hermenêutica constitucional (e a concebendo como tendo força normativa e não como uma carta política de promessas axiológicas), manifesta-se no sentido de que o ativismo judicial positivo⁴⁴⁹ é, efetivamente, o realizado com base em racionalidade jurídica, ou seja, por intermédio da concretização de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente (portanto, não discricionário e, muito menos, arbitrário).

Já o ativismo nocivo, por sua vez, seria o efetivado com fundamento em racionalidade política, caracterizando ato não só discricionário como (também) arbitrário eis que estaria ferindo (dentre outros fatores) o princípio constitucional da separação dos poderes. Neste ponto acaba por conflitar com a teoria processualista, no sentido de que (para alguns, conforme descrito no decorrer deste estudo) a decisão judicial poderia (uma vez que legitimada democraticamente – democracia participativa) inovar/criar novos direitos com base no interesse/valor⁴⁵⁰ social, sendo o judiciário o novo palco para conquistas democráticas.

⁴⁴⁸ “Subsidiariamente à subsunção, diversas técnicas hermenêuticas foram surgindo para tentar atender a tais exigências, criando inclusive técnicas específicas de acordo com a matéria envolvida, como é o caso da hermenêutica constitucional. O caráter abstrato e o elevado grau de generalidade dos princípios, sobretudo dos princípios constitucionais, permitem que o julgador possa decidir tão somente com base em princípios e, até mesmo, contra legem, mas desde que esteja sustentado em uma fundamentação principiológica apta a desconstituir a validade, legitimidade ou necessidade premente de aplicação de determinada norma-regra, sobretudo em condições de deslegitimar a fundamentação principiológica desta. São incontáveis os casos de regras que são excetuadas pela jurisdição ordinária para que pudesse prevalecer algum princípio constitucional que assegura direito fundamental, tanto que vamos nos abster de exemplificações.” (TEIXEIRA, Anderson Vichneski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista direito GV**, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt>)

⁴⁴⁹ “Desse modo, vamos denominar aqui ativismo judicial positivo aquele que se enquadra no padrão de racionalidade jurídica vigente no ordenamento em questão e busca, em última instância, assegurar direitos fundamentais ou garantir a supremacia da Constituição, enquanto denominaremos nociva toda prática ativista que fuja desse quadro ou busque, sobretudo, fazer preponderar um padrão de racionalidade eminentemente político.” (TEIXEIRA, Anderson Vichneski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista direito GV**, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt>)

⁴⁵⁰ “Inevitavelmente, o tribunal investido da árdua tarefa de atuar a constituição é desafiado pelo dilema de dar conteúdo a tais enigmáticos e vagos preceitos, conceitos e valores (tarefa, claro esta, altamente criativa), ou considerar como não vinculante justamente o núcleo central das constituições modernas, vale dizer, a parte dos

Essa criação está limitada por direitos fundamentais assegurados constitucionalmente ou, possuindo a sonhada legitimidade democrática, estaria o judiciário livre para implementar valores sociais independentemente de restarem assegurados pela carta constitucional? Trata-se de uma decisão com fundamento em racionalidade jurídica e/ou política?

Darci Guimarães Ribeiro, muito embora apresente a limitação fruto dos direitos fundamentais (estes dispostos na Carta Constitucional), ao entendê-los como valores a serem descobertos pelos juizes quando da decisão no caso em concreto, acaba por conceber a possibilidade de decisões políticas⁴⁵¹, procedimento que resta justificado por compreender o poder judiciário como novo palco democrático em que resta legitimado pela democracia participativa (nos moldes do já apresentado neste trabalho).

Diante do exposto, a grande celeuma apresentada no direito contemporâneo está (como demonstrado) atrelada ao fator poder, ou seja, no fato de os poderes constituídos, não respeitando os limites constitucionais que lhes são impostos, acabarem por extrapolar as funções que lhes são inerentes. No caso do judiciário, este passa a conceber como sua função jurisdicional o exercício de poderes políticos⁴⁵², dentre eles, o de criar novos direitos⁴⁵³, mesmo que em desacordo com o texto constitucional (configurando – nesse sentido – a combatida (i)legitimidade legiferante⁴⁵⁴). Essas são as principais críticas realizadas pelos

textos constitucionais relativa à salvaguarda dos direitos fundamentais do homem em face do poder público.” (CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999, p. 68)

⁴⁵¹ “Isto é, que o controle judicial de constitucionalidade das leis sempre é destinado, por sua própria natureza, a ter também uma coloração “política” mais ou menos evidente, mais ou menos acentuada, vale dizer, a comportar uma ativa, criativa intervenção das Cortes, investidas daquela função de controle, na dialética das forças políticas do Estado.” (CAPELETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 114)

⁴⁵² “Do ponto de vista estrutural, se a racionalidade jurídica possui um quadro normativo determinado dentro do qual está orientada à realização dos bens tutelados pelo ordenamento jurídico, o mesmo não ocorre com a racionalidade política: esta encontra diversos setores da sociedade que possuem bens próprios, frequentemente conflitantes com os bens de outros setores concorrentes, e dependem da escolha política para fazer valer seus interesses. A decisão política não considera tão somente o bem-em-si e a sua necessidade de tutela, mas avalia os seus impactos sociais, interessados na sua proteção ou garantia, e a vinculação desse bem ao setor da sociedade que dá legitimidade a quem tem o poder de decidir.” (TEIXEIRA, Anderson Vichneski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política.* **Revista direito GV**, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt>)

⁴⁵³ “Na sua “Holdsworth Lecture” de 1965, Lord Diplock disse que “em razão de sua própria função, os tribunais estão constringidos a agir como legisladores”. Desde logo não estou absolutamente de acordo com essa assertiva: os argumentos desenvolvidos nos parágrafos precedentes e os resultados aí obtidos evidenciam que os juizes estão constringidos a ser *criadores do direito*, “*law-makers*”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores. Existe realmente, como me proponho agora demonstrar, essencial diferença entre processos legislativo e jurisdicional.” (CAPELETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999, p. 73-74)

⁴⁵⁴ “A meu ver, o juiz não é só órgão de execução, mero instrumento humano, mas é também auxiliar do legislador para garantia dos interesses da comunidade, se bem que auxiliar dependente e subordinado. Aquele princípio está implícito no célebre art. 1º do Código Civil Suíço: se o juiz deve preencher a lacuna do mesmo

adeptos das correntes substancialistas em detrimento dos processualistas, uma vez que, ao fazê-lo (segundo os críticos em questão) o judiciário estaria repristinando o período conhecido (e estudado neste trabalho) como das jurisprudências dos interesses/valores, eis que passar-se-ia a decidir não mais com base no direito vigente (Civil Law), mas, sim com base em precedente fruto dos interesses sociais (Common Law) apresentados ao judiciário, procedimento que iria (entendem os substancialistas) de encontro ao modelo democrático constitucional (nos moldes do proposto por Mateucci – limite de poderes e concessão de liberdades).

Concebidos os apontamentos descritos neste tópico, o principal fator limitador da discricionariedade (nas três esferas do poder e não apenas no judiciário, muito embora esse último seja o objeto de estudo) seria (muito mais do que a edificação de novos ordenamentos jurídicos e sistemas/métodos interpretativos) a compreensão/interpretação⁴⁵⁵ fenomenológica do direito, momento em que a linguagem passa a apresentar-se como sendo o fator preponderante da real efetivação/concretização dos direitos fundamentais e não, como compreend(em)iam os modelos positivistas, a lógica sistemática que (pautada na ideia de subsunção jurídica⁴⁵⁶) propõem premissas (menor e maior⁴⁵⁶) para o enquadramento do fato à norma.

Contudo, importante alertar quanto à elasticidade interpretativa da linguagem empregue nos dispositivos constitucionais e/ou infraconstitucionais, sendo premente a necessidade (conforme demonstrado) de limites que, salvo melhor juízo, restam configurados pelos ditames de um Estado de Direito fruto de uma Democracia Constitucional constituída

modo que o faria se fosse legislador, não pode estar limitado a considerar somente os interesses especialmente protegidos pelas várias leis, pois o legislador não teria dúvidas em atender aos novos interesses ou aos interesses que até então tinham sido desprezados.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 235)

⁴⁵⁵ “Finalmente, a *interpretação* tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebot optimaler verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22, grifo do autor)

⁴⁵⁶ “Ressalte-se que continuamos a pensar, primordialmente, por subsunção, pois esta é a primeira forma de enquadrar o fenômeno real ao plano normativo. Quando estamos diante de, por exemplo, um delito de estupro (premissa menor: "X" foi estuprada), imediatamente pensaremos no tipo penal correspondente (premissa maior: "Código Penal. Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena: reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos"), de modo que a síntese dessa subsunção demandará aplicação de alguma pena. Se "X" não tiver sido estuprada, não se dará a subsunção. Isso é a lógica do "tudo ou nada", de que fala Dworkin, característica das regras.” (TEIXEIRA, Anderson Vichnkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista direito GV**, vol.8, n.1. São Paulo, Jan./Junho 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000100002&nrm=iso&tlng=pt>)

por direitos fundamentais. Estes (como visto) são instituídos por princípios que servem de fundamento para as regras (tanto constitucionais quanto infraconstitucionais), procedimento que estreita o leque interpretativo e não o amplia, o que se dá pelo fato de que não devem servir como álibis argumentativos, mas, sim, como fundamentos interpretativos.

Diante do todo exposto, como conclusão do estudo realizado, são importantes e constitucionais as atitudes ativistas do poder judiciário⁴⁵⁷, procedimento que (muito emobra Lenio Luiz Streck não compreenda como acertada a terminologia, por apontá-la como sinônimo de arbitrariedade) resta aceito inclusive pelos substancialistas uma vez que é dever deste poder constituído concretizar os direitos fundamentias assegurados constitucionalmente. Assim, ao contrário do que propõe Luigi Ferrajoli (ao compreender a impossibilidade de concretização judicial quando as normas constitucionais dependam de regulação infraconstitucional), uma vez assegurados (constitucionalizados) os direitos humanos (transformandos, por sua constitucionalização, em direitos fundamentais) devem possuir plena eficácia e efetividade⁴⁵⁸, eis que sendo princípios que fundamentam toda e qualquer regra (constitucional e/ou infraconstitucional) devem não só garantir a concretude das promessas da modernidade como, principalmente, servir de limites aos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e/ou Judiciário).

Esse novo contexto (constitucionalismo contemporâneo) é fruto das preocupações que fomentaram a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o que foi feito com o intuito de evitar o retorno de regimes autoritários/totalitários que (em nome da forma – autoridade – validade formal) desconsideraram conquistas humanas (direitos de primeira geração, hoje concebidos em dimensões) apresentadas como liberdades negativas que propiciaram os primeiros direitos (subjativos) de defesa dos cidadãos contra o Estado (Absoluto – Rei; Liberal – Parlamento; Social – Maioria).

⁴⁵⁷ “Uma interpretação construtiva é sempre possível e necessário dentro desses limites. A dinâmica existente na interpretação construtiva constitui condição fundamental da força normativa da Constituição e, por conseguinte, de sua estabilidade. Caso ela venha a faltar, tornar-se-á inevitável, cedo ou tarde, a ruptura da situação jurídica vigente.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 23)

⁴⁵⁸ “Afiml, os direitos fundamentais, no seu núcleo essencial, são imediatamente eficazes e aplicáveis de modo improtelável. Ou não seriam direitos fundamentais, estruturadores do Estado Democrático. Assim, *devem ser interpretadas restritivamente as limitações, havendo, a rigor, regime unitário dos direitos fundamentais das várias gerações, donde segue que, no âmago, todos os direitos têm eficácia direta e imediata*, reclamando crescente acatamento, encontrando-se peremptoriamente vedados os retocessos. Com efeito, uma vez reconhecido qualquer direito fundamental, a sua ablação e a sua inviabilização de exercício monsttram-se inconstitucionais.” (FREITAS, Juarez. O princípio da democracia e o controle do orçamento público brasileiro. **Interesse público Especial – Responsabilidade Fiscal – Doutrina**. Vol. 4. Porto Alegre: 2002. p. 19, grifo do autor)

Desta feita, desenhadas as conquistas constitucionais do 2º Pós-Guerra, este importante instrumento (deixando de ser apenas uma carta política) passou a ter força normativa, consagrando (em seu bojo) direitos humanos que (com a positivação constitucional) restam configurados como sendo direitos fundamentais que, diante da nova concepção normativa, são o fundamento das regras. Com esse intento, o termo democracia, também, restou alterado uma vez que, deixando de ser apenas representativa, passou a ser substancial (soma das *liberdades negativas* – defesa do indivíduo contra o Estado, garantindo direito liberais; e das *liberdades positivas* – obrigação do Estado em prover direitos sociais) e constitucional servindo, assim, não só como importante marco para concessão de liberdades, mas, em especial, para a configuração de limites (dos poderes constituídos e, também da própria maioria).

Somando esforços quanto à evolução do termo democracia é de extremada importância a concepção participativa apresentada não só pelos substancialistas, mas, em especial, pelos procedimentalistas/processualistas, uma vez que não é concebível que a cidadania seja (em pleno século XXI) ainda concebida apenas como alistamento eleitoral. O verdadeiro cidadão é aquele que, independente do título de eleitor, exige os seus direitos e, principalmente, cumpre com seus deveres⁴⁵⁹. Nesse sentido, são importantes as contribuições apresentadas, por exemplo, por Michelle Tarufo e Darci Guimarães Ribeiro (dentre outros) ao apresentar o povo/cidadão como valiosa ferramenta de controle jurisdicional, momento em que o processo judicial passa a ser um importante espaço democrático que propicia aos marginalizados a busca da concretização de direitos que, assegurados constitucionalmente, não restam concretizados pelos poderes competentes (Legislativo e/ou Executivo). Contudo, não se pode dimensionar esse sistema a ponto de propiciar ao judiciário poderes legiferantes, nos moldes do que ocorreu quando das jurisprudências dos interesses/valores (na Alemanha) e do Realismo Jurídico (nos Estados Unidos da América).

⁴⁵⁹ “Logo, o controle social, bem entendido, não serve apenas para limitar o exercício da discricionariedade dos agentes públicos e talvez nem seja esta sua função precípua. O controle social deve servir, de modo prioritário, como um controle de resultados e de adequação dos meios sem prejuízo do combate ao mau exercício da discricionariedade, vale dizer, a arbitrariedade. Finalmente, no tocante a saber se o controle social poderia ser catalogado como uma espécie de controle de constitucionalidade, a resposta, sem que possa desenvolvê-la nesse momento, deve ser afirmativa. Por certo seria erro crasso confundir tal modalidade com aquela exercida, de modo rigorosamente típico e peculiar (concentrada ou difusamente), pelo Poder Judiciário. No entanto, cuida-se de uma maneira indescartável no bojo do pluralista controle de constitucionalidade, impondo-se, notadamente em face da atmosfera instável e de fragilidade do discurso constitucional, acolher todos os meios disponíveis para garantir a sobrevivência e a evolução dos princípios fundamentais rumo à consolidação de um jogo democrático autenticamente cooperativo.” (FREITAS, Juarez. O princípio da democracia e o controle do orçamento público brasileiro. **Interesse público Especial** – Responsabilidade Fiscal – Doutrina. Vol. 4. Porto Alegre: 2002, p. 22)

Nesse sentido, quanto à concretização dos direitos fundamentais pelo poder judiciário (quando não efetivado pelos poderes Legislativo e/ou Executivo), restou definida a teoria (conforme estudado) hoje conhecida como Ativismo Judicial que, para muitos, seria arbitrário/ilegítimo. A linha (tênue) que define a legitimidade ou não das posturas ativistas do referido poder, conforme muito bem preceitua Anderson Teixeira, está na compreensão por ele realizada do Ativismo Positivo (racionalidade jurídica) e Ativismo Nocivo (racionalidade política), sendo legítimo (ao judiciário) o primeiro modelo que, nos moldes do apresentado, objetiva concretizar direitos fundamentais assegurados constitucionalmente (poder não discricionário, nem arbitrário). O que não pode ocorrer (não desrespeitando os pensamentos apresentados pelas correntes que compreendem de forma diversa) é o exercício desse poder sem limites, tendo como fundamento/argumento apenas a vontade do juiz⁴⁶⁰ que, nesse contexto, passa a exercer função política/legislativa (poder ilegítimo, eis que não só discricionário como também arbitrário e antidemocrático).

Como marco referencial para o delineamento dessa distinção, (compreendendo as terminologias que lhe são inerentes), resta configurada a importância prática da concepção de norma jurídica no direito contemporâneo que (fruto de uma força normativa da constituição) passa a compreender como regras e princípios sendo estes, conforme a etimologia do termo, fundamento daquelas e não simples *álibis*⁴⁶¹ argumentativos a disposição dos juizes. Porém, esta dimensão do direito só será possível ao restarem vencidos os ranços positivistas arraigados nos sistemas interpretativos, fruto de conceitos que, forjando pré-conceitos, alimentam o senso comum teórico. Este por sua vez, conforme Lenio Luiz Streck⁴⁶²,

⁴⁶⁰ “Não se diga, em contrário, que o legislador deve já contar com a forma de actuação do intérprete, formulando as leis de modo que, mesmo numa interpretação objectiva, se atinja o efeito desejado. A objecção não teria valor porque, como vimos, só pode determinar-se o conteúdo do sentido objectivo, pressupondo certo horizonte e diligência do intérprete. E, ainda que fosse possível fixar dum modo geral e tomar antecipadamente em consideração esses pressupostos, complicar-se-ia infinitamente o trabalho, já de si difícil, da formulação da lei, pois o legislador tinha de contar, não com o desejo de interpretar rigorosamente o seu pensamento, mas com uma teoria artificial, estranha à vida.” [...] “A forma de interpretação da lei que examinamos, será interpretação histórica, mas duplamente distinta das formas normais de interpretação usadas pelos historiadores e filólogos. A interpretação da lei não será só investigação de pensamentos, mas também *investigação de interesses* e ao conhecimento histórico liga-se estreitissimamente a elaboração normativa.” (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 67-68; p. 72, grifo do autor)

⁴⁶¹ “Na opinião de MacCormik, os princípios se caracterizam, em primeiro lugar, por ser normas gerais, o que faz com que cumpram uma função *explicativa* (esclarecem o sentido de uma norma ou de um conjunto de normas), e, em segundo lugar, porque têm um valor positivo, o que faz com que cumpram uma função de *justificação* (se uma norma pode ser subsumida sob um princípio, isso significa que ela é valiosa) [...] Os princípios são necessários para justificar uma decisão em um caso difícil, mas um argumento baseado em algum princípio não tem caráter concludente, como teria se se baseasse em alguma norma obrigatória.” (ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** - Teorias da Argumentação Jurídica, 2000, p. 190)

⁴⁶² “Aqui, retornamos ao problema do sentido comum teórico (tradição ilegítima do direito) e à necessidade de sua superação, possibilitando que o intérprete se localize no interior do paradigma do Estado Democrático de

transforma pré-juízos em juízos inaltênticos⁴⁶³ que, no âmbito político (impregnado de ideologias), propicia decisionismos (racionalidade política em detrimento da jurídica), uma vez que consideram os princípios não como fundamento das regras, mas como valores⁴⁶⁴/axiológicos a serem descobertos (relação sujeito/objeto) pelo intérprete, fato que (conforme estudado no decorrer deste trabalho) acaba por repristinar o que foi conhecido como período das jurisprudências⁴⁶⁵, em especial, a dos interesses/valores.

Assim, como solução a este perigoso jogo jurídico, restam importantes as contribuições de autores como Lenio Luiz Streck e Anderson Teixeira (constitucionalistas/substancialistas) que, trabalhando com hermenêutica constitucional, apresentam os princípios como fundamento da regra e não como álibis argumentativos⁴⁶⁶, procedimento que propicia respostas constitucionais vinculadas à democracia constituída por direitos fundamentais. Isso só se faz possível quando a interpretação, deixando de ser um sistema lógico formal (relação sujeito/objeto), passa a valorizar a linguagem a ponto de restar configurada uma nova realidade em que, não se interpreta mais para compreender, mas, sim,

Direito, tendo consciência do papel da Constituição, da jurisdição constitucional (mecanismo de controle de constitucionalidade), do núcleo político da Constituição (construção de um Estado social), das promessas (ainda incumpridas) da modernidade, da tensão entre texto e norma, entre vigência e validade, da noção paradigmática dos princípios na superação do “mundo” das regras, apenas para lembrar alguns pontos “iluminadores” da situação hermenêutica e, portanto, da tradição em que está inserido.” (STRECK, Lenio Luis. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 408, grifo do autor)

⁴⁶³ “E tenhamos claro que, no campo da aplicação do direito, sempre fazemos jurisdição constitucional. Quando examinamos um texto, este já nos vem filtrado pelos nossos pré-juízos, que podem ser legítimos (verdadeiros) ou ilegítimos (falsos). Um comportamento constitucional não permite que o direito – que é sempre “direito constitucional” (assim como o ser é sempre um ser de um ente) – seja transformado em uma mera racionalidade instrumental, ou algo do qual os juristas possam livremente dispor, para fazer emendas, reformas, interpretações despistadoras e outras manobras que visam enfraquecer a força normativa da Constituição. Em síntese, a destruição da própria Constituição. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 260).

⁴⁶⁴ “A norma constitucional, sendo também norma positiva, traz, em si, uma reaproximação do direito à justiça. Porque norma naturalmente mais genérica, vaga, elástica, ela contém aqueles conceitos de valor que pedem uma atuação criativa, antes, acentuadamente criativa, e, porque tal, susceptível de adequar-se às mutações, inevitáveis, do próprio “valor”.” (CAPPELLETTI, Mauro. 1999, O controle judicial de constitucionalidade, p. 130)

⁴⁶⁵ “Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado Democrático. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 22)

⁴⁶⁶ “Não foi, no entanto, nenhum *legal realist* americano, mas o célebre jurista francês SALEILLES o primeiro a afirmar que “se começa por querer o resultado para só depois procurar-se o princípio que o justifica: essa, a gênese de toda a interpretação judicial”; e que, uma vez aceita essa construção ou interpretação, é exatamente o contrário do que aparece no conjunto da doutrina jurídica: os fatores resultam invertidos; de sorte que o princípio se afirma como a causa inicial da qual decorreu o resultado, como se este fosse necessariamente uma dedução daquela.” (BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção *ajuris*/5, 1977, p. 39)

se compreende para interpretar. Esse procedimento resta possível para os que, adotando a hermenêutica fenomenológica, concebem a ideia de pré-compreensão que (no munda da vida) antecede a própria compreensão.

Assim, contextualizando o direito (em especial o constitucional⁴⁶⁷), resta possível a quebra dos conceitos e pré-conceitos, procedimento que, com base nos princípios originados pelos direitos fundamentais constitucionalizados (como limites que fecham o horizonte interpretativo), permite o nascimento de juízos autênticos que oportunizarão não apenas a concretização das promessas da modernidade como, também e principalmente, a limitação da discricionariedade dos poderes constituídos, dentre eles o judiciário, uma vez que a sentença deixará de ser uma escolha eis que vinculada a fenomenologia histórica que propiciará a integridade normativa⁴⁶⁸.

Para tanto, restam importantíssimos os pensamentos dos autores estudados neste último tópico, eis que todos, cada um a seu tempo e modo, contribuem para que restem não só garantidos (estrutura normativa apresentada por Luigi Ferrajoli) mas, principalmente, concretizados os direitos fundamentais com base na compreensão democrática do Estado de Direito. Todos reputam importantes as contribuições do Constitucionalismo Contemporâneo, apostando numa democracia que, perpassando o modelo liberal/representativa, deve ser substancial/participativa (mecanismos processuais que facilitando o acesso ao judiciário o transforme em um importante palco democrático – Darci Guimarães Ribeiro), procedimento essencial para a concretização das promessas não cumpridas pelos demais poderes (Legislativo/Executivo) que, diante da falta de efetividade, ocasionam inúmeros problemas sociais⁴⁶⁹. Essa mudança só será possível quando da implementação de atitudes ativas dos

⁴⁶⁷ “Em síntese, pode-se afirmar: a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade. A constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social.” (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 24)

⁴⁶⁸ “O direito como integridade *coloca limites à subjetividade do juiz*; ele não se encontra (assim como qualquer intérprete) diante de um objeto, como se estivesse à sua disposição (do mesmo modo que a linguagem não é uma terceira coisa que se interpõe entre o sujeito e objeto); ele faz parte do objeto a ser discutido. O juiz deve proferir a sua decisão seguindo as regras do jogo; caso contrário, já não teremos um jogo, com regras próprias, mas, sim, o jogo da discricionariedade do juiz.” STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 318, grifo do autor).

⁴⁶⁹ “Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida com sendo “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”, ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar

poderes constituídos (ativismo positivo apresentado por Anderson Teixeira), em especial do Executivo e do Judiciário, este quando da entrega da Tutela Jurisdicional do Estado (norma jurídica composta por regras e princípios, estes como fundamento daqueles e não como mero *álibi* argumentativo – Lenio Luiz Streck).

A distinção, entre os autores, reside não só no emprego das terminologias (discricionariedade limitada, antidiscricionariedade, ativismo – positivo/nocivo) como também na concepção da norma jurídica, em especial no que diz respeito à função dos princípios e regras. Conforme demonstrado, Luigi Ferrajoli (positivista), contrário a ideia principiológica do direito (a concebendo como interferência moral), muito embora objetive limitar o poder dos juízes acaba por reconhecer a existência de uma discricionariedade limitada apostando, ainda, na certeza da codificação (pedra fundamental dos positivismos, em especial o normativo/analítico). Lenio Luiz Streck (hermeneuta constitucional), entendendo a norma como regras e princípios⁴⁷⁰ (estes fundamento daqueles) concebe a necessidade da resposta correta (adequada à constituição), o que só é possível (na compreensão do autor) em um modelo antidiscricionário (uma vez que concebe a discricionariedade como arbitrariedade), em que os juízes devem possuir limites constitucionais (não concebe a existência de casos fáceis e difíceis e é contrário ao ativismo judicial). Anderson Teixeira (constitucionalista/substancialista), adotando postura muito semelhante à apresentada por Lenio Luiz Streck, apresenta como necessário o ativismo positivo (racionalidade jurídica), sendo contrário ao ativismo nocivo (racionalidade política). Contudo, ao tratar da norma jurídica (ao contrário de Lenio Luiz Streck) se posiciona favorável à existência de casos fáceis e difíceis⁴⁷¹ o que faz (muito embora compreenda princípios não como valores/axiológicos)

onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.” (SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.) **Constituição e segurança jurídica** – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum. 2004, p. 94)

⁴⁷⁰ “Este modelo dos princípios – que é simultaneamente uma concepção de Direito e de raciocínio jurídico – precisa ser explorado, em decorrência da rápida transformação das relações sociais que exigirão um novo perfil do Direito. Consequentemente, é preciso buscar outras possibilidades jurídicas, situadas um pouco além dos contornos definidos pela regra jurídica. Desta feita, os princípios apresentam-se como uma possibilidade a ser considerada pelo mundo jurídico, notadamente pelo Poder Judiciário. Haja vista que subsunção do fato à norma, como preconiza o positivismo jurídico, precisa abrir espaço para os reflexos jurídicos irradiados pelos princípios, para que se possa conhecer o seu caráter normativo.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 10)

⁴⁷¹ “A interpretação dos comandos, quando se exige obediência conforme aos interesses, é constituída, nos casos difíceis, pela determinação, não só do conteúdo, mas também dos motivos e ainda, geralmente, das causas do comando. Já assim não é quando se exige obediência estrita, ou quando a execução do comando é muito simples e não suscita dúvidas: nestes casos procura-se apenas o conteúdo ou os motivos mais próximos da vontade [...]

ao adotar a teoria argumentativa (aceitando, assim, a discricionariedade judicial). Por fim, Darci Guimarães Ribeiro (processualista/monista), ao trabalhar com a legitimidade democrática dos tribunais (democracia participativa), diferencia discricionariedade de arbitrariedade, o que faz por conceber o ativismo judicial como racionalidade não só jurídica como, também, política. Contudo, como os demais, compreende os direitos fundamentais como limites ao poder judiciário, apresentando como fundamento a democracia participativa que legitima o poder judiciário.

Diante do todo exposto, e como resultado da pesquisa realizada, o presente estudo (objetivando posicionar-se quanto à temática em questão, o que faz no sentido de valorizar as contribuições dos autores analisados) entendendo a necessidade da existência de limites aos poderes constituídos (Legislativo, Executivo e Judiciário), filia-se a corrente substancialista que, compreendendo a necessidade de garantir os direitos humanos que restam positivados constitucionalmente (direitos fundamentais), busca mecanismos democráticos (dentre eles a democracia participativa fomentada por autores como Darci Guimarães Ribeiro e Juarez Freitas) para a efetiva concretização/efetivação das promessas realizadas⁴⁷². Devendo, a Constituição, ser concebida não só como uma carta política (Luigi Ferrajoli que a apresenta como importante limite dos poderes constituídos e concessão de liberdades), mas, em especial, como uma força normativa (não existindo normas de eficácia contida e limitada, uma vez constitucionalizado direito deve ele ser efetivado – Lenio Luiz Streck), resta premente a ação pró-ativa dos poderes constituídos (não só o judiciário, mas, principalmente, o Executivo) no sentido de tornar viva, ativa e efetiva⁴⁷³ a Constituição Federal (ativismo positivo apresentado

Essa profunda investigação constitui um dever para o servidor com certa independência. Pode principiar por apurar somente a ideia do conteúdo, mas é sua obrigação continuar, procurando os motivos e os interesses causais. A obediência vinculada a tão largo âmbito de idéias, damos o nome de “obediência reflectida”. (HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947, p. 55-57, grifo do autor)

⁴⁷² “Evidencia-se, desta feita, que o embricamento entre as regras e os princípios poderá levar à obtenção de uma resposta correta. Não haverá certeza, no entanto, se esta será encontrada em cada caso concreto, já que não dispomos das qualidades do “juiz Hércules”, mas apenas a força e inteligência humanas. Por outro lado, as questões até o momento examinadas permitem concluir que o problema não está em encontrar a “única resposta correta”, mas a melhor resposta de acordo com as características peculiares de cada situação da vida. Esta parece ser a real função dos princípios no desenvolvimento do Direito.” (ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001, p. 139, grifo do autor)

⁴⁷³ “Pelos razões expostas, a doutrina da Constituição material demonstra que o princípio normativo que origina e justifica um ordenamento, isto é, a Constituição por excelência, consiste na força normativa da vontade política, com aplicação realista do princípio de efetividade (princípio que, se bem que com perspectiva diversa, é também usado, em última instância, pela própria doutrina normativista, ao procurar encontrar, voltando atrás, uma justificação última para as normas gradualmente dispostas em um sistema). A Constituição material tem, portanto, condições de se apresentar como a real fonte de validade do sistema (e, conseqüentemente, também da

por Anderson Teixeira), o que deve ser feito concebendo-se os princípios (direitos fundamentais) como fundamentos da regra, sendo eles não só um importante limite a todo e qualquer poder como, também, uma importante ferramenta para a transformação social procedimento que, pela atual conjuntura política, jurídica e social, resta ainda distante (como um sonho a ser realizado). Nesse sentido, como desfecho do estudo realizado, necessária a citação da conclusão do ensaio de n. 04 de Herbert Hart (intitulado O Pesadelo e o Nobre Sonho) que, tratando da temática, assim se manifestou:

Para concluir, permita-me dizer o seguinte: apresentei a teoria do direito norte-americana como situada entre dois extremos, o Pesadelo e o Nobre Sonho; o entendimento de que os juizes sempre criam e nunca encontram o direito que impõem às partes, e o entendimento oposto de que nunca criam. A exemplo de qualquer outro pesadelo e de qualquer outro sonho, esses dois são, em minha opinião, ilusões, embora tenham muito valor para ensinar ao jurista enquanto este está acordado. A verdade, talvez não muito empolgante, é que ora os juizes fazem uma coisa, ora fazem outra. Obviamente, não é indiferente, mas de grande importância saber qual eles fazem e quando e como o fazem. Este é um assunto para outra ocasião.⁴⁷⁴

O exposto, muito embora redigido em tempos e paragens longínquas, feliz ou infelizmente, reflete uma verdade que, em países como o Brasil, acarreta a falta de efetividade das promessas constitucionais. Para a efetiva concretização dos direitos fundamentais (como visto) fruto da constitucionalização das conquistas humanas (Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948), necessário se faz (urgente) a efetiva (e já tardia) transformação dessa Carta Política em real Força Normativa, a ser efetivada pelos poderes constituídos, em especial o Executivo.

O judiciário (em um país desenvolvido, assim espera-se) deve ser a exceção e não a regra para concretização dos referidos direitos. Sendo este um nobre sonho (uma vez que a espinhosa realidade demanda muito trabalho para a conquista das transformações culturais, sociais e jurídicas que permitam a concretização consitucional em sua plenitude), necessário se faz estar acordado para as realidades contemporâneas⁴⁷⁵, uma vez que as ignorando, como

Constituição formal), de lhe garantir a unidade como fundamento de avaliação interpretativa das normas existentes e de preencher suas lacunas, de permitir identificar os limites da continuidade e mudanças do Estado, sendo ela o parâmetro de referência. São, portanto, os princípios constitucionais fundamentais, a que aludimos, que revestem essencial importância na compreensão de uma Constituição." (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998, p. 270)

⁴⁷⁴ HART, Herbert Lionel Adolphus, 1907-1922. Ensaio 4 – A teoria do Direito Norte-americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: _____. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, parte 2, p. 161.

⁴⁷⁵ "I. ESTADO DE DIREITO E ESTADO SOCIAL. — Uma definição de Estado contemporâneo envolve

já alertava Montesquieu⁴⁷⁶, retarão aumentadas a ponto de, se tornando conhecida de todos, não mais haver remédio. Sejamos prudentes!!!

numerosos problemas, derivados principalmente da dificuldade de analisar exaustivamente as múltiplas relações que se criaram entre o Estado e o complexo social e de captar, depois, os seus efeitos sobre a racionalidade interna do sistema político. Uma abordagem que se revela particularmente útil na investigação referente aos problemas subjacentes ao desenvolvimento do Estado contemporâneo é a da análise da difícil coexistência das formas do Estado de direito com os conteúdos do Estado social. Os direitos fundamentais representam a tradicional tutela das liberdades burguesas: liberdade pessoal, política e econômica. Constituem um dique contra a intervenção do Estado. Pelo contrário, os direitos sociais representam direitos de participação no poder político e na distribuição da riqueza social produzida. A forma do Estado oscila, assim, entre a liberdade e a participação (E. Forsthoft, 1973). Além disso, enquanto os direitos fundamentais representam a garantia do status quo, os direitos sociais, pelo contrário, são a priori imprevisíveis.” (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998, 411)

⁴⁷⁶ “Assim se dá com as coisas do Estado: conhecendo-se os males com antecedência, o que não é dado senão aos homens prudentes, rapidamente são curados: mas, quando por se terem ignorado, se têm deixado aumentar, a ponto de serem conhecidos de todos, não haverá mais remédio àqueles males.” (MACHIAVELLI, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier – [Ed. Especial] – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 21)

5 CONCLUSÃO

O presente estudo (no primeiro capítulo), objetivando conhecer a evolução dos pensamentos jurídicos professados pelos filósofos da modernidade (ocidente), iniciou com a pretensão de compreender a configuração dos poderes políticos e seus limites, estes, fruto de mecanismos jurídicos estabelecidos pelo que passou a ser conhecido como **Poder Soberano**. Para tanto, de grande valia foram as contribuições de Matteucci que, com fulcro no que passou a ser conhecido como **Constitucionalismo Político** (concebendo-o como um instrumento para concessão de liberdades e limites de poderes), apresentou as transições históricas que fomentaram o nascedouro desta **Carta Política** que constitui (personalidade jurídica) esse ente fictício (**Estado Moderno**).

Como primeira forma de limitar poderes surgem os pensamentos do inglês **Thomas Hobbes** que (muito embora partidário do absolutismo – poder ilimitado) luta pela independência do Rei em relação ao poder da Igreja, o que faz pautado nos pensamentos exarados em sua obra *Leviatã*, momento em que (enaltecendo as qualidades humanas, em especial a razão) concebe a necessidade de todos os indivíduos (**súditos** que só mantinham o **direito à vida**), mediante um pacto social (em busca da paz), abrirem mão de seus direitos (renunciando-os) em benefício do **Soberano** (rei) que, responsável pela confecção das regras e, possuindo poderes ilimitados, não é obrigado a obedecê-las. É o primeiro passo para (conforme restará instituído pelo positivismo jurídico) a **onipotência do legislador**, em que o Estado passa a ser o único legitimado para dizer o direito (o justo e/ou injusto passa a ser o que o Soberano, mediante lei, assim determina – autoridade e imperatividade).

O autor em comento, propondo um novo modelo de regramento social (**Civil Law**), apresenta o estado de natureza como sendo pérfido (guerra de todos contra todos), o que faz no sentido de diminuir/extirpar não só o poder da igreja como, também, dos juízes uma vez que no modelo anterior (Common Law) eram eles os grandes responsáveis por dizer o direito. Assim, muito embora seja conhecido como **Jusnaturalista** (no que diz respeito ao reconhecimento de lacunas no direito positivado) está muito mais próximo da corrente Juspositivista uma vez que (despreocupado com o conteúdo das normas) concebe o Soberano

(autoridade e imperatividade) como único legitimado a dizer e aplicar o direito (**Estado Absoluto**).

Na sequência, propondo nova divisão/limite de poder, surge outro inglês (**John Locke**) que (assenhorando-se das contribuições de Montesquieu), em sua obra Segundo Tratado Sobre o Governo propõe novos contornos a esse modelo de regramento social instuído por Hobbes. Mantendo a concepção apresentada pelo pacto social, diverge quanto a ideia de estado de natureza, uma vez que apresenta como principal função do Estado a garantia (além da paz social) da **liberdade** e da **propriedade**. Repristinando a ideia Aristotélica de **democracia** (agora **representativa/indireta**) compreende os indivíduos não mais como súditos, mas, sim, como **cidadãos** que, pelo voto (garantido apenas à quem tem propriedade), transferem direitos aos representantes eleitos. Assim, os cidadãos (**burgueses**) e seus representantes (parlamento), unidos em prol da garantia da liberdade e, principalmente, da propriedade, formam o que passou a ser conhecido como **sociedade civil organizada**, grande responsável (agora) pelo poder de dizer o direito (**onipotência do parlamento**). Para o referido autor, confeccionadas as leis (direito natural transformado em direito estatal) pelo **Legislativo** (poder soberano) ao Executivo (de preferência alguém do parlamento) deveria (conforme a etimologia do termo) responsabilizar-se por sua efetivação, contudo, na qualidade de subordinado daquele poder (**Estado Liberal**).

Na sequência, objetivando a extensão do direito à participação popular no poder (significativo aumento das liberdades negativas) surge um francês (**Jean Jaques Rousseau**) que na obra Do Contrato Social (também), mantendo a ideia de um pacto (os três são conhecidos como contratualistas), apresenta como grande razão da existência estatal a garantia (além do direito a vida, a liberdade e a propriedade) a **igualdade** e a **segurança**, concepção que o faz compreender possível apenas a transferência de poder, porém, jamais das vontades dos cidadãos. Sendo um dos primeiros (no Estado Moderno) a defender (o que hoje resta reconhecido como **democracia participativa**) a necessidade de que os **cidadãos** sejam ativos (**Executivo**), é um dos grandes responsáveis pela conquista do sufrágio universal (muito embora independente da ideia de propriedade, permanecem ainda excluídas – na oportunidade – as mulheres), fato que leva a uma nova concepção de soberania, agora não mais do Rei e/ou do Parlamento, mas, sim, da **Maioria (Estado Social)**.

A estrutura de pensamento apresentada por estes autores deu azo aos denominados direitos de primeira geração (hoje dimensão), uma vez que compreendem **liberdades**

negativas, ou seja, direitos (subjctivos, que dão início às **liberdades positivas**) dos cidadãos defenderem-se do Estado Soberano que, neste novo modelo (Estado Moderno), apresenta-se como o único legitimado para, através da edição de leis civis, não só dizer o que é justo e/ou injusto (legal/ilegal), como também aplicar as penaliades cabíveis (**poder de coerção**). Esse primeiro momento de estruturação jurídico-política (**Direito Positivado**) é conhecido como **Jusnaturalista** eis que as leis artificiais/civis (com excessão de Hobbes) para Locke e Rousseau correspondiam a positivação das leis naturais. Assim, compreendendo a existência de lacunas nos regramentos civis, era permitido, quando da Entrega da Tutela Jurisdiccional do Estado, o seu “preenchimento” (pelos juizes) com leis naturais (prevalencendo, assim, a ideia de razão humana).

Nesse contexto, finalizando o primeiro capítulo (que tinha como intento o conhecimento/estudo da estruturação política dos limites de poder e das concessões de liberdades) foram analisados os primeiros passos para a implementação da **democracia** (passando da liberal e social – formal/representativa – até chegar a constitucional/contemporânea – substancial/participativa) que restou apresentada (neste estudo) como uma importantíssima ferramenta para o exercício (e limites) dos poderes (constituídos) fruto da concretização de uma **cidadania** que, perpassando a eleitoral, deve ser **participativa (controle social)**.

Compreendida (no primeiro capítulo) a evolução política da estruturação do Estado Moderno (constituição como carta política que propicia limite de poderes e concessão de liberdades), no segundo capítulo foram abordados autores que (dando sequência ao que Losano denomina direito para dizer) passaram a conceber (além da positivação do direito) a necessidade de codificá-lo. Para tanto, restam importantes as contribuições de outros dois ingleses (**Jeremy Bentham** e John Austin – ambos **juspositivistas**) o primeiro, preocupado com a estruturação de uma nova concepção jurídica, aproveita-se da linha juspositivista professada por Hobbes. Sendo utilitarista, entendia como fundamento do direito não a natureza humana, mas, sim a objetificação ética (felicidade para o maior número de pessoas), preocupando-se com os **cidadãos como sendo destinatários da norma jurídica** (propunha limites à criação judicial do direito). **John Austin**, por sua vez, entendendo a codificação como técnica jurídica, compreendia os **juristas como destinatários do direito** (e não mais os cidadãos) momento em que, ao contrário de seu mestre, acabou repristinando a ideia de criação do direito pelos juizes, eis que concebia o judiciário como um poder delegado do Estado, posição fruto dos contatos que teve, na Alemanha, com a Escola Histórica.

Como resultado das propostas de **Codificação do Direito** (muito embora gestadas na Inglaterra), na França foram concebidos os **Códigos Napoleônicos** (1804/1808 – de grande influência no direito contemporâneo) que, muito embora nascidos no berço iluminista (jusnaturalismo), quando de sua interpretação (em especial o artigo 4º) passou a ser concebido (nos moles do proposto inicialmente por Hobbes) como juspositivista, dando azo a primeira forma desse pensamento jurídico. Preocupada (assim como professado por Bentham) com a criação judicial, nasceu a **Escola da Exegese** (“juízes boca da lei”), momento em que passou a ser direito apenas o que era produzido pelo Estado, procedimento (**positivista**) que impossibilitou/proibiu a utilização das leis da natureza, sendo direito apenas as leis civis (direito passa a ser sinônimo de lei – **Império das Leis**). O direito, que já estava livre dos valores religiosos (laicidade), nessa nova fase, passa a estar livre, também, da razão humana (fruto apenas de **voluntarismos legislativos**).

Como sequência desse novo modelo positivista (mantendo os ideais de autoridade e a imperatividade) **Kelsen** (austríaco) apresenta uma preocupação que, perpassando as codificações, propugna a necessidade de um **ordenamento jurídico** (hermeticamente fechado – sem lacunas) o que é feito com fulcro na **Norma Fundamental** (pressuposta) que, responsável pela validade das demais normas, fecha o sistema jurídico, completando a obra de estruturação do direito (denominado por Losano) para dizer. Para tanto, objetivando uma **Teoria Pura**, apresenta um **direito totalmente avalorativo** que, nos moldes do proposto por Austin, tem como destinatários os juristas. Assim, preocupado apenas com a validade e a forma (autoridade e imperatividade) é considerado o pai do **positivismo normativo**, procedimento que (como dito, preocupado apenas com a forma e a validade, a confunde com vigência – direito produzindo o próprio direito) deixa nas mãos dos juízes a aplicabilidade/efetividade do direito, gerando o nascedouro do que passou a ser conhecido como **discrecionabilidade judicial**.

Contrário a essa forma de pensar o direito (positivado/codificado/ordenado) o alemão **Friederich Carl Von Savigny** (responsável pela **Escola Histórica**), concebendo-o como fruto da historicidade (não universal e muito menos abstrato) aceitava (no máximo), a ideia de um direito sistematizado (direito como costume – espírito do povo). Dando sequência a esta forma de pensar, outro alemão (**Rudof von Jhering**) apresentando o **Direito como Ciência** (num primeiro momento uma alternativa à codificação e num segundo momento como combate a ela) deu início ao que ficou conhecido como período das jurisprudências (**jurisprudência dos conceitos, movimento do direito livre e jurisprudência dos**

interesses/valores), momento em que, cada vez mais, a razão humana vai perdendo espaço para a ideia de cientificidade que, sendo fruto de **decisionismos**, exacerba os **voluntarismos jurídicos** (sejam eles os estabelecidos por conceitos e/ou por interesses/valores sociais), que acabaram dando azo a regimes autoritários/totalitários (nazi-facismo) que, por sua vez, ensejaram as duas grandes Guerras Mundiais.

O **ordenamento jurídico** (avalorativo – **separação do direito da moral**) apresentado por Kelsen (positivismo normativista – juspositivismo) e o período das jurisprudências da Alemanha (e/ou Realismo norte americano – sendo que este não foi objeto de estudo no presente trabalho), apresentam como pontos comuns o **desinteresse pelo conteúdo do direito**. Preocupados com a ideia de validade – confundida com vigência – apresentam posturas positivistas, modelo em que é direito o que for emanado do poder competente (autoridade e imperatividade), seja ele o legislativo (ordenamento jurídico Kelseniano) ou o judiciário (período das jurisprudências na Alemanha e Realismo jurídico norte americano), sementes que germinadas perpetraram as atrocidades fruto dos regimes autoritários/totalitários (em especial na Alemanha) que, dizimando **Direitos Humanos** (em especial direitos de primeira geração tais como a **vida**, a **liberdade** e a **segurança**) fomentaram os absurdos vivenciados, por exemplo, no Holocausto. Assim, estudada (nos dois primeiros capítulos) a estruturação política e jurídica do Estado moderno (direito positivado, codificado, ordenado e, novamente desestruturado – período das jurisprudências), o foco da pesquisa (no terceiro capítulo) foi direcionado para o que Losano denomina de direito para fazer, momento em que restou apresentada uma nova concepção do direito, agora fundada em uma **Constituição Jurídica** concebida, não apenas como **Carta Política**, mas, sim, como **Força Normativa**, fruto de uma **Democracia Constitucional** instituída por **Direitos Fundamentais**.

O **Constitucionalismo Contemporâneo**, objetivando não mais permitir retrocessos aos períodos narrados no segundo capítulo (Positivismos Exegético, Normativo e/ou Jurisprudencial), passa a instituir em seu bojo a **materialização dos Direitos Humanos** (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948), concebidos (uma vez positivados) como **Direitos Fundamentais** fruto da **Democracia Constitucional** (soma das liberdades negativas e positivas). Objetivando compreender este novo contexto sócio-jurídico, foram estudados autores **substancialistas** e **procedimentalistas**, todos apresentando preocupação não só com a **efetivação/concretização dos direitos fundamentais** como, também, com o desenvolvimento democrático que, perpassando a ideia de democracia formal e representativa, almeja conquistar a maturidade cidadã, o que só será possível com a

implementação/efetivação do pleno exercício da **democracia participativa**. Contudo, os autores, apresentando semelhanças quanto aos pontos abordados divergem no que diz respeito a forma de concretização/efetivação desses direitos assegurados constitucionalmente, discrepância que surge quando do emprego de terminologias como **discricionariedade**, **arbitrariedade** e **ativismo**, momento em que voltam a serem discutidas temáticas abordadas nos dois primeiros capítulos (**jusnaturalismo/juspositivismo/jusliberismo**), em especial no que tange aos **limites dos poderes constituídos**, o que é feito ao discutir as concepções modernas de **vigência, validade e legitimidade**.

Luigi Ferrajoli (apresentando-se como juspositivista – positivismo normativo) compreende (assim como Kelsen fazia – mantendo a separação entre direito e moral) a necessidade de um ordenamento jurídico (hermeticamente fechado – sem lacunas). Porém, supera o referido autor ao preocupar-se não só com a forma (*quem e como*), mas, também com o conteúdo (*o que*) do direito o que faz com base na concepção de **direitos fundamentais** como **conquistas históricas da humanidade** que, nesta fase histórica, **restam constitucionalizados**. Repristinando a ideia de onipotência do parlamento, aposta na certeza da codificação em que a **linguagem técnica** (destinada aos juristas – Austin) seria suficiente para limitar o poder discricionário do poder judiciário. Contudo, não conseguindo negá-la/extirpá-la, concebe que embora o direito não apresente lacunas, a lei as possui, apostando (assim) nos métodos interpretativos (sintaxe e semântica – relação sujeito/objeto), como ferramentas que possibilitariam a limitação dos **decisionismos/voluntarismos judiciais (discricionariedade limitada)**.

Lenio Luiz Streck (apostando na **hermenêutica filosófica – antidiscricionariedade**) apresenta a ideia de integridade normativa (pautada na tradição fenomenológica) como ferramenta inibidora da discricionariedade judicial (assim como Bentham, é totalmente contrário a criação judicial do direito). Compreende a hermenêutica constitucional (direito fundamental do cidadão – diferente da proibição de interpretar) como fruto da **democracia constitucional** (soma das liberdades negativas e positivas). Assim, o judiciário, quando da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado, necessita fazê-lo com base na tradição fenomenológica, procedimento que propiciaria a **resposta correta (adequada à Constituição)**. Para tanto, apresenta a concepção de norma jurídica com base em regras e princípio, sendo este o fundamento daquelas, razão pela qual (ao contrário das teorias *panprincipiológicas* – princípios com álibis – teorias argumentativas) o seu uso acarreta o **fechamento interpretativo**, eis que o intérprete está vinculado a **historicidade**

fenomenológica fruto da **tradição** que fomenta a **integridade normativa**. É totalmente **contrário ao ativismo judicial** eis que, considerando-o discricionário (termo este, para o autor, sinônimo de arbitrariedade) e **antidemocrático** é, portanto, **ilegítimo**. Esse pensamento está ancorado no fato de (pautado na necessidade de **autonomia do direito**) entender que a discricionariedade, fomentando decisionismos/voluntarismos, acaba descambando para juízos de valores (racionalidade política – jurisprudências dos valores) e não fundamentações de direito (racionalidade jurídica).

Darci Guimarães Ribeiro (processualista/monista), concebendo a **democracia participativa** com legitimadora do **poder judiciário**, apresenta-o como o **novo palco democrático** que propicia a concretização de direitos. Adepto a teoria epitetada de **ativismo judicial**, muito embora a compreenda como um poder discricionário, diferenciando os termos discricionariedade e arbitrariedade, concebe não só como **legítimo o poder de criação do direito pelo judiciário** como (principalmente) eficaz para a **efetiva concretização dos direitos fundamentais**. Concebendo os **princípios como valores** implícitos na Constituição, compreende impossível separar a função jurisdicional dos juízos de política, momento em que o juiz (quando da Entrega da Tutela Jurisdicional do Estado) professa juízos de valor (racionalidade política) além de juízos de direito (racionalidade jurídica).

Por fim, **Anderson Teixeira**, dividindo **ativismo judicial** em nocivo e **positivo**, apresenta o primeiro como sendo fruto de racionalidade política, portanto ilegítimo/arbitrário. Já, no que diz respeito ao segundo (positivo) o entende não só legítimo, o que faz ao compreender a necessidade de decisões pautadas em **racionaliade jurídica** (juízo de direito), como imprescindível para a necessária **efetivação/concretização dos direitos fundamentais**. Corroborando os pensamentos exarados por Darci Guimarães Ribeiro (concebendo a importância da **democracia participativa**), entende o judiciário como um palco para reivindicações/concretizações de direitos e garantias asseguradas constitucionalmente, sendo os direitos fundamentais os limites à discricionariedade judicial. Contudo, com fulcro nos pensamentos professados pelas teorias argumentativas, ao conceber **casos fáceis e difíceis** (muito embora entenda os princípios, não como valores/axiologia, mas, como fundamento da regra) **represtina/mantém a relação sujeito/objeto**, deixando nas mãos do judiciário uma escolha quando da decisão, procedimento que, **ensejando a discricionariedade**, na concepção de Lenio Luiz Streck, seria arbitrário eis que **não possui legitimidade democrática**.

Diante do todo exposto, entendendo a necessidade da existência de **limites aos poderes constituídos** (Legislativo, Executivo e Judiciário), este pesquisador (filiando-se a **corrente substancialista – direitos humanos constitucionalizados/direitos fundamentais**), compreende necessários os **mecanismos democráticos** (soma das conquistas da formal/representativa com a substancial/participativa) para a **efetiva concretização/efetivação dos direitos fundamentais**. Para tanto, a **Constituição** deve ser concebida não só como uma Carta Política (limite dos poderes constituídos e concessão de liberdades), mas, em especial, como uma **Força Normativa** (direitos fundamentais com plena eficácia), procedimento que requer ações pró-ativas dos poderes constituídos, tornando viva, ativa e efetiva a Constituição Federal (**ativismo positivo**), o que deve ser feito concebendo-se os princípios (direitos fundamentais) como fundamentos da regra, sendo eles não só um importante limite a todo e qualquer poder como, também, uma importante ferramenta para a transformação social.

Contudo, em países como o Brasil, a mixagem teórico-prática existente enseja a falta de efetividade/concretização dos direitos fundamentais (constitucionalização das conquistas humanas – Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948), sendo premente a necessidade (já tardia) de transformação dessa Carta Política (Constituição Federal de 1988) em real Força Normativa a ser efetivada pelos poderes constituídos, em especial o Executivo, devendo, o judiciário ser uma feliz exceção. Contudo, concebendo o exposto (nas palavras de Herbert Hart) como um nobre sonho, necessário se faz estar acordado para as realidades contemporâneas, uma vez que as ignorando, como já alertava Montesquieu, restarão aumentadas a ponto de, se tornando conhecida de todos, não mais haver remédio.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Tradução Pedro Constantin Tolens. São Paulo: Martin Claret, 2007. (Coleção a obra-prima de cada autor)

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito** - Teorias da Argumentação Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERCOVICI, Gilberto. **Soberania e Constituição**: para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nélío Morra; tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

_____. **Estado Governo e Sociedade**: por uma teoria geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2010, p. 53-133. (coleção Pensamento Crítico, v. 69)

_____. **O Futuro da Democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 10 ed.. São Paulo: Paz e Terra. 2000.

_____. **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2000. Cap. 7, p. 371-415.

_____. MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 11. ed. Brasília, DF: UNB, 1998.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. A atualidade dos direitos sociais e a sua realização estatal em um contexto complexo e em transformação. In: STRECK, Lenio Luiz; _____ (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 101-119.

_____. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial (espaço-temporal) dos direitos humanos**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o direito e o estado na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44)

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de**

1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado no período de set.2010 a maio.2012.

BRASIL 47. Presidente da CCJ defende tramitação da PEC 33. Disponível em: <<http://www.brasil247.com/pt/247/poder/101125/>> Acessado em: 12.maio.2013

BRUTAU, José Puig. **A jurisprudência como fonte do direito**. Tradução de Lenine Nequete. 1 ed. Porto Alegre: coleção ajuris/5, 1977.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**: Alain Touraine, Norberto Bobbio e Robert Dahl. Curitiba, PR: Juruá, 2006.

_____; CADEMARTORI, Sergio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Revista Sequencia**, n. 53, p. 145-162, dez. 2006.

CADEMARTORI, Sergio. **Estado de direito e legitimidade**: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas, SP: Millennium Editora, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPELETTI, Mauro. **Juízes irresponsáveis?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1989.

_____. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Fabris Editor. 1999

_____. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre: Fabris, 1984.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Tradução de Gresliela Nunes Da Rosa, Lédio Rosa De Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (orgs.). **O Estado de Direito**. História, teoria, crítica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 3-198.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução, prefácio e notas de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. (Saraiva de bolso)

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3 ed.. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges; [revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; revisão da tradução Silvana Vieira]. 2 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2005. – (Justiça e Direito)

ENGELMANN, Wilson. **Crítica ao positivismo jurídico**: princípios, regras e o conceito de direito. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001

ENGELS, Friedrich; MAX, Karl. **O manifesto comunista**. Tradução de Maria Lucia Como. – [Ed. Especial] . Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. (Saraiva de bolso)

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

_____. STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o minidicionário da língua portuguesa**. 6 ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FREITAS, Juarez. O princípio da democracia e o controle do orçamento público brasileiro. **Interesse público Especial – Responsabilidade Fiscal – Doutrina**. Vol. 4. Porto Alegre: 2002. p. 11-23.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord). **Participação e processo - Participação e Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1988.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: Entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HART, Herbert Lionel Adolphus, 1907-1922. **Ensaios sobre teoria do direito e filosofia**. Tradução José Garcez Ghirardi, Lenita Maria Rimoli Esteves; revisão técnica Ronaldo Porto Macedo Junior, Leonardo Gomes Penteado Rosa. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 23-52; p. 135-161; p. 192-202.

HECK, Philip. **Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses**. Tradução de José Osório. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva e cia editores, 1947 (coleção Studivm – temas filosóficos, jurídicos e sociais).

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Rosina D'Angina, consultor jurídico Thélío de Magalhães. 2 ed. Martin Claret, 2012.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução: Rodolfo Schaefer. 2 ed. Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans (1881-1973). **A democracia**. Tradução dos originais em alemão: Vera Barkow; dos originais em inglês: Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla; dos originais em italiano: Ivone Castilho Benedetti. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LEFORT, Claude. **A invenção democrática: os limites da dominação totalitária**. Tradução de Isabel Marva Loureiro. 2. ed. São Paulo: 1983.

LIMBERGER, Têmis. Burocratização, políticas e democracia, o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetividade do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz. BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 217-231.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção a obra-prima de cada autor)

LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Vol.2: o século XX. Tradução Luca Lamberti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MACHIAVELLI, Nicolau. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier – [Ed. Especial] – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. (Saraiva de bolso)

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del poder y libertad**: historia del constitucionalismo moderno. Madrid: Trotta, 1998.

MONTESQUIEU. Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010. (Coleção a obra-prima de cada autor; 9)

MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie Europeias**. Tradução Ana Paula de Viveiros. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução de Peter Naumann, revisão de Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PLATÃO. **A república**. Tradução Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2007. (Coleção a obra-prima de cada autor)

RIBEIRO, Darci Guimarães. Análise epistemológica dos limites objetivos da coisa julgada. In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.) **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 81-99.

_____. SCALABRIN, Felipe. **O papel do processo na construção da democracia**: para uma nova definição da democracia participativa. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/attachments/article/110/Microsoft%20Word%20-%20O%20papel%20do%20processo..._Formatação%20-%20RBDPro_.pdf>. Acessado em: 07.06.2013.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROUSSEAU, Jean-jacques. **Do contrato social**. Tradução: Pietro Nasseti. 3 Ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema do direito romano atual**. Vol. VIII. Tradução Cirio Mioranza. Ijuí: Ed. Uinjuí, 2004. (Coleção Clássicos do direito internacional).

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.) **Constituição e segurança jurídica** – direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Belo Horizonte: Fórum. 2004, p. 85-129.

SCHOPENHAUER, Arthur. **A arte de escrever**. Tradução, organização, prefácio e notas de Pedro Sússekind. Porto Alegre: L&PM, 2012. (Coleção LP&M Pocket ; v. 479)

SÊNECA, Lucio Anneo. **Da felicidade, seguido de, Da vida retirada**. Traduzido do latim por Lucia Sá Rebello e Ellen Itanajara Neves Vrana. Porto Alegre: L&PM, 2012. (Coleção L&PM Pocket; v. 1045)

SOUZA SANTOS, Boaventura. **Pela mão de Alice** – o social e o político na pós-modernidade. 10 ed. Cortez, 1994.

STRECK, Lenio Luis. Dogmática jurídica, senso comum e reforma processual penal: o problema das mixagens teóricas. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul./dez. 2011, p. 626-660.

STRECK, Lênio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Patogênese do protagonismo judicial em *Terrae Brasilis* ou de como “sentença não vem de *sentire*”. In: _____.; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica** - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, n. 6, p. 145-164.

_____. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso**: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional. Disponível em: < http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40> . Acessado em: 10.05.2013.

TEIXEIRA, Anderson Vichneski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista direito GV**, vol.8 n.1, São Paulo Jan./June 2012. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>> . Acessado em 01.05.2013.

_____. Qual a função do Estado constitucional em um constitucionalismo transnacional? In.: STRECK, Lenio Luiz. ROCHA, Leonel Severo. ENGELMANN, Wilson (Org.)

Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica - Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, São Leopoldo: UNISINOS, 2012, n. 9, p. 7-31.

TOURAINE, Alain. **O que é a democracia?** Tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1996.

TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma:** para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. 3 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

UNISINOS. **Guia para elaboração de trabalhos acadêmicos** (artigo de periódico, dissertação, projeto, relatório técnico e/ou científico, trabalho de conclusão de curso e tese). Disponível em: http://www.unisinos.br/biblioteca/index.php?option=com_content&task=view&id=107&Itemid=177&menu_ativo=active_menu_sub&marcador=177. Acessado no período de fevereiro a maio.2013.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** Tradução de Claudia Berliner; notas revistas por Eric Desmons; revisão técnica de Gildo Sá Leitão Rios; texto estabelecido, revisto e apresentado por Stéphane Rials. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2005. (Justiça e Direito)

WARAT, Luís Alberto. Um trilema epistemológico além do positivismo jurídico: Hart, Bobbio e Ross In: _____. **Introdução geral ao direito II** – a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995, reimpressão 2002, cap. 2, p. 101-128.