

REFLEXÕES SOBRE O DIREITO PÓS-POSITIVISTA E O CONSEQUENTE REDIMENSIONAMENTO DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO

Elise Avesque Frota

RESUMO

Pós-Positivismo. Reaproximação entre Direito e Ética. Necessária vinculação do conteúdo de justiça à norma, pautado pelos direitos fundamentais, edificado sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. Normatividade dos princípios e nova hermenêutica constitucional. A mera invocação de normas jurídicas positivas mostra-se insuficiente para justificar o poder. Necessidade de motivação das decisões judiciais, a partir da qual a sociedade exercerá controle e poderá aceitar a decisão proferida. Inexistência de verdade única e imutável, a qual não se coaduna com o pluralismo e dinamismo da sociedade, devendo haver um sopesamento entre os valores e interesses em colisão. Busca-se alcançar uma decisão representativa de um consenso, o qual as pessoas, sem se despirem de suas convicções abrangentes, possam aceitar como razoável. Síntese dialética entre segurança e justiça. No espaço de controvérsia equitativa que é o processo, o juiz deve ser concebido como um intermediário, cabendo-lhe, ao final, com as balizas do Direito Positivo, mas orientado pelos valores consagrados pela comunidade, proferir uma decisão que encerre o conflito.

PALAVRAS-CHAVE: Pós-Positivismo, atuação jurisdicional.

INTRODUÇÃO

Ainda é válido opor-se Direito Natural a Direito Positivo? Essa indagação intitula o primeiro capítulo do presente trabalho, já antecipando a superação da dicotomia entre tais teses jurídicas.

O Pós-Positivismo, como vem sendo denominado o conjunto de ideias da atualidade que destaca a insuficiência da lei formal para solução dos conflitos sociais, resulta de uma síntese dialética que mescla elementos positivistas e de ordem valorativa, concebendo o Direito como uma necessária interação entre fato, valor e norma.

O trabalho ora desenvolvido procurará demonstrar como se estabelece essa relação, abordando, especialmente: a valorização dos princípios e o reconhecimento da sua normatividade pela ordem jurídica; a proeminência do princípio da dignidade da pessoa humana e a nova hermenêutica constitucional.

As reflexões a serem desenvolvidas no presente trabalho objetivam contribuir, de algum modo, para a construção da normatividade e da efetividade do Pós-Positivismo, propondo meios que se consideram pertinentes para viabilizar o necessário equilíbrio entre segurança e justiça.

Dentro dessa nova realidade, qual o papel do magistrado? Como deve ser a sua atuação?

Objetiva-se apresentar, a seguir, algumas reflexões sobre tais temas, as quais sirvam de norte para a atuação jurisdicional e, principalmente, de ponto de partida para uma discussão essencial, que não deve ser adiada.

1 AINDA É VÁLIDO OPOR-SE DIREITO NATURAL A DIREITO POSITIVO?

A atenção atual dos juristas volta-se para os valores

reconhecidos pela comunidade jurídica e positivados nas Constituições por meio dos chamados princípios, pelos quais se passa a reger todo o ordenamento jurídico. Esse novo comportamento diante da dimensão axiológica do Direito representa a síntese resultante da dialética entre Jusnaturalismo e Juspositivismo¹.

A dantes rígida separação entre Direito Natural e Direito Positivo e sua ferrenha oposição perderam espaço no Direito pós-moderno, que, diante de atrocidades cometidas sob a invocação da legalidade, vem resgatando a necessidade de inserção de conteúdo à norma, a qual não pode mais ser vista como um invólucro para qualquer substância. Aliás, a evolução histórica das referidas teorias jurídicas demonstra a sua íntima ligação, a qual foi soterrada pela crença positivista de que a lei, detentora de virtude intrínseca, continha todo o Direito.

O Jusnaturalismo — corrente filosófica que tem acompanhado a evolução do Direito ao longo dos séculos —, apesar de possuir diversas correntes com diferentes especificidades, baseia-se na ideia fundamental de que há, na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que são anteriores ao próprio Estado, não retirando do Direito Positivo sua validade. Tais valores, que no ambiente teológico são revelados pela vontade de Deus, passam, na Idade Moderna, a fundamentar-se na razão.

O próprio Estado encontra nos direitos naturais limites à sua atuação, pois deve preservar e respeitar esse espaço de integridade e de liberdade do indivíduo. E essa crença nos direitos naturais, como esclarece Luís Roberto Barroso, é que “foi o combustível das revoluções liberais e fundamento das doutrinas políticas de cunho individualista que enfrentaram a monarquia absoluta”².

Sob a inspiração das ideias de John Locke, os movimentos revolucionários, tais quais a Declaração de Independência dos

Estados Unidos e a Revolução Francesa, foram impregnados de ideias jusnaturalistas, consagradas na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Curiosamente, ao longo do século XIX, com o advento do Estado Liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o Jusnaturalismo chegou ao seu apogeu e, de forma paradoxal, teve início a sua superação histórica. Os movimentos de codificação transferiram para a lei o crédito outrora conferido ao Direito Natural. Os Códigos eram vistos como a projeção escrita e completa dos sistemas de regras jurídicas e racionais do Direito Natural.

A crença no conhecimento científico como o único válido levou ao culto exacerbado do Direito Positivo, considerado completo, e ao consequente descrédito do Direito Natural, considerado metafísico e anticientífico. Passou a haver uma identificação entre Direito e lei. A interpretação gramatical e histórica, apregoada pela Escola da Exegese, limita a atuação criativa do juiz em nome de uma suposta objetividade e neutralidade.

Com o propósito de atingir tal neutralidade, era defendida uma completa autonomia do Direito, devendo ser excluídas da ciência jurídica as apreciações filosóficas referentes a valores e as sociológicas concernentes aos fatos, bem como tudo que estivesse ligado à política. Como precisa Chaïm Perelman, “É o positivismo jurídico que insiste no fato de que a finalidade própria do direito, contrariamente à moral e à política, não é a realização da justiça nem a busca do bem comum, e sim a segurança jurídica, garantida por uma ordem conhecida por todos”³.

Assim, toda análise valorativa e política deve ser realizada pelo Poder Legislativo, que, ao promulgar uma lei de acordo com as regras de tramitação previstas, confere-lhe valor intrínseco.

Não há lacunas no ordenamento jurídico positivo, o qual possui

instrumentos para solução de todo e qualquer caso (completude). A estrutura do ordenamento, por sua vez, tem a forma piramidal, com as normas superiores fundamentando as inferiores sob o aspecto dinâmico-formal, sendo as normas mais gerais e abstratas, quanto mais se aproximam do topo; e mais específicas e concretas, à medida que se aproximam da base da pirâmide. A norma mais geral e abstrata é a norma hipotética fundamental, de natureza lógico-jurídica, sem nenhum conteúdo (Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen).

A sentença é vista como um ato de vontade do juiz, e não como um ato intelectual ou de conhecimento. O julgador não busca conhecer o sentido correto da norma jurídica através de um método, mas por meio de um ato volitivo, uma interpretação dentre as várias cabíveis na moldura normativa ou na literalidade da norma.

Mais uma vez consignando a diversidade de concepções existente entre as diversas correntes positivistas, pode-se afirmar que suas ideias básicas são as acima expostas, as quais atingiram seu ápice na já referida Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen.

O Direito reduzia-se, assim, ao conjunto de normas em vigor, sendo considerado um sistema perfeito e, consoante todo dogma, não necessitava de qualquer justificação além da própria existência.

Sem desconsiderar correntes filosóficas que questionavam a dogmática positivista, o surgimento e a decadência do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, movimentos que ascenderam ao poder e praticaram atrocidades invocando o manto da legalidade, provocaram forte reação de desmistificação da lei. Luís Roberto Barroso chama a atenção para o fato de que “a ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem”²⁴.

Finda a Segunda Guerra, a concepção de um ordenamento jurídico

indiferente a valores e da lei como uma estrutura meramente formal, um invólucro para qualquer conteúdo, já não tinha mais aceitação. Na esteira da ponderação realizada por Perelman⁵, a reação universal diante dos crimes nazistas obrigou os chefes dos Estados aliados a instruírem o processo de Nuremberg e a interpretar o adágio *nullum crimen sine lege* não num sentido positivista, pois a lei violada em tais casos não decorria de um sistema normativo positivo, mas da consciência de todos os homens civilizados. A convicção de que era impossível deixar impunes aqueles crimes horríveis, mas que escapavam a um sistema de Direito Positivo, prevaleceu sobre a concepção positivista do fundamento do Direito.

As reflexões acerca do Direito passaram, assim, a promover um retorno dos valores, uma reaproximação entre Ética e Direito. Não apontam, todavia, para o alcance de uma verdade única e imutável, que para o Direito Natural era aquela estabelecida por Deus ou pela própria natureza humana, a ser descoberta pela racionalidade. Essa verdade única e imutável não se coaduna com o pluralismo e com o dinamismo da sociedade. Em cada caso concreto, muitos serão os valores e interesses em colisão, que deverão ser sopesados pelo julgador em sua decisão, a qual, por sua vez, deverá ser justificada perante a sociedade como um todo.

Para ingressarem no mundo jurídico a partir da Filosofia, esses valores materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, de forma explícita ou implícita. Conforme destaca Luís Roberto Barroso⁶, os princípios vêm de longe e desempenham papéis variados, consistindo a diferença do Positivismo da quadra histórica atual no reconhecimento de sua normatividade.

Diante do acima exposto, responde-se à indagação que intitula o presente capítulo dizendo-se que não. A teoria jurídica que vem sendo

delineada no mundo pós-moderno, a qual recebe a denominação de Pós-Positivismo, corresponde a uma superação do Direito Natural e do Direito Positivo, porém não com a completa eliminação das ideias das referidas correntes, mas as levando em consideração a partir de uma síntese dialética entre valor e norma, analisada em cada caso concreto. Invoca-se, novamente, a lição de Chaïm Perelman:

O crescente papel atribuído ao juiz na elaboração de um direito concreto e eficaz torna cada vez mais ultrapassada a oposição entre o Direito Positivo e o Direito Natural, apresentando-se o Direito Efetivo, cada vez mais, como o resultado de uma síntese em que se mesclam, de modo variável, elementos emanantes da vontade do legislador, da construção dos juristas, e considerações pragmáticas, de natureza social e política, moral e econômica⁷.

2 PÓS-POSITIVISMO E RESGATE DA DISCUSSÃO ÉTICA

O conjunto difuso de ideias que vem sendo denominado *Pós-Positivismo* parte da constatação da insuficiência da lei formal, estática, para regular as situações que, dia a dia, renovam-se no dinamismo da sociedade, em que há a incidência simultânea de diversos valores. Não há mais como se defender a existência de um ordenamento com fórmulas abstratas prontas para solucionarem qualquer caso, bastando um raciocínio silogístico para, submetendo o fato (premissa menor) à norma (premissa maior), sem maiores apreciações valorativas, achar-se a resposta já contida no ordenamento (subsunção).

Não há como separar valor e norma, Direito e fato. O Direito é realizado e se completa na análise do caso concreto. Friedrich Müller⁸ afirma que a criação da norma termina na concretização, quando, com a participação criativa do intérprete, surge a norma de decisão, sendo que, anteriormente, só havia o texto da norma.

Da mesma forma, Inocêncio Mártires Coelho acentua que “As situações da vida são constitutivas do significado das regras de Direito, visto que é somente no momento de sua aplicação aos casos concretos ocorrentes que se revelam o sentido e o alcance dos enunciados normativos”⁹.

O Direito é fato e norma, tudo impregnado de valores. A própria lei formal, para ser considerada válida, não é mais analisada exclusivamente quanto à regularidade do processo de aprovação, não escapando a um exame de conteúdo, que deve promover valores abrigados pela sociedade. A respeito, transcreve-se a precisa análise de Perelman:

A visão contemporânea do Direito se caracterizaria mais por uma síntese, que deixa espaço para cada uma das concepções anteriores. Sem negar a autoridade do legislador, admitir-se-á que sua vontade não pode ser arbitrária, que os textos que adota devem cumprir uma função reconhecida, promover valores socialmente aceitos. Sem ser a expressão de uma razão abstrata, supor-se-á que, para ser aceito e aplicado, o Direito Positivo deve ser razoável, noção vaga que expressa uma síntese que combina a preocupação da segurança jurídica com a da equidade, a busca do bem comum com a eficácia na realização dos fins admitidos¹⁰.

É claro que o método da subsunção continua sendo suficiente para solucionar muitos casos, de menor complexidade, em que a opção valorada pelo legislador, consagrada na norma, mostra-se bastante para resolvê-los.

Todavia, no caso concreto, é possível a incidência de diversos valores válidos e aceitos por uma comunidade em determinado tempo e espaço que, em abstrato, merecem igual proteção. Nessas hipóteses, comumente chamadas pela doutrina de *casos difíceis* (em inglês, *hard cases*), é na concreção que deverá ser decidido qual valor deverá preponderar — sem, todavia, haver qualquer diminuição de sentido dos outros valores, que permanecem íntegros em sua validade, fazendo parte do ordenamento.

Não é possível proceder-se a uma hierarquização dos valores em abstrato; somente diante do conflito é que, a partir de um sopesamento entre os valores em colisão, busca-se uma solução razoável — a qual, todavia, não seria a mesma necessariamente alcançada por qualquer julgador. Não existe, assim, verdade preconcebida e/ou absoluta, mas uma pluralidade de soluções possíveis (razoáveis). O limite para a tolerância dessa diversidade de soluções é o desarrazoado, que não é aceitável. E é desarrazoado o que é inadmissível numa comunidade em dado momento¹¹.

Com efeito, o pluralismo existente nas sociedades contemporâneas, em que convivem pessoas com as mais diversas ideologias, religiões, *modus vivendi*, torna irreal a crença na existência de uma única verdade, sem que esta seja decorrente de uma imposição das convicções e dos interesses de uma maioria ou de uma camada social detentora de maior poder.

A busca é dirigida a alcançar-se um consenso que as pessoas, com cada uma de suas convicções (religiosa/filosófica/moral), possam aceitar como verdadeiro ou razoável. Nesse contexto, a justificação da decisão assume grande relevância, pois é a partir dela que a decisão sofrerá controle pela sociedade e procurará aceitação em seu seio.

Não há dúvida de que, em muitas situações, é possível distinguir-se o certo e o errado, a partir do sistema de normas que regulam a convivência em sociedade. Exemplo disso é uma regra de trânsito que estabelece o sentido do tráfego ou determina o horário de expediente. Há, todavia, uma “zona cinzenta” em que a letra fria da lei, se aplicada, poderá resultar em uma situação desarrazoada.

Mesmo na hipótese de regras aparentemente simples, sem maior complexidade, é possível a ocorrência de casos em que a sua aplicação não se coadunaria com a finalidade a que se destina e, ao contrário, ocasionaria um sentimento de injustiça.

Toma-se como exemplo um parque em que é proibida a entrada

de cães, constando tal regra em uma grande placa aposta em sua entrada. Ocorre que, certo dia, um cego, com um cão-guia, chega à entrada do parque. Será que aquela regra aplica-se a esse caso, em que o cão-guia, mais do que um simples animal de estimação, representa a própria visão daquela pessoa?

A lei positiva aplicada friamente, sem análise quanto à real consecução dos valores que procura promover, a ela intrínsecos ou previstos explícita ou implicitamente no sistema, não é mais aceita pelo Pós-Positivismo. José de Albuquerque Rocha bem demonstra essa insuficiência:

[...] como os fins propostos pelo ordenamento jurídico se destinam a operar na realidade social, política e econômica, a decisão deve ser valorada não só quanto à sua coerência com o sistema (controle interno ou intra-sistemático), mas também em relação às suas consequências sociais, políticas e econômicas práticas, isto é, extranormativas, para verificar seu impacto sobre a realidade, à luz dos objetivos que o sistema propõe como resultado a ser alcançado pela decisão (controle externo ou extra-sistemático)¹².

Assim, a ponderação axiológica encontra aplicação não só no âmbito de conflito entre princípios, como também na definição de conceitos jurídicos indeterminados e, excepcionalmente, na aplicação das próprias regras.

Também o mito da neutralidade do julgador não acha mais espaço. As regras procedimentais devem garantir, de fato, um juízo imparcial, equidistante dos interesses das partes. O julgador, contudo, não tem como se despir de suas convicções ideológicas. Deve, sim, procurar conhecer a fundo os valores vivenciados pela sociedade em que atua, sua realidade, para que não profira seu julgamento de uma distância que não lhe permita avaliar as consequências dessa decisão.

Mais uma vez, vale destacar a análise de Perelman:

Concebendo o Direito nem como a expressão da justiça e da razão nem como a expressão da vontade do legislador, e sim como a expressão de um consenso político e social sobre uma solução razoável, numa sociedade em rápida evolução, afirmamos que essa solução resulta, o mais das vezes, de um compromisso difícil entre valores incompatíveis e cuja coexistência importa organizar. O Direito, assim concebido, só ganha forma através dos conflitos e das controvérsias em todos os níveis, e já não pode fornecer a imagem tranquilizadora de uma ordem estável, garantida por um poder imparcial¹³.

De fato, ao não se aceitar mais que a lei positiva contenha todo o Direito, sendo a solução nela apresentada, expressão da vontade do legislador, a única correta e possível, o valor da segurança jurídica perde a proeminência absoluta que havia alcançado no Positivismo. Ao promover um resgate da discussão sobre valores, constituindo os preceitos éticos da sociedade, limites e, ao mesmo tempo, um norte à atuação do Executivo, do Legislativo, do Judiciário e dos próprios integrantes da sociedade, o Pós-Positivismo ocasiona uma “perda” de certo grau de estabilidade da ordem social em benefício da busca pela efetivação da justiça.

No Brasil, a intensificação de discussões sobre temas como a “relativização da coisa julgada” bem demonstra a tentativa de compatibilização entre esses dois valores: segurança e justiça. Até pouco tempo, a segurança era um valor considerado quase absoluto. Todavia, a ordem jurídica brasileira vem passando por um processo de superação dessa supervalorização da forma em detrimento do conteúdo.

Não deve haver uma opção entre segurança e justiça. Tais forças devem ser equilibradas, cada uma se afirmando em um dado momento e em outro não. Com maestria, Perelman bem demonstra essa necessidade de equilíbrio: “É a dialética entre o Legislativo e o Poder Judiciário, entre a doutrina e a autoridade, entre o poder e a opinião pública, que faz

a vida do Direito e lhe permite conciliar a estabilidade e a mudança”¹⁴.

O Direito deve, sim, buscar promover a justiça e o bem comum. Não pode ser abstraído da realidade em que é aplicado e sobre a qual exerce influência, sob o argumento de uma maior estabilidade. Não pode, assim, ser dissociado da Filosofia, da Moral, da Sociologia e da própria Política, que preparam e influenciam os aplicadores do Direito no exercício dos seus misteres.

Nas democracias contemporâneas, a mera invocação de normas jurídicas não justifica o poder. É necessário que existam razões éticas para obedecê-las. E tais razões devem ser expostas nas motivações das decisões, que fazem uma mediação entre norma, fato e valor, pretendendo o convencimento do auditório. Sem essa aceitação, o jurídico cede espaço à imposição pela força. Por isso, nesse debate, é essencial que todos os integrantes da sociedade tenham voz — só assim se podendo falar em uma verdadeira democracia.

O ato de julgar, pois, no novo paradigma do Pós-Positivismo, tem como preocupação última a garantia de direitos, assumindo relevância essencial o princípio da dignidade da pessoa humana e a teoria dos direitos fundamentais.

Concluindo as ideias ora abordadas e traçando o norte dos temas que serão aprofundados nos próximos capítulos desse trabalho, colaciona-se a análise de Ana Paula Barcellos e Luís Roberto Barroso:

O Pós-Positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o princípio da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética¹⁵.

2.1 Necessidade de uma Mínima Objetivação dos Preceitos Éticos, Fundamentada na Dignidade da Pessoa Humana

Do mesmo modo que a concepção formalista do Direito, ao considerar uma norma válida tão somente pela legalidade da sua aprovação, permitiu que esta recebesse qualquer conteúdo, o pensamento jurídico da atualidade receia que, deixados a um completo subjetivismo, os preceitos éticos venham a ser invocados para tentar legitimar ações pautadas em outros interesses, como os econômicos e os de disputa de poder.

Busca-se, pois, a identificação de parâmetros de alguma objetividade, de valores inerentes à existência humana, que impeçam essas invocações abusivas.

Desde já, ressalta-se que as considerações que seguirão não se propõem a exaurir o tema ou a apresentar respostas definitivas, mas, antes, destinam-se a chamar a atenção para um debate importante e inadiável, propondo alguns pontos de enfoque necessários.

“É o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”¹⁶. O pensamento de A. Bleckman expressa magistralmente a posição suprema do indivíduo perante o Estado, justificando, assim, a ascensão do princípio da dignidade da pessoa humana como o mais alto valor jurídico que uma ordem constitucional abriga.

É da busca pela concretização dos direitos fundamentais e da dignidade humana que o Estado retira a legitimidade de sua atuação, devendo tais valores constituir o vetor e limite das normas jurídicas e de sua interpretação.

Mas qual o conteúdo da dignidade da pessoa humana? Tanto no âmbito interno dos Estado, quanto no âmbito internacional, proliferam

decisões que invocam a proteção à dignidade humana. Tal conjuntura, apesar de demonstrar a relevância primordial de tal princípio, inspira cautela, para que a dignidade não se transforme em um espelho em que cada um vê o que quer. O alerta também é feito por Ingo Wolfgang Sarlet: “[...] a busca de uma definição necessariamente aberta, mas minimamente objetiva, impõe-se justamente em face da exigência de um certo grau de segurança e estabilidade jurídica, bem como para evitar que a dignidade continue a justificar o seu contrário”¹⁷.

Dürig¹⁸ propôs uma fórmula segundo a qual a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa fosse descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.

Tal fórmula possui a qualidade de permitir a verificação, diante de um caso concreto, se existiu uma efetiva violação da dignidade da pessoa humana. Não é, todavia, suficiente. É necessária a formulação de uma definição abstrata, que permita a prevenção das violações da dignidade da pessoa humana. Colaciona-se adiante a definição construída por Ingo Wolfgang Sarlet, segundo quem a dignidade da pessoa humana é:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 assegurem 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 humanos¹⁹.

A definição acima destaca o caráter duplice do princípio da dignidade da pessoa humana, como limite e tarefa — expressão da autonomia da

pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência) e sua proteção por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou, até mesmo, quando ausente a capacidade de autodeterminação.

Com efeito, a dignidade é uma qualidade inerente à existência humana que deve ser respeitada, tanto pelo Estado, como pela comunidade, não se podendo desconsiderar direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana, por uma suposta eficiência da sociedade e/ou um maior proveito de um maior número de indivíduos (como propõem algumas teorias utilitaristas).

Como alerta John Rawls: “Reintroduzir os imperativos da justiça social não deve suprimir as liberdades e os direitos dos indivíduos, mas neles fincar raízes. É somente daí que pode nascer um consenso. Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar”²⁰.

Ronald Dworkin chama a atenção para o risco que correriam os direitos fundamentais, se o Estado os pudesse colocar em segundo plano, ao apelar para o direito de uma maioria democrática fazer valer sua vontade:

A perspectiva de ganhos utilitaristas não pode justificar que se impeça um homem de fazer o que tem direito de fazer. Os supostos ganhos resultantes do respeito à lei são meros ganhos utilitaristas. Não haveria sentido algum em alardear nosso respeito pelos direitos, a menos que isso envolvesse algum sacrifício. E esse sacrifício deve ser o de renunciar a quaisquer benefícios marginais que nosso país possa vir a obter, caso ignore esses direitos, quando eles se mostrarem inconvenientes. Assim, o benefício geral não pode ser uma boa razão para a restrição dos direitos, mesmo quando o benefício em questão for um elevado respeito à lei²¹.

Com isso, Dworkin não quer afirmar que os direitos fundamentais dos indivíduos sejam absolutos, podendo entrar em conflito e, no caso

concreto, dar-se prevalência a um dos direitos concorrentes. O que não é admissível é que o “benefício geral” seja considerado, em si, um direito concorrente; tais direitos concorrentes são apenas os pertencentes a outros membros da sociedade tomados enquanto indivíduos.

Por vezes, nem mesmo o livre convencimento autoriza determinados procedimentos que se mostrem atentatórios à dignidade, podendo a autonomia da vontade ser relativizada em face da sua dimensão assistencial (protetiva). Mas quais são esses limites? Até que ponto pode o Estado intervir, retirando parcela da autonomia dos indivíduos, sob o argumento da proteção da dignidade deles mesmos?

Caso emblemático em que tais questões foram discutidas se deu com a decisão do Conselho de Estado da França, de 27 de outubro de 1995, que considerou correta a decisão do prefeito da comuna de Morsang-sur-Orge, o qual havia determinado a interdição de uma casa de diversão que promovia espetáculos nos quais os espectadores eram convidados a lançar um anão o mais longe possível, de um lado a outro do estabelecimento. Para o Conselho de Estado — que reformou a decisão do Tribunal Administrativo que havia anulado a medida do Poder Executivo local —, esses “campeonatos de lançamento de anões” não poderiam ser tolerados, por constituírem ofensa à dignidade da pessoa humana, sendo irrelevante a voluntariedade da participação dos anões no espetáculo, já que a dignidade constitui bem fora do comércio e é irrenunciável.

Ressalte-se que a decisão do Conselho de Estado da França foi objeto de impugnação pelo próprio destinatário da proteção (*in casu*, o anão, que desde o início insurgira-se contra a interdição do estabelecimento) perante o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, que, em decisão proferida em 26 de julho de 2002, acabou rechaçando a afirmação do impugnante de que não via, na atividade, qualquer ofensa à sua dignidade. Além de confirmar o argumento da

violação da ordem pública pela afetação da dignidade do anão, o Comitê das Nações Unidas acrescentou que nada havia de abusivo na interdição e que o simples fato de existirem atividades outras, igualmente suscetíveis de interdição, não é suficiente para conferir um caráter discriminatório à interdição relativa ao lançamento dos anões.

A decisão supra gerou grande polêmica. É possível o Estado substituir o juízo de uma pessoa sobre o que ofende ou não sua dignidade? A dignidade do anão não estaria igualmente (ou ainda mais) ofendida se aquela atividade era a única da qual ele conseguia retirar o seu sustento?

As questões acima levantadas são atuais e complexas, matéria de fundo de grandes discussões travadas sobre temas como o aborto e a eutanásia, não sendo intenção deste trabalho apresentar respostas, mas, sim, trazer à tona a discussão.

O fato é que, em tais “casos difíceis”, não existem certo e errado absolutos, mas argumentos fortes e argumentos fracos. A decisão a ser alcançada deve buscar uma correção moral, mas sempre ficando aberta à pretensão de correção da comunidade jurídica e da sociedade.

Como tarefa, o princípio da dignidade impõe à comunidade e, principalmente, ao Estado, atuações positivas, devendo ter como meta permanente a proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos. Não há apenas a garantia negativa de que a pessoa não será vítima de ofensas ou humilhações, mas também a positiva de pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo²².

A busca de realização dessa tarefa vem-se concretizando em políticas de ações afirmativas adotadas pelos Estados, que assumem conduta ativa objetivando dar aos indivíduos essa oportunidade de desenvolvimento. Sem adentrar o mérito da polêmica, citam-se, para exemplificação, os sistemas de cotas raciais para ingresso em universidades, que vêm sendo discutidos em vários países, como nos

Estados Unidos, tendo o debate recentemente chegado ao Brasil, já com algumas experiências concretizadas.

Da dignidade, pois, decorrem direitos subjetivos à sua proteção, ao seu respeito e à sua promoção, não só pelo Estado, mas também pelos particulares, implicando, ademais, a existência de um dever geral de respeito por parte de todos os integrantes da comunidade para com os demais e, além disso, um dever das pessoas para consigo mesmas.

A coexistência desses direitos e deveres enseja inevitáveis colisões, que devem ser solucionadas a partir de restrições parciais ao alcance dos direitos, em busca de uma solução razoável. Essa restrição dos direitos fundamentais não pode, todavia, representar ofensa à dignidade da pessoa humana — esse é o limite, o núcleo que deve ser considerado inatingível, consoante fórmula de inspiração kantiana de vedação de qualquer conduta que importe em instrumentalização ou coisificação do ser humano, o qual é fim, e não meio.

3 NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

A Constituição de um povo concretiza o seu espírito, as suas escolhas políticas, os valores que o regem, encontrando-se no centro, ou melhor, no ápice de todo o ordenamento positivo. Nas palavras do mestre Jorge Miranda:

A Constituição não figura apenas como um limite, mas também como fundamento do Poder Público, e não apenas como fundamento do poder, mas também como fundamento da ordem jurídica. Porque é a Constituição que estabelece os poderes do Estado e que regula a formação das normas jurídicas estaduais, todos os atos e normas do Estado têm de estar em relação positiva com as normas constitucionais para participarem também eles da sua legitimidade; têm de ser conformes com estas normas para serem válidos²³.

O culto à lei do Estado Legalista, com suas bases firmadas no Positivismo, foi substituído, no Estado Democrático de Direito, pelo culto à Constituição, com o reconhecimento da normatividade dos princípios que consagram direitos fundamentais, sendo tais preceitos supremos vistos não como meros conselhos ao legislador ou simples declarações políticas de direitos, mas como normas vinculantes. Luís Roberto Barroso situa a participação do Estado Brasileiro nesse fenômeno:

Fenômeno contemporâneo, que entre nós iniciou seu curso após a Carta de 1988, foi a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. À supremacia, até então meramente formal, da Lei Maior, agregou-se uma valia material e axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Compreendida como ordem objetiva de valores e como sistema aberto de princípios e regras, a Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o Direito Infraconstitucional²⁴.

Como ordem objetiva de valores, a Constituição condiciona a leitura e a interpretação de todo o ordenamento infraconstitucional, incluindo todos os ramos do Direito, gerando o fenômeno que vem sendo denominado de *constitucionalização do Direito*. A ideia de sistema aberto de princípios e regras, por sua vez, abrange dois conceitos: o de *incompletude*, pois a Constituição não tem a pretensão de disciplinar todos os temas e, os que disciplina, o faz instituindo os grandes princípios; e o de certa *indeterminação de sentido*, que permite a integração de suas normas pela atuação do legislador e do intérprete.

Diante do pluralismo e da complexidade das relações sociais, é inevitável a consagração, em um mesmo texto constitucional, de opções e interesses políticos diversos e até mesmo de direitos que, em concreção, podem colidir, exigindo do intérprete um esforço todo especial — e também técnicas próprias —, a fim de preservar cada uma das normas envolvidas, definir-lhes os contornos e manter a unidade da Constituição.

Não é mais possível examinar os problemas contemporâneos sob um único ponto de vista ou oferecer-lhes uma resposta simples e direta, uma vez que, com frequência, envolvem valores e interesses diversificados e conflitantes.

Tal indeterminação, por via de consequência, é transferida para o plano infraconstitucional. A impossibilidade de regulação detalhada, pelo Legislativo, das situações que dia a dia se renovam, impelindo-o a elaborar leis cada vez mais gerais que, expressa ou implicitamente, delegam ao Executivo poder para disciplinar ou decidir aquilo que é deixado inconcluso pela lei, e o uso mais intenso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos atos normativos são dois exemplos típicos desse fenômeno de ampliação do papel da interpretação jurídica. O Executivo, um dos intérpretes jurídicos, terá que buscar na ordem jurídica o sentido e o limite próprios para suas ações, cada vez mais amplas e menos submetidas a prescrições legais específicas.

Paralelamente, na mesma medida em que cresce o espaço de atuação do Executivo, cresce também o controle dessa atuação pelo Poder Judiciário. Exemplo disso é a evolução da análise do “mérito administrativo” pelo Judiciário, antes considerada indevida, por importar em inobservância ao princípio da Separação de Poderes. Na atualidade, o Judiciário não mais se limita à verificação de formalidades ou de características externas dos atos administrativos, passando a ingressar no “mérito administrativo”, não para substituir a opção política do Executivo — o que, de fato, seria indevido —, mas para aferir sua compatibilidade com princípios constitucionais, tais quais razoabilidade, eficiência, moralidade e economicidade.

É claro que o método da subsunção continua sendo suficiente para solucionar boa parte dos casos, de menor complexidade, em que a opção valorada pelo legislador, consagrada na norma, ou a aplicação já

sedimentada como precedente serão bastante para resolvê-los. Consoante o “princípio da inércia”, concebido por Perelman, não são necessárias maiores justificações para seguir os precedentes, mas, sim, para as decisões que os contrariam.

Todavia, a multiplicidade de valores consagrados no texto da Constituição, normatizados em princípios, que têm uma estrutura diversa daquela que possuem as normas infraconstitucionais, tornou necessário o desenvolvimento de uma nova hermenêutica.

Com efeito, a dogmática jurídica moderna, construída a partir da sistematização realizada, principalmente, por Ronald Dworkin e Robert Alexy, sedimentou o entendimento de que as normas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, enquadram-se em duas categorias diferentes: as regras e os princípios. As regras contêm relato mais objetivo, com incidência restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já os princípios têm maior grau de abstração e uma finalidade mais destacada no sistema.

Inexiste hierarquia entre ambas as categorias, à vista do princípio da unidade da Constituição — o que não impede que princípios e regras desempenhem funções diversas dentro do ordenamento.

De fato, é possível estabelecer uma relação entre o valor segurança e as regras jurídicas e, do mesmo modo, identificar uma ligação entre os princípios e o valor justiça. Ao veicularem efeitos jurídicos determinados, pretendidos pelo legislador de forma específica, as regras contribuem para a maior previsibilidade do sistema jurídico. Por sua vez, a maior flexibilidade dos princípios permite uma adaptação mais livre às infinitas possibilidades do caso concreto. “A harmonia de um sistema jurídico reside no equilíbrio eficiente entre segurança e justiça”²⁵.

Falando sobre a importância dessa diferenciação entre regras e princípios, Luís Roberto Barroso destaca que:

A distinção qualitativa entre regra e princípio é um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central²⁶.

A aplicação dos princípios difere da aplicação das regras. A colisão de princípios não só é possível como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Um princípio deve restringir e complementar o outro, consoante exigências de justiça inerentes ao caso concreto, procedendo-se a um sopesamento entre eles, não havendo a exclusão de qualquer deles do sistema, permanecendo o seu valor, em abstrato, inalterado. Desse modo, “o sistema de princípios é aberto e caracterizado pela coexistência dos valores por ele enunciados, bem como pela dependência da realidade concreta e social para o estabelecimento da devida ponderação axiológica, o que acarreta, ao mesmo tempo, a complexidade e o desenvolvimento do sistema”²⁷.

O fato é que, na análise da Constituição, não é possível escolher simplesmente uma norma em detrimento das demais: o princípio da unidade, segundo o qual todas as disposições constitucionais têm a mesma hierarquia e devem ser interpretadas de forma harmônica, não admite essa solução. Situação semelhante ocorre com muitas normas infraconstitucionais que, refletindo os conflitos internos da Constituição, encontram suporte lógico e axiológico em algumas normas constitucionais, mas parecem afrontar outras. Também aqui, a verificação da constitucionalidade dessas normas infraconstitucionais não poderá ser resolvida por uma mera subsunção.

Além do princípio da unidade da Constituição, acima referido, outros princípios norteiam a hermenêutica constitucional, funcionando

como premissas conceituais, metodológicas ou finalísticas da aplicação das normas que vão incidir sobre a relação jurídica de direito material, tais quais: princípio do efeito integrador, princípio da máxima efetividade, princípio da força normativa da Constituição, princípio da repartição funcional, princípio da interpretação conforme a Constituição e princípio da harmonização prática.

Norteados por tais princípios, o intérprete valer-se-á da técnica da “ponderação de valores” para alcançar uma decisão. Não cabe, todavia, o aprofundamento de tais temas no âmbito do presente trabalho.

4 ESFORÇO DE REDIMENSIONAMENTO DA ATUAÇÃO DO MAGISTRADO NO DIREITO PÓS-POSITIVISTA

No Direito Pós-Positivista, o Poder Judiciário assume posição destacada, não por uma proeminência sobre os outros Poderes, mas porque é na apreciação do caso concreto que a norma se delimita em sua inteireza. A atuação do magistrado, sem qualquer dúvida, envolve criação — não podendo mais o julgador ser considerado, como na concepção de Montesquieu, apenas a boca que pronuncia a lei.

Numa visão democrática do Direito, que não considera este como o ato de uma autoridade competente, mas que quereria, ademais, que as decisões judiciais fossem não só legais, mas também aceitáveis, porque não se opõem categoricamente a valores socialmente reconhecidos, o papel do juiz continental cresce singularmente e se aproxima do papel do juiz anglo-saxão. Mas, ao mesmo tempo, cresce o papel da argumentação e da retórica na aplicação e na evolução do Direito. E essa observação diz menos respeito ao advogado do que ao juiz, forçado, cada vez mais, a uma motivação das sentenças que já não se contenta em mostrar a correção da forma, mas se esforça em torná-las convincentes. A exposição de motivos será diferente quando couber convencer a opinião pública do caráter razoável da decisão e quando bastar indicar à Corte de Cassação que a sentença não violou a lei. Ao

*Positivismo sucede, assim, uma visão menos formalista do Direito, que insiste na aceitação das decisões judiciais no meio social ao qual é aplicável o sistema de direito*²⁸.

Enquanto as atividades legislativa e executiva são legitimadas, principalmente, em razão de seus agentes terem ascendido à posição de representantes do povo mediante o exercício do sufrágio, a atividade judiciária, que não é exercida por representantes eleitos, tem que se legitimar através da fundamentação das decisões prolatadas.

Essa fundamentação, por sua vez, não pode ser vista como mera invocação de um dispositivo legal, tal qual concebido pelo Positivismo jurídico. Com efeito, a racionalidade do Positivismo é dedutiva e linear, sendo as decisões particulares deduzidas das regras gerais. Acreditava-se na ideia de que a lei tornaria as coisas simples, antecipando um estado de coisas possível e considerado preferível, garantindo um porvir melhor. Diante da complexidade crescente da sociedade, porém, pode-se concluir que tal paradigma, firmado na imagem da pirâmide e do código completo, entrou em profunda crise.

Deve-se ter cautela, todavia, para não assumir a posição diametralmente oposta, que é igualmente reducionista, de fazer do juiz, de cada juiz, o foco exclusivo da jurisdição, concedendo-lhe um papel hercúleo²⁹. A generalidade e a abstração deixariam lugar à singularidade e ao concreto do juiz. A ordem se inverte e se pretende indutiva. É do fato que surge a regra ou, mais concretamente, a decisão particular, na qual se esgota a jurisdição.

O raciocínio jurídico não deve ser concebido como exclusivamente dedutivo ou indutivo, mas hermenêutico e dialético, não se reduzindo à improvisação nem à simples determinação de uma regra superior:

[...] o ato intelectual próprio das ciências culturais resulta de um processo dialético que consiste na busca de uma

síntese proveniente das confrontações das diversas compreensões possíveis de um objeto, o qual possui um substrato (suporte) e um sentido (projeção do espírito humano). O sujeito cognoscente é, por sua vez, visto não mais como um ente autônomo que vê o objeto de um ângulo que lhe permite desfrutar de neutralidade, mas, sim, como alguém que determina o objeto, enquanto é por este determinado. No caso, o objeto cultural seria contemplado não apenas como produto de um autor individual, mas como uma realidade histórica em movimento, e o intérprete, por sua vez, como membro de uma determinada sociedade, considerá-lo-ia em seu próprio contexto condicionante de valores. O padrão de verdade estaria não mais na objetividade, mas na intersubjetividade (consenso)³⁰.

É tempo de pensar o Direito não como discurso de verdades absolutas, mas como circulação incessante de sentido, o qual influencia e é influenciado por cada integrante do mundo jurídico e da própria sociedade.

Conforme já restou consignado em momento anterior do presente estudo, verdades absolutas não se coadunam com o pluralismo e com o dinamismo da sociedade. Em cada caso concreto, muitos são os valores e interesses em colisão, que devem ser sopesados pelo julgador em sua decisão — a qual deverá ser justificada perante a sociedade como um todo. Nessas hipóteses de colisão de valores abrigados pela sociedade, não é possível falar-se em resposta certa ou resposta errada para cada caso jurídico, mas, sim, em argumentos fortes e argumentos fracos, ressaltando-se que, quaisquer que sejam os argumentos, devem estar abertos à pretensão de correção da comunidade jurídica e da sociedade.

Busca-se alcançar uma decisão representativa de um consenso, a qual as pessoas, sem se despirem de suas convicções abrangentes, possam aceitar como verdadeira ou razoável. Nesse processo, a justificação da decisão assume grande relevância, de modo a validar a adoção de uma posição, e não outra, pois é a partir dela que a decisão sofrerá controle pela sociedade e procurará aceitação no seu seio.

O juiz, no Direito Pós-Positivista, deve ser concebido como um mediador, um intermediário da discussão pública necessária ao alcance desse consenso, dirigido por uma síntese dialética entre segurança e justiça.

Há amplo consenso de que a ordem jurídica é uma função de dois valores principais: de um lado, a segurança, a previsibilidade e a estabilidade das relações sociais e, de outro, a justiça. [...] Um sistema que supervaloriza a segurança pode tornar-se iníquo e desconectar-se das legítimas expectativas de justiça. Por outro lado, uma ordem jurídica que despreza a segurança acaba por instituir um ambiente de imprevisão e incerteza que dificulta as relações sociais e o desenvolvimento pessoal dos indivíduos.

Além disso, quanto maior for a possibilidade, autorizada pelo sistema, de realizar justiça no caso concreto, maior liberdade será conferida ao aplicador da norma, crescendo na mesma proporção o risco de arbítrio e a ameaça para a isonomia, já que mais facilmente se produzirão julgamentos desiguais para casos idênticos. Por outro lado, negar ao intérprete qualquer espaço de adaptação ao caso pode inviabilizar sua atuação, em especial diante de realidades intensamente mutáveis, como as contemporâneas, em que é simplesmente impossível regular as novas questões no mesmo ritmo em que elas surgem e são levadas ao Judiciário. Em suma: a harmonia de um sistema jurídico reside no equilíbrio eficiente entre segurança e justiça.

Julgar não é decisionismo nem determinismo. Para alcançar-se o necessário equilíbrio entre segurança e justiça, é preciso que se tenha consciência da obrigação de observância dos seguintes parâmetros: o poder do juiz é limitado por alternativas de ação previamente definidas; a escolha das alternativas segue regras previamente estabelecidas; a decisão precisa ser motivada, como forma de controle público e de legitimação.

Em um Estado Democrático de Direito, o juiz tem o que aqui intitulamos de responsabilidade ético-funcional. Sob o ponto de vista ético, o magistrado é regido pelo princípio da equidade,

que prescreve a realização da justiça no caso concreto, enquanto pelo aspecto funcional o julgador vincula-se à ordem jurídico-normativa. Assim, o juiz deve fundamentar e motivar as suas decisões. A fundamentação liga-se à indicação do fato precedente, que serve de base para a decisão, e das normas aplicáveis ao caso. A motivação envolve a exposição das razões pelas quais se definiu o fato de um determinado modo e mediante as quais foram escolhidas e determinadas normas jurídicas para serem aplicadas, bem como inclui a interpretação dada às normas. A motivação deve ser racional e compreensível, a fim de que possa servir como garantia do controle democrático difuso³¹.

Antes mesmo da avaliação quanto às soluções que impõe, a legitimidade do Direito decorre da legitimidade do próprio procedimento decisório, o qual se baseia na discussão pública razoável, constituindo um modo de solução de conflitos equitativo e contraditório.

Desse modo, para que haja a garantia dessa legitimidade, é fundamental que exista o respeito às condições da discussão sem coação, com efetiva oportunidade de voz a todas as partes interessadas, observando-se as formas, os prazos e os procedimentos. Tal garantia de um procedimento que constitua um verdadeiro espaço de controvérsia, com paridade de armas, ao mesmo tempo que é capaz de desqualificar a violência que pretenderia impor seu ponto de vista pela força, também afasta a imposição de opiniões pela maioria. Disso decorre a relevância destacada da garantia do processo equitativo.

Não se pode, todavia, descuidar do conteúdo — sob pena de aceitar-se qualquer conteúdo —, que deve necessário respeito aos direitos fundamentais, com destaque para a dignidade da pessoa humana, com toda a grandeza e as dificuldades de precisão já abordadas.

Todo direito subjetivo reflete um dever correspondente na pessoa do outro. O juiz deve, pois, além da razão, recorrer ao *pathos* — a consciência sensível, irrefletida, que corresponde ao outro em nós, a qual é expressa na compaixão e generosidade.

Se o Direito Natural forneceu uma técnica secular no Ocidente medieval para limitar o exercício do poder de forma que ele seja digno de um monarca cristão, se a idéia de um direito racional pôde cumprir a mesma função nos séculos XVII e XVIII, esse mesmo papel é cumprido, nas sociedades democráticas contemporâneas, por juizes que compreendem seu papel, que é o de conciliar o respeito pelo direito com o respeito pela equidade e pela justiça, de eliminar-lhe as conseqüências desarrazoadas, portanto inaceitáveis³².

Longe de constituir mera retórica, a ascensão dos valores a uma posição central no debate jurídico deve repercutir na realidade, como analisam com precisão Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso:

O discurso acerca dos princípios, da supremacia dos direitos fundamentais e do reencontro com a Ética — ao qual, no Brasil, se deve agregar o da transformação social e o da emancipação — deve ter repercussão sobre o ofício dos juizes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em geral e sobre a vida das pessoas. Trata-se de transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na dogmática jurídica e na prática jurisprudencial e, indo mais além, produzir efeitos positivos sobre a realidade³³.

Todos os integrantes do universo jurídico devem incorporar a discussão axiológica aos seus misteres. Nessa realidade, o magistrado não se deve colocar em um plano superior, como detentor de toda a razão, nem tal qual uma máquina, que se limita a processar dados e fornecer uma resposta programada pelo sistema. Compete ao julgador a posição de intermediário, nesse espaço de controvérsia equitativa que é o processo, cabendo-lhe, ao final, com as balizas do Direito Positivo, mas orientado pelos valores consagrados pela comunidade, proferir uma decisão que encerre o conflito.

Deve ter consciência, contudo, da impossibilidade de uma pretensa neutralidade. As regras procedimentais, de fato, podem garantir um juízo imparcial, equidistante dos interesses das partes. O julgador, porém,

não tem como se despir de suas convicções ideológicas. Por mais essa razão, é essencial que o magistrado procure conhecer a fundo os valores da sociedade, sua realidade, para que não profira seu julgamento de uma distância que não lhe permita avaliar as consequências dessa decisão.

CONCLUSÃO

O Direito é uma proporção real e pessoal de homem para homem, que, quando é mantida por estes, mantém a sociedade e, quando se corrompe, corrompe-a³⁴.

Dante Alighieri

A possibilidade aberta pelo Positivismo, de ascensão ao poder, dentro do quadro de legalidade vigente, de movimentos como o nazismo, tendo seus integrantes invocado o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas das autoridades competentes para fundamentar as atrocidades cometidas, gerou imediata reação do mundo jurídico. Finda a Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico puramente formal, indiferente a valores éticos, tornou-se inaceitável.

As reflexões acerca do Direito passaram, assim, a promover um retorno dos valores, uma reaproximação entre Ética e Direito. Trata-se de voltar a vincular à norma o conteúdo de justiça, pautado pela teoria dos direitos fundamentais, edificada, por sua vez, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana.

A busca do Pós-Positivismo, direcionada à reinserção de valor à norma, contudo, não significa um retorno ao Jusnaturalismo puro, que concebia verdades absolutas. Essa verdade única e imutável não se coaduna com o pluralismo e com o dinamismo da sociedade. Em cada caso concreto, muitos são os valores e interesses em colisão, que devem ser sopesados pelo julgador em sua decisão, a qual deverá ser justificada perante a sociedade como um todo.

Com efeito, nas democracias contemporâneas, a mera invocação de normas jurídicas não justifica o poder. É necessário que existam razões éticas para obedecê-las. E tais razões devem ser expostas nas motivações das decisões, que fazem uma mediação entre norma, fato e valor, pretendendo o convencimento do auditório. Sem essa aceitação, o jurídico cede espaço à imposição pela força. Por isso, nesse debate, é essencial que todos os integrantes da sociedade tenham voz — só assim se podendo falar em uma verdadeira democracia.

Busca-se, assim, alcançar uma decisão representativa de um consenso, o qual as pessoas, sem se despirem de suas convicções abrangentes, possam aceitar como verdadeiro ou razoável. Nesse processo, a justificação da decisão assume grande relevância, de modo a validar a adoção de uma posição, e não de outra, pois é a partir dela que a sociedade exercerá controle e poderá aceitar a decisão proferida.

O ato de julgar no novo paradigma do Pós-Positivismo tem como preocupação última a garantia de direitos, assumindo relevância essencial o princípio da dignidade da pessoa humana e a teoria dos direitos fundamentais.

Não deve haver uma opção entre segurança e justiça. Tais forças devem ser equilibradas, cada uma se afirmando em um dado momento e em outro não.

O juiz no Direito Pós-Positivista, pois, nessa teia de relações, deve ser concebido como um mediador, um intermediário da discussão pública necessária ao alcance de um consenso aceitável pela sociedade, dirigido por uma síntese dialética entre segurança e justiça.

Todos os estudiosos e aplicadores do Direito devem incorporar a discussão axiológica à suas atuações. Nessa realidade, o magistrado não se deve colocar em um plano superior, como detentor de toda a razão, nem tal qual uma máquina, que se limita a processar dados e a

fornecer uma resposta programada pelo sistema. Compete ao julgador a posição de intermediário, nesse espaço de controvérsia equitativa que é o processo, cabendo-lhe, ao final, com as balizas do Direito Positivo, mas orientado pelos valores consagrados pela comunidade, proferir uma decisão que encerre o conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. Alguns Parâmetros Normativos para a Ponderação Constitucional. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luis Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial: um Consenso Mínimo entre os*

Humanos. Brasília: Letra Viva, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 6. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARMENTO, Daniel (organizador). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NOTAS

¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 207.

² BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 20-21.

³ PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 422.

- ⁴ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 26.
- ⁵ PERELMAN, Chaïm. Op. cit. p. 395.
- ⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 29.
- ⁷ PERELMAN, Chaïm. Op. cit. p. 392.
- ⁸ Apud MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit. p. 72.
- ⁹ Apud MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit. p. 92.
- ¹⁰ PERELMAN, Chaïm. Op. cit. p. 463.
- ¹¹ PERELMAN, Chaïm. Op. cit. p. 432.
- ¹² Apud MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit. p. 101.
- ¹³ PERELMAN, Chaïm. Op. cit. p. 463.
- ¹⁴ PERELMAN, Chaïm. Op. cit. p. 631.
- ¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 336.
- ¹⁶ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 6. ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 70.
- ¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 60.
- ¹⁸ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 60-61.
- ¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 63.
- ²⁰ RAWLS, John. *Justiça e Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. XV.
- ²¹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 296.
- ²² Artigo XXII da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, adotada e proclamada pela resolução 217ª (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948: “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”.
- ²³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. São Paulo: Forense, 2002. p. 327.
- ²⁴ BARROSO, Luís Roberto. O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia*

do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. xi-xii.

²⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit. p. 79.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 30.

²⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit. p. 70.

²⁸ PERELMAN, Chaïm. Op. cit. p. 557-558.

²⁹ DWORKIN, Ronald. Op. cit.

³⁰ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit. p. 118-119.

³¹ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit. p. 121.

³² PERELMAN, Chaïm. Op. cit. p. 457.

³³ BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 337.

³⁴ Apud MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. Op. cit. p. 227.