



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO COM ENFOQUE  
NA MORALIDADE POLÍTICA COMO FUNDAMENTO DA  
DECISÃO JUDICIAL: A OPINIÃO PÚBLICA NAS  
DECISÕES DE TEMA RELEVANTE DO STF

Juliete Ruana Mafra Granada



Tesis

Doctorales

[www.eltallerdigital.com](http://www.eltallerdigital.com)

UNIVERSIDAD de ALICANTE

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ  
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E  
PRODUÇÃO DO DIREITO  
LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E POLÍTICA DO DIREITO  
DOUTORAMENTO EM REGIME DE DUPLA TITULAÇÃO

**INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO COM ENFOQUE  
NA MORALIDADE POLÍTICA COMO FUNDAMENTO DA  
DECISÃO JUDICIAL: A OPINIÃO PÚBLICA NAS  
DECISÕES DE TEMA RELEVANTE DO STF**

**JULIETE RUANA MAFRA GRANADO**

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

**Itajaí-SC  
fevereiro/2019**

**UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI  
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E INOVAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ  
CURSO DE DOUTORADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CDCJ  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUCIONALIDADE, TRANSNACIONALIDADE E  
PRODUÇÃO DO DIREITO  
LINHA DE PESQUISA: PRINCIPIOLOGIA CONSTITUCIONAL E POLÍTICA DO DIREITO  
DOUTORAMENTO EM REGIME DE DUPLA TITULAÇÃO**

**INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO COM ENFOQUE  
NA MORALIDADE POLÍTICA COMO FUNDAMENTO DA  
DECISÃO JUDICIAL: A OPINIÃO PÚBLICA NAS  
DECISÕES DE TEMA RELEVANTE DO STF**

**JULIETE RUANA AMAFRA GRANADO**

Tese submetida ao Curso de Doutorado em  
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do  
Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à  
obtenção do título de Doutor em Ciência  
Jurídica.

**Orientador: Professor Doutor Orlando Luiz Zanon Junior**

**Co-orientadora: Professora Doutora Mari Ángeles Ródenas Calatayud**

**Itajaí-SC  
fevereiro/2019**

## **TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE**

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, fevereiro/2019.

**Juliete Ruana Mafra Granado**  
**Doutoranda**



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

“dando graças constantemente a Deus Pai por todas as coisas, em  
nome de nosso Senhor Jesus Cristo”.

Efésios 5:20

PÁGINA DE APROVAÇÃO  
(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

<b>Art.</b>	Artigo
<b>ADI</b>	Ação Direta de Inconstitucionalidade
<b>ADPF</b>	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
<b>ARE</b>	Recurso Extraordinário com Agravo.
<b>CRFB/1988</b>	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
<b>HC</b>	Habeas Corpus
<b>MI</b>	Mandado de Injução
<b>N.</b>	número
<b>RE</b>	Recurso Extraordinário
<b>STF</b>	Supremo Tribunal Federal



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## ROL DE CATEGORIAS

**Ambiente Jurídico** é o cenário que antecede o caso em concreto e leva o julgador a construir a decisão judicial em perspectiva de fenômenos como a jurisdição constitucional, a constitucionalização do ordenamento jurídico, a judicialização da política e a ascensão judicial, decorrentes com o advento da CRFB/1988, conscientizando-o sobre o papel da função judicante.

**Ativismo Judicial** “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a Sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”<sup>1</sup>.

**Decisão Judicial** é a decisão tomada por uma autoridade no exercício da jurisdição, na qualidade de órgão de revisão das condutas praticadas em Sociedade, com poder de imposição mediante emprego da força intimidativa ou física, que implementa uma conduta de acordo com a Norma Jurídica<sup>2</sup>; “na linguagem jurídica, o resultado de um julgamento ou a solução obtida em um conflito de interesses através de uma sentença ou de um acórdão, produzindo norma concreta”<sup>3</sup>.

**Descoberta** é a etapa de construção da decisão judicial que o julgador se convence a favor ou contra a demanda propositiva, descobrindo qual determinação tomar sobre o resultado decisório dentro da sua mente.

**Direito** é o “Instituto artificialmente criado para cristalizar os parâmetros morais e éticos de tomada de decisão e para fixar as consequências quanto à sua observância ou não, as quais são reforçadas institucionalmente, mediante

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:

<[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf).> Acesso em dezembro 2018.

<sup>2</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 227.

<sup>3</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 27.



estruturas políticas criadas para esta finalidade”<sup>4</sup>.

**Direito Unidimensional** é a visão do Direito que configura apenas as regras como fonte jurídica a ser aplicada na tomada de decisão judicial, destituindo os princípios, a moral, a política e outros padrões de julgamento como determinantes da construção decisória<sup>5</sup> e “a representação unidimensional do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminabilidade da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente”<sup>6</sup>.

**Direito Multidimensional** é a visão que representa o Direito em multi dimensões porque se utiliza de outros padrões de julgamento para construir a decisão judicial além do texto normativo, utilizando como fontes no julgamento o texto normativo mais os princípios jurídicos, padrões morais e éticos, conhecimento interdisciplinar, elementos extrajurídicos, tecnologia, frente ao contexto de constitucionalização de direitos.

**Ética** é o “Conjunto de parâmetros valorativos convergentes em determinado grupo de pessoas ou comunidade individualmente identificável, de modo a orientar e delimitar as deliberações tomadas perante o agrupamento”<sup>7</sup>.

**Fatores Intrínsecos** são os elementos técnicos fundamentais para a formação decisória pelo julgador munido da função judicante.

**Fatores Extrínsecos** são os elementos externos ao Direito que não se aplicam como fonte jurídica na decisão judicial, apreendidos pelo julgador consciente ou inconscientemente, que influenciam na prática deliberativa de forma decisiva ou de maneira a inclinar determinado critério avaliativo na tomada de decisão judicial para o aumento do decisionismo.

---

<sup>4</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 228.

<sup>5</sup> ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 394.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 259.

<sup>7</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 228.

**Legitimidade** é “na estrita acepção com que é utilizada na linguagem jurídica, significa a qualidade do ato apoiado na lei; nas ciências políticas e sociais toma sentido mais ampla para referir-se a tudo aquilo que resulte em benefício geral e tenha o respaldo da Sociedade. Neste sentido, a qualidade do ato e da própria lei deverá identificar-se com as aspirações sociais com os princípios éticos”<sup>8</sup>.

**Interdisciplinaridade** é o processo de ligação entre disciplinas que conecta dois ou mais ramos do saber, relacionando conteúdos distintos em objetivo comum, para fins de investigar determinado fenômeno sem que haja limitações de conhecimento científico fragmentado.

**Judicialização da política** é a “assunção pelo Judiciário de um inequívoco papel político”<sup>12</sup>, trata-se do fenômeno que ocorre devido ao “modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”<sup>9</sup>.

**Jurisdição Constitucional** é o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral, e pela interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a constituição.

**Jusnaturalismo** é o “paradigma da Ciência do Direito que afirma a existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado, a qual decorreria da própria natureza humana e seria aferível somente pela boa razão”<sup>10</sup>.

**Justiça** é categoria polissêmica cujos principais significados, no uso corrente da pesquisa, são: “1. A ordem nas relações humanas; 2. Conformidade da conduta

---

<sup>8</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 60.

<sup>9</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <  
[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf.>](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.>)  
Acesso em dezembro 2018.

<sup>10</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 229.

a um sistema de normas morais e jurídicas; 3. Valor fundamental do Direito e por isso objetivo permanente de toda ação político-jurídica; 4. Virtude da norma jurídica ao estabelecer equilíbrio no conflito de interesses”<sup>11</sup>; 5. é a visão de fazer a coisa certa pelo cultivo da virtude cívica e a preocupação com o bem comum<sup>12</sup>.

**Justiça Social** é o sentimento de justiça do povo, pela concepção do que é justo para todos.

**Justificação** é a exposição racional de argumentações jurídicas que justificam a decisão judicial tomada pelo julgador dando convencimento da aplicação do direito e o encontro de resposta jurídica para o caso em concreto.

**Moral** “Conjunto de princípios e de padrões de conduta de um indivíduo, de um grupo ou de uma coletividade. Conjunto de regras decorrentes dos costumes e da recepção das virtudes valoradas pelo grupo social”<sup>13</sup>.

**Moralidade Privada** valores de cada indivíduo que o direcionam para o dever de fazer aquilo que é certo, de acordo com seu conhecimento adquirido e crenças, de modo a orientar as suas deliberações.

**Moralidade Política** é ideal que externaliza determinações valorativas sobre questões políticas, constituindo interpretação justificadora do Direito e dos comportamentos em favor dos bons preceitos reguladores para a sociedade, com o propósito de estabelecer a integridade política. Deste campo deriva a opinião pública.

**Opinião** modo de ver ou entender algo que resulta em uma posição.

**Opinião Pública** “toda manifestação da vontade popular, exprimindo geralmente sua concordância ou não sobre determinada matéria. Na abordagem teórica da política jurídica, é a manifestação da consciência jurídica social com vistas à

---

<sup>11</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 56.

<sup>12</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. p. 321-325.

<sup>13</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 65.

crítica sobre determinadas normas ou para expressar desejo de regras jurídicas mais benéficas para a coletividade”<sup>14</sup>.

**Política** é categoria polissêmica cujos principais significados, no uso corrente da pesquisa, são: “1. estudo sistemático das coisas do Estado.2. Estudo das formas de Poder nas relações humanas”<sup>15</sup>.

**Positivismo Jurídico** ou juspotivismo, é o “paradigma da Ciência Jurídica caracterizado, principalmente, pela separação entre Direito e Moral, formação do Ordenamento Jurídico exclusivamente ou prevalecentemente por regras positivadas, construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal, aplicação do Direito posto mediante subsunção e discricionariedade judicial (*judicial discretion* ou *interstitial legislation*) para resolução dos chamados casos difíceis (*hard cases*)”<sup>16</sup>.

**Positivismo Jurídico Excludente** ou exclusivo, perfaz-se dos seguintes aspectos: (1) Tese das fontes do direito: a existência e o conteúdo do direito de uma sociedade particular dependem unicamente de um conjunto de fatos sociais que podem ser descritos sem recorrer à moralidade. (2) Tese da separação conceitual entre lei e moralidade: a adequação da moralidade de certas normas nunca é uma codificação de sua validade legal. (3) Tese dos limites do direito ou tese da discricionariedade judicial: quando o direito apela à moralidade dos juízes dá poder discricionário para decidir os casos<sup>17</sup>.

**Positivismo Jurídico Includente** ou inclusivo, brando, flexível, compreende os seguintes aspectos: (1) Tese das fontes sociais do direito: a existência e

---

<sup>14</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 76.

<sup>15</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 76.

<sup>16</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 229.

<sup>17</sup> “positivismo excluyente: (1) Tesis de la fuentes del derecho: la existencia y el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad. (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación de la moralidad de determinadas normas no es nunca codición de su validez jurídica. (3) Tesis de los límites del derecho o tesis de la discreción judicial: cuando el derecho apela a la moralidad concede a los jueces discreción para decidir los casos”. RÓDENAS CALATAYUD. Ángeles. **Lineamentos metodológicos para la investigación jurídica n. 3: la investigación em filosofía del derecho**. PUCP: Perú, 2017. p. 19.

conteúdo do direito de uma dada sociedade depende de um conjunto de fatos sociais que podem continuamente apelar a certos padrões de moralidade, tornando-os legalmente válidos. (2) Tese da separação conceitual entre lei e moralidade: a adequação da moralidade de certas normas não é necessariamente uma condição de sua validade legal<sup>18</sup>.

**Pós-positivismo jurídico** é o “conjunto de diversas propostas que visam substituir o Paradigma do Positivismo Jurídico, mediante a superação de seus principais problemas, com o objetivo de reger a Ciência Jurídica com hegemonia, por relevante período de tempo”<sup>19</sup>.

**Protagonismo Judicial** é a ascensão do Poder Judiciário em comparação com os demais poderes, pelo seu acúmulo de funções pelo arranjo institucional, devido ao papel de legitimar a democracia pela jurisdição constitucional.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>18</sup> “positivismo incluyente, interpretaría dichas tesis: (1) Tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y contenido del derecho de una determinada sociedad depende de un conjunto de hechos sociales que contingentemente pueden apelar a determinados estándares de moralidad, convirtiéndolos así en jurídicamente válidos. (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación de la moralidad de determinadas normas no es necesariamente condición de su validez jurídica. No es condición suficiente y puede no ser necesaria. (3) Tesis de los límites del derecho y tesis de la discreción judicial: algunas veces en las que el derecho apela a la moralidad determina de esta manera la calificación normativa de las acciones y en dichos casos, no concede discreción a los jueces”. In: RODENAS CALATAYUD. Ángeles. **Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica n. 3**: la investigación en filosofía del derecho. PUCP: Perú, 2017. p. 20.

<sup>19</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p.

<b>RESUMO</b> .....	<b>15</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>16</b>
<b>RESUMEN</b> .....	<b>17</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>38</b>
<b>CAPÍTULO 1</b> .....	<b>46</b>
<b>A CRISE DO DIREITO UNIDIMENSIONAL</b> .....	<b>46</b>
1.1 <b>CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E AS INTERAÇÕES COM A FILOSOFIA DO DIREITO</b> .....	48
1.2 <b>FILOSOFIA DO DIREITO: PONTOS FUNDAMENTAIS DE DESPONTAMENTO AO PARADIGMA JUSPOSITIVISTA</b> .....	65
1.3 <b>POSITIVISMO JURÍDICO: CENÁRIO DE CRISE?</b> .....	76
1.4 <b>O FRACIONAMENTO DA FILOSOFIA DO DIREITO NO SEC. XXI E O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO</b> .....	92
<b>CAPÍTULO 2</b> .....	<b>103</b>
<b>O DIREITO E A INTERDISCIPLINARIDADE</b> .....	<b>103</b>
2.1 <b>A INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO E O POSITIVISMO JURÍDICO</b> .....	116
2.2 <b>A INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO NAS CORRENTES PÓS-POSITIVISTAS</b> .....	141
2.3 <b>O DIREITO E A MORALIDADE POLÍTICA</b> .....	158
<b>CAPÍTULO 3</b> .....	<b>168</b>
<b>A DECISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA MULTIDIMENSIONAL</b> .....	<b>168</b>
3.2 <b>A DECISÃO JUDICIAL E OS FATORES INTRÍNSECOS AO JULGAMENTO</b> .....	182
3.2.1 <b>Os fatores intrínsecos de critério individual que constroem a decisão judicial</b> .....	184
3.2.1.1 <b>A aplicação do direito frente a Teoria jurídica do julgador: a dicotomia entre casos fáceis e difíceis e a busca da resposta jurídica</b> .....	186
3.2.2 <b>Os fatores intrínsecos de critério colegiado que constroem a decisão judicial</b> .....	219
3.3 <b>A DECISÃO JUDICIAL E OS FATORES EXTRÍNSECOS AO JULGAMENTO</b> .....	222
<b>CAPÍTULO 4</b> .....	<b>227</b>
<b>AS INTERFERÊNCIAS DA MORALIDADE POLÍTICA NA DECISÃO JUDICIAL</b> .....	<b>227</b>
4.1 <b>A OPINIÃO PÚBLICA</b> .....	232
4.1.1 <b>A Opinião Pública proveniente do espaço público burguês</b> .....	233
4.1.2 <b>Influências contemporâneas na formação da Opinião Pública: mídia, globalização e a liquidez dos valores na sociedade</b> .....	238
4.1.3 <b>A Opinião pública de uma sociedade pensante</b> .....	243
4.2 <b>A REPRESENTATIVIDADE PÚBLICA E A OPINIÃO PÚBLICA</b> .....	248
4.3 <b>A OPINIÃO PÚBLICA E MORALIDADE POLÍTICA NA PRÁTICA JUDICIAL</b> .....	253
4.4 <b>AS INGERÊNCIAS DA OPINIÃO PÚBLICA NAS DECISÕES DA JUSTIÇA DA ESPANHA: CASO EMBLEMÁTICO “LA MANADA”</b> .....	257

<b>4.5 AS INGERÊNCIAS DA OPINIÃO PÚBLICA COMO FUNDAMENTO NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL .....</b>	<b>260</b>
4.5.1 Metodologia de filtragem dos julgamentos do STF .....	262
<b>4.6 OS LIMITES PARA A INSERÇÃO DE CONHECIMENTO INTERDISCIPLINAR NA DECISÃO JUDICIAL .....</b>	<b>270</b>
4.6.1 O respeito às competências dos poderes .....	273
4.6.2 O combate ao ceticismo moral .....	274
4.6.3 A integração do contexto da descoberta e a da justificação na construção deliberativa ..	277
4.6.4 A previsibilidade decisória e o dualismo teórico-jurídico entre positivismo e pós-positivismo jurídico .....	280
4.6.5 O investimento tecnológico na ação comunicativa sobre consciência política e em aferição aos postulados da ética nacional .....	282
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>288</b>



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## RESUMO

A presente tese de Doutorado intitulada “Interdisciplinaridade do Direito com enfoque na Moralidade Política como fundamento da Decisão Judicial: a opinião pública nas decisões de tema relevante do STF” contou com o apoio financeiro da Capes através de bolsa Capes-PROSUP. Trata-se de pesquisa científica perquirida para a obtenção de título pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, inserindo-se na área de concentração “Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito”, vinculando-se à linha de pesquisa “Principiologia Constitucional e Política do Direito”, com dupla titulação pela Universidade de Alicante – UA/Espanha pela linha de pesquisa “Argumentación y Constitucionalismo”. A composição teórica tem por objetivo geral: propor limites para a invocação de argumentos interdisciplinares de Moralidade Política, especialmente os decorrentes da Opinião Pública, como critérios de fundamentação de decisões jurídicas, especificamente nas relevantes decisões do Supremo Tribunal Federal’. Os objetivos específicos são: a) Investigar o Fracionamento das Teorias do Direito, em vista da dualidade entre o Positivismo Jurídico e o Pós-Positivismo; b) Analisar a decisão judicial pelos critérios unidimensional e multidimensional; c) Observar o Direito e a Interdisciplinaridade com a Moral e a Política; d) Coletar dados de aporte jurisprudencial da Corte Superior brasileira com enfoque nas interferências da Moralidade Política na decisão judicial, especialmente da Opinião Pública, através da filtragem de julgamentos timbrados pelo Supremo Tribunal Federal com selo “tema relevante” pela forte repercussão na sociedade e nos meios de comunicação; e) Propor limites da aplicação de conhecimento interdisciplinar como critérios de fundamentação de decisões jurídicas. Conclui-se, ao final, que a decisão judicial está no patamar pluridimensional e os valores axiológicos de casos carregados de moral devem inserir a Moralidade Política na construção decisória e aplicar conscientemente o conhecimento interdisciplinar como fator intrínseco na decisão judicial. Para tanto, propõem-se como premissas limitadoras: 1. O respeito às competências dos poderes e a legalidade; 2. A desconstrução do ceticismo moral no cerne evocativo da deliberação judicial e a compreensão do papel criativo do juiz; 3. A deliberação sobre o contexto da descoberta integrado ao contexto da justificação na construção da decisão judicial; 4. A constituição de pilares através da adoção de teoria jurídica que trabalhem o dualismo paradigmático entre o positivismo e o pós-positivismo a repercutir na prática judicial, levando em conta a especialidade de cada ordenamento jurídico; 5. O ideal da ação comunicativa na era tecnológica, que busque a criação de espaço social consultivo da opinião pública mediante banco de dados digital com acesso gratuito, por meio aplicativos de dispositivos móveis, para analisar com efetividade a resposta ética para os debates jurídicos carregados de teor axiológico. Quanto à Metodologia, registra-se que, o Relatório dos Resultados expresso na presente tese é composto na base lógica indutiva.

**Palavras-chave:** Direito e Interdisciplinaridade; Moralidade Política; Opinião Pública; Decisão Judicial; Supremo Tribunal Federal;



## ABSTRACT

The current doctoral thesis entitled "Interdisciplinarity of Law with a focus on Political Morality as the basis of Judicial Decision: the public opinion on relevant Brazilian Supreme Court (STF) decisions" relied on the financial support of Capes through the Capes-PROSUP grant. This is the scientific research required in order to obtain a degree from the University of Vale do Itajaí - UNIVALI, it inserts itself within the concentration area of "Constitutionalism, Transnationality and Lawmaking", linked to the line of research of "Constitutional Principiology and Politics of Law", with a double degree by the University of Alicante - UA / Spain, in the line of research of "Argumentation and Constitutionalism". The theoretical composition has as its general objective: to propose limits for the invocation of interdisciplinary arguments on Political Morality, especially those derived from the Public Opinion, as criteria for supporting juridical decisions, specifically in the relevant decisions of the Federal Supreme Court. The specific objectives are: a) To investigate the Fractioning of Law Theories, within sight of the duality between Legal Positivism and Post-Positivism; b) Analyze judicial decisions in both one-dimensional and multidimensional criteria; c) Observe Law and its Interdisciplinarity with Morals and Politics; d) Collect data from the jurisprudential body of the Brazilian Superior Court focusing on the interference of Political Morality on judicial decisions, especially Public Opinion, through the filtering of judgments by the Federal Supreme Court attributed with a "relevant issue" seal due to strong repercussions in society and in the media; e) To propose limits for the application of such interdisciplinary knowledge as criteria for supporting legal decisions. Moreover, having in mind that the judicial decision is at a multidimensional level and the axiological values of any morally charged cases must then consider Political Morality into the making of court decisions and consciously apply this interdisciplinary knowledge as an intrinsic factor of judicial decision. Therefore, some binding premises are proposed: 1. Respect for attributions of the powers and legality; 2. The deconstruction of moral skepticism at the evocative core of judicial deliberation and the understanding of the creative role of the judge; 3. The deliberation on the context of discovery integrated onto the context of justification and construction of judicial decision; 4. The constitution of pillars through the adoption of a legal theory that works upon the paradigmatic dualism between positivism and post-positivism reflected on judicial practice, taking into account the specialty of each legal system; 5. The ideal of communicative action in the technological era, which seeks to create a consultive social space for public opinion to be expressed by means of a free access digital database through applications on mobile devices, so as to effectively analyze the ethical response to legal debates loaded with axiological content. As for the Methodology, the Report of the Results expressed in this thesis is based on an inductive logic basis.

**Keywords:** Law and Interdisciplinarity; Political Morality; Public opinion; Judicial decision; Federal Supreme Court;

## RESUMEN

La presente tesis de Doctorado intitulada “Interdisciplinaridad del Derecho con enfoque en la Moralidad Política como fundamento de la Decisión Judicial: la opinión pública en las decisiones de tema relevante del STF” contó con el apoyo financiero de la Capes a través de la beca Capes-PROSUP. El trabajo científico se desarrolló con investigaciones en conjunto entre Universidades de Brasil y España, teniendo en cuenta que la investigación es producto de convenio de doble titulación. En Brasil, la tesis es resultado de estudios dentro del Curso de Doctorado en Ciencia Jurídica de la Universidad do Vale do Itajaí – UNIVALI, insertándose en el área de concentración “Constitucionalismo, Transaccionalidad y Producción del Derecho” y se vincula a la línea de investigación “Principiología Constitucional y Política del Derecho”. En España, la tesis es resultado del trabajo en conjunto con la Universidad de Alicante – UA y se vincula a la línea de investigación “Argumentación y Constitucionalismo”. El **tema** recae sobre “Derecho e Interdisciplinaridad” y delante de la necesaria Delimitación<sup>20</sup>, por medio del Referente<sup>21</sup> y de la Investigación<sup>22</sup>, se propuso en abordar los límites para la invocación de argumentos interdisciplinares de la Moralidad Política, en especial en lo que tañe a la Opinión Pública, respecto a criterio de fundamento para construcción de las decisiones jurídicas, con enfoque en las decisiones timbradas de relevante por el Supremo Tribunal Federal de Brasil, considerando las pululadas críticas lanzadas a la judicialización de la política y a la derrotabilidad del texto normativo por argumentos externos. Este recorte temático se mostró relevante delante de la actualidad, originalidad y pertinencia que el asunto a ser desarrollado propone

---

<sup>20</sup> “[...] presentar el Referente para la investigación, haciendo objetivas consideraciones en cuanto a las razones de la elección de este Referente; destacar la delimitación de la temática y/o el marco teórico, presentando las debidas justificaciones, así como fundamentar objetivamente la validez de la Investigación a ser efectuada”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. Florianópolis: OAB, SC, 2003. p. 160.

<sup>21</sup> “[...] la explicación previa de los motivos, de los objetivos y del producto deseado, delimitando el alcance temático y de abordaje para una actividad intelectual, especialmente para una investigación”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. Florianópolis: OAB, SC, 2003. p. 62.

<sup>22</sup> “[...] actividad investigativa, conducida de acuerdo con padrones metodológicos, buscando la obtención de la cultura general o específica de una determinada área, y en la cual son vivenciadas cinco fases: Decisión, Investigación, Tratamiento de los Datos Recogidos, Informe y Evaluación”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. Florianópolis: OAB, SC, 2003. p. 77.

en el núcleo de la Ciencia Jurídica, pues la predilección por el tema es consecuencia del escenario político-jurídico actual, en vista de la polémica que involucra la Teoría de la Decisión Judicial, consecuente de la popularización de expresiones como “Protagonismo Judicial”, “Decisionismo”, “Activismo Judicial”, “Judicialización de la Política” y la polémica sobre decisiones judiciales que presentan argumentos morales como subjetivos. La relevancia científica de la investigación despunta de su fundado interés jurídico, visto que la Comunidad Jurídica percibe cuestiones que están sin soluciones satisfactorias, lo que levanta las proposiciones post-positivistas de superación al modelo de decisión judicial unidimensional, analizando la permeabilidad de las fronteras del Derecho y el fenómeno de la Interdisciplinariedad. La interdisciplinariedad es una herramienta favorable al proceso de aplicación del Derecho, por veces la decisión judicial precisa de la injerencia de otras disciplinas para formular cognición del caso en concreto. Avances verificables en otros campos de lo saber cómo la Economía, la Política, la Psicología Cognoscitiva, la Inteligencia Artificial, producen nuevas herramientas para el estudio del Derecho, al mismo tiempo que la creciente complejidad de la sociedad eleva la complejidad de los problemas a ser contestados por el sistema jurídico. Posner<sup>23</sup> pondera que la aplicación de otras disciplinas en el abordaje de la Teoría del Derecho trae perspectiva externa para encontrar las soluciones a respecto de los problemas prácticos del Derecho. Ya la teoría de valores desarrollada por Dworkin<sup>24</sup>, considera que el Derecho y la Moralidad Política son parte del mismo sistema, formando dos ramas de conocimiento derivados del mismo tronco que es la Moral, y por causa de esta interconexión los problemas jurídicos tienen fondo moral que lleva al hecho de la teoría del derecho ser el ejercicio de moralidad política sustantiva. La opinión pública es conocimiento que entra en el campo de estudio de la Moralidad Política, disciplina que es diferente del Derecho, pero que avienen de la misma base. En el escenario jurídico contemporáneo, la opinión pública se ha confundido con el punto de vista difundido por los medios,

---

<sup>23</sup> POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. X-IX.

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 252. E, DWORKIN, Ronald. A raposa e o porco-espinho: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Traducción Marcelo Brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 620

lo que acentúa su análisis como criterio de fundamentación de decisiones jurídicas, esto a fin de imponer límites en la invocación de este conocimiento interdisciplinario cuando genera fundamentos de las decisiones judiciales por derogación de la ley. Diversos estudios españoles analizan la independencia del Poder Judicial, sin embargo, pocos estudios jurídicos de acierto científico escrutan la influencia de los factores exógenos al Derecho<sup>25</sup>, especialmente las injerencias de la opinión pública en la toma de decisión judicial. se observa que el tema despunta de originalidad en investigar tal proceso junto a la Teoría del Derecho (por el trayecto evolutivo del paradigma Juspositivista hasta los efectos propositivos de las corrientes post-positivistas), a fin de legitimar las decisiones o proponer límites para la injerencia externa y analizar las decisiones de tema relevante del STF. Con respecto al compromiso del tema con la cotutela internacional entre las Universidades, aunque la investigación recorte el análisis de decisiones del ordenamiento jurídico brasileño, se teje que hay pertinencia en abarcar estudio en España, pues el fenómeno en comento ha repercutido no sólo en el escenario jurídico brasileño, como también en el contexto mundial, así, se valió del conocimiento comparativo con la experiencia judicial española para alcanzar proposición inédita a la investigación.

El **objetivo institucional** del presente trabajo científico es la obtención del Título de Doctor en Ciencia Jurídica por el Curso de Doctorado en Ciencia Jurídica – CDCJ vinculado al Programa de Post graduación Stricto Sensu en Ciencia Jurídica – CPCJ - de la Universidad del Vale do Itajaí – UNIVALI y el título de Doctor en Derecho por la Universidad de Alicante, España, como convenio firmado entre las instituciones. La temática de la investigación busca como **objetivo general** proponer límites para la invocación de argumentos interdisciplinarios de Moralidad Política, especialmente los consecuentes de la Opinión Pública, como criterios de fundamentación de decisiones jurídicas, específicamente en las decisiones del Supremo Tribunal Federal de tema relevante, así identificados por la fuerte repercusión en la sociedad y en medios de comunicación. Los objetivos específicos son distribuidos en cuatro, cada cual,

---

<sup>25</sup> MANZANOS BILBAO, César. Factores sociales y decisiones judiciales. p. 127-128. In: **Sociológica: Revista de pensamiento social**, n. 5, España: Universidad Coruña. 2004. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1047680>. Acceso en febrero de 2019.

desarrollado en capítulo específico, de la siguiente forma: el primer objetivo específico es investigar el fraccionamiento de las Teorías del Derecho, en vista de la dualidad entre el Positivismo Jurídico y lo Post-Positivismo, para explicar la crisis del Derecho Unidimensional. El segundo objetivo específico es observar el Derecho y la Interdisciplinariedad con la Moral y la Política. Lo que se busca, en este punto, es analizar la apertura que las Teorías Jurídicas post-positivistas traen para la aplicación de conocimiento interdisciplinario en la justificación de la decisión judicial. El tercero objetivo específico es analizar la decisión judicial por los criterios unidimensional y multidimensional, para comprender como el juzgador construye la decisión, mediante los factores intrínsecos y extrínsecos, y también por el contexto de hallazgo y justificación de la decisión jurídica. El cuarto objetivo específico es coleccionar datos de aporte jurisprudencial de la Corte Superiora brasileña con enfoque en las interferencias de la Moralidad Política en la decisión judicial, especialmente de la opinión pública, a través del filtraje de juicios sellados por el Supremo Tribunal Federal con sello "tema relevante" por la fuerte repercusión en la sociedad y en medios de comunicación, esto para observar la incidencia de contenido moral en los fundamentos y proponer límites de la aplicación de conocimiento interdisciplinario como criterios de fundamentación de decisiones jurídicas.

Los problemas orientadores de la investigación son: a) ¿cuáles son los reflejos del dualismo entre Positivismo y Post-positivismo en la práctica jurisdiccional? b) ¿las decisiones judiciales poseen, en alguna medida, la sentencia de contestar a la opinión pública para la legitimidad democrática de la Constitución y de la jurisdicción constitucional? c) ¿los factores socioeconómicos vigentes en el sig. XXI generan diferencia entre la opinión pública y la opinión publicada? d) ¿la invocación de argumentos interdisciplinarios de Moralidad Política, especialmente los consecuentes de la Opinión Pública, cómo criterios de fundamentación de decisiones jurídicas resbalan en la derrotabilidad del texto normativo? e) ¿es posible proponer límites al uso de conocimiento interdisciplinario cómo criterios de fundamentación de decisiones jurídicas para garantizar a previsibilidad decisoria?

Para la resolución de los problemas, se suscitó la construcción de la

siguiente **hipótesis**<sup>26</sup>: se supone que las decisiones judiciales sufren injerencias de la opinión pública y de la opinión publicada, – considerándose que hay diferencia entre el apelo popular y el apelo mediático, – influenciando en alguna medida en la construcción de la decisión judicial, mientras, la legitimidad democrática de la Constitución y de la jurisdicción constitucional independen de contestar a los llamamientos de la opinión popular. Asimismo, es posible que construir límites para la invocación de argumentos interdisciplinarios de Moralidad Política, especialmente los consecuentes de la Opinión Pública, permite la legítima aplicación como criterios de fundamentación de decisiones jurídicas sin que haya la derrotabilidad del texto normativo.

Para lograr los objetivos pretendidos, la tesis se constituye de **cuatro capítulos**. El **Primer Capítulo**, intitulado “LA CRISIS DEL DERECHO UNIDIMENSIONAL” se buscó análisis sobre la Teoría del Derecho y la dualidad del Positivismo Jurídico y lo Post-positivismo, a fin de construir estudio que reflexión sobre la crisis del Derecho Unidimensional. La temática se desarrolló en cuatro partes. La **primera parte del primer capítulo** (1.1) discurre sobre Constitucionalismo, Democracia y las interacciones con la Filosofía del Derecho y poseyó propensiones propedéuticas de comprender el contexto de Teoría Política en que la Filosofía del Derecho se desarrolló, una vez que los procesos políticos y jurídicos fuertemente se interconectan en su compleja construcción dialéctico-evolutiva. Se reputa que el Constitucionalismo contemporáneo trae consigo la transformación del papel de la constitución dentro de un Estado, que de carta constitucional que sistematiza el gobierno, se vuelve texto normativo que forma los pilares del Derecho. Agregó valores como los límites de los poderes, las garantías individuales, la democracia, por la firme propuesta de alcanzar la justicia en nuestra sociedad y responder a las demandas de los derechos humanos en cada Estado. Antes la constitución consistía sólo en la carta política, hoy la constitución se presenta en el centro del ordenamiento jurídico. La jurisdicción constitucional se designa por el poder ejercido por jueces y tribunales en la aplicación directa de la Constitución, en el desempeño del

---

<sup>26</sup> Define PASOLD como la “[...] suposición [...] que el investigador tiene con respecto al tema escogido y a la solución del problema presentado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 138.

control de constitucionalidad de las leyes y de los actos del Poder Público en general y, también, en la interpretación del ordenamiento infraconstitucional conforme la constitución. La separación de los poderes, el judicial review, el control de constitucionalidad, la constitucionalización de rol extensivo de derechos, todos insurgentes en la CRFB/1988 generan la ascensión del Poder Judicial y la legitimidad democrática de la función judicante como agente político, a fin de proteger la democracia constitucional.

Adelante, la segunda parte del primer capítulo (1.2) entró en la Filosofía del Derecho y, para tanto, discurre sobre el desarrollo hasta la construcción del paradigma Juspositivista. Conceptualmente, el jusnaturalismo abarca dos ideales bases en su construcción teórica, primero, consiste en tesis de filosofía ética que sustenta la premisa de que existan principios morales y de justicia universalmente válidos y comprensibles a la razón humana, y segundo, se trata de tesis que define el derecho por el sentido que el sistema normativo o una norma no pueden ser considerados como 'jurídicos' caso contradigan los principios morales y de justicia universalmente aceptados por la razón humana<sup>27</sup>. El subjetivismo en afirmar los valores morales universalmente válidos consecuente del modelo jusnaturalista es el motivo mayor de su decadencia. La codificación es el presupuesto de abandono del jusnaturalismo, lo que antes era una tesis para componer análisis sobre las costumbres, tradiciones, pasa a tomar cuerpo de derecho positivo. El Positivismo Jurídico consiste en postura científica que se solidifica decisivamente en la segunda mitad del siglo XIX y en la primera mitad del XX. En las diversas tradiciones que son adjetivadas como positivistas, son elementos determinantes para la construcción de cada uno de estos ámbitos del positivismo jurídico: el problema del concepto de derecho; la cuestión de la relación entre Derecho y Moral; y el análisis del derecho con relación a su objeto de estudio. Kelsen<sup>28</sup>, a través de la teoría pura de derecho, purifica el Derecho de cualquier factor extrajurídico de su objeto puro de análisis. Se separa el Derecho de factores de carácter moral, ético, político, metafísico, religioso o de acño científico. La atribución del Derecho como conjunto solamente de reglas,

---

<sup>27</sup> NINO, Carlos Santiago. Colección Mayor Filosofía y Derecho. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2003. p. 27-28.

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Traducción de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998. p. 01.

excluyéndose los principios, configura el positivismo jurídico<sup>29</sup>. Hart<sup>30</sup> propone la separación entre Derecho y Moral, pero reconoce que la Moral recibe injerencias del Derecho, así como el Derecho recibe la interferencia de la moral que es compartida por los legisladores y jueces, por tanto, tal ablandamiento de la teoría Juspositivista se denominó positivismo jurídico pacífico o flexible, o también, el positivismo jurídico inclusivo<sup>31</sup>. De los asientos clásicos del Positivismo Jurídico transcurre la visión del Derecho Unidimensional, en perspectiva del derecho puesto, o sea, por la dimensión una del texto normativo en la aplicación del derecho mediante las prácticas jurisdiccionales y a través de la construcción de las fuentes jurídicas<sup>32</sup>.

La **tercera parte del primer capítulo** (1.3) discurrió sobre las rupturas en el pensamiento jurídico que apuntaron el Positivismo Jurídico como paradigma en crisis, caminando para la construcción de un nuevo horizonte paradigmático. Los juristas críticos al modelo Juspositivista buscan elementos que respalden la superación del pensamiento formal del Derecho. Los diversos modelos teóricos que critican el juspositivismo atacan al menos uno de los siguientes elementos: a) separación entre Derecho y Moral; b) sistema jurídico pautado sólo en reglas (unidimensional); c) orden del sistema jurídico

---

<sup>29</sup> “[...] positivismo excluyente: (1) Tesis de la fuentes del derecho: la existência y el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidade. (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación de la moralidade de determinadas normas no es nunca codición de su validez jurídica. (3) Tesis de los límites del derecho o tesis de la discreción judicial: cuando el derecho apela a la moralidade concede a los jueces discreción para decidir los casos”. RODENAS CALATAYUD, Ángeles. **Lineamentos**

**Metodológicos para la investigación jurídica n.º 3:** la investigación en filosofía del derecho.

<sup>30</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Traducción de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 228-229.

<sup>31</sup> “[...] positivismo incluyente, interpretaría dichas tesis: (1) Tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y contenido del derecho de una determinada sociedad depende de un conjunto de hechos sociales que contingentemente pueden apelar a determinados estándares de moralidade, convirtiéndolos así em jurídicamente válidos. (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación de la moralidade de determinadas normas no es necesariamente condición de su validez jurídica. No es condición suficiente y puede no ser necesaria. (3) Tesis de los límites del derecho y tesis de la discreción judicial: algunas veces em las que el derecho apela a la moralidade determina de esta manera la calificación normativa de las acciones y em dichos casos, no concede discreción a los jueces”. In: RODENAS CALATAYUD, Ángeles. **Lineamentos Metodológicos para la investigación jurídica n.º 3:** la investigación en filosofía del derecho.

<sup>32</sup> “Ora, a representação unidimensional do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminabilidade da situação jurídica, que só pode ser superada decisivamente”. In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia:** entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 259.



escalonada; d) la aplicación del derecho por el método subsuntivo y discrecional. La ruptura pasó pautada en la imposibilidad programática de valoración de la ciencia social y en la imposibilidad estructural de encontrar criterios de juicio de orden moral para decidir en Derecho y en Política. Lo que hizo con que el debate contemporáneo promocionase la apertura de la Filosofía del Derecho, por un lado, a los valores ético-políticos y, por otro lado, al mundo de los hechos.

Por último, **la cuarta parte del primer capítulo** (1.4) se discurre acerca de las causas del fraccionamiento de la Filosofía del Derecho por la vertiente de las corrientes post-positivistas. Las críticas al juspositivismo posibilitaron que diversos discursos jurídicos se levantasen como escuelas de pensamiento jurídico-filosófico. Las propuestas de superación de la matriz teórica Juspositivista son identificadas como corrientes post-positivistas y trabajan la superación de los problemas del actual modelo paradigmático sin proponer retroceso al jusnaturalismo. Se observó que la mayoría de las líneas teóricas post-positivistas presentan apertura estructural del sistema jurídico al mundo externo de las Razones no jurídicas, por la Interdisciplinariedad con la Moral y la Política. En la post-modernidad y frente al escenario de complejas relaciones sociales marcado por la era de la velocidad, no es posible restringir las staderes que influyen el judicial en una moldura unidimensional restrictiva las reglas, que desconsidera la realidad social encontrada a su vuelta.

El **Segundo Capítulo** de título “El DERECHO Y LA INTERDISCIPLINARIEDAD”, se dividió en tres partes. **La primera parte de lo segundo capítulo** (2.1) investigó la aceptación de la Interdisciplinariedad en las teorías post-positivistas<sup>33</sup> como fuente jurídica de aplicación del Derecho, lo que visto por la construcción clásica de la teoría Juspositivista, el fenómeno sería inadmisibles. La Moral es el standard representativo de la Interdisciplinariedad en el Derecho, por ser la disciplina más cercana al sistema jurídico. Moral y Derecho son dos órdenes sociales reguladores con el propósito de encontrar el buen

---

<sup>33</sup> Em análise da Interdisciplinaridade frente as Teorias pós-positivistas, considera-se o pós-positivismo jurídico como o “conjunto de diversas propostas que visam substituir o Paradigma do Positivismo Jurídico, mediante a superação de seus principais problemas, com o objetivo de reger a Ciência Jurídica com hegemonia, por relevante período de tempo”, dentre estas teorias de direito estão as que coadunam com o pragmatismo jurídico, procedimentalismo jurídico, o substancialismo jurídico. In: ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 230.

convivio en las prácticas de una sociedad. Pues, la Interdisciplinariedad del Derecho en la construcción clásica de la teoría del positivismo jurídico exclusivo parte de la separación total, inadmitiendo el fenómeno, mientras establece que la aplicación se restringe a la norma como fuente jurídica y cierra el sistema jurídico para inserción de factores externos en los fundamentos de la decisión judicial. En avance, el positivismo inclusivo ya pregonaba un nivel mínimo de apertura al sistema jurídico, aceptando que la Moral haga la corrección del Derecho en casos imprecisos de la norma jurídica y también suplante el Derecho mediante el uso de factores externos en los fundamentos decisorios. En seguimiento, el neopositivismo jurídico establece la apertura del sistema jurídico por admitir los principios jurídicos que introducen la Moral al Derecho como fuente jurídica junto a las reglas, a fin de aplicar el nuevo positivismo jurídico con enfoque en una visión jusconstitucionalista.

**La segunda parte del segundo capítulo (2.2)** se desarrolló a respecto de la Interdisciplinariedad del Derecho en las corrientes post-positivistas. Las propuestas post-positivistas ven alguna forma de articulación entre Derecho y otras disciplinas. Alexy señala que la Moral corrige el Derecho y suplanta las reglas con contenido de alarmante injusticia. Sobre la relación entre Derecho y Moral, Dworkin<sup>34</sup> considera que pertenecen al mismo sistema, en que el Derecho es parte de la Moralidad Política, como una rama que se conecta al árbol. Para Posner, las fronteras del Derecho son fuertemente ensanchadas por la relación entre Derecho y Economía. De todo modo, las teorías post-positivistas abarcan en algún aspecto la Interdisciplinariedad del Derecho y la visión de la decisión judicial pluridimensional, típica de los actuales hechos sociales que entran a la juridicidad. La dinámica jurídica está permanentemente delante de los influjos Interdisciplinarios de la Moralidad, de la Política y de las demás disciplinas. Sin retirar la seguridad del acuño normativo, pero considerando la función moral y política que el Estado desempeña, es necesario buscar la justificación moral del texto normativo para la legitimidad democrática de su actuación. El post-positivismo no carga el ímpetu de deconstruir los avances relativos al

---

<sup>34</sup> DWORIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Traducción Marcelo Brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 620.

ordenamiento positivo, y se deconstruir el pensamiento convencional sobre el Derecho y sobre la formación de la decisión judicial para reintegrar los ideales de justicia y legitimidad al proceso deliberativo.

La **tercera parte del segundo capítulo (2.3)** trató sobre Derecho y Moralidad Política, para establecer los límites y las legítimas aplicaciones de contenido axiológico cuando esos influjos nacen en el escenario de debate jurídico. Para tanto, aclaró los postulados de la Moral, Ética, Justicia, Moralidad Política y Derecho. La Moral es el deber hacer la cosa correcta. La Moral privada es la percepción individual de hacer la cosa correcta, que retracta la forma como cada persona guía su vida, mientras que la Moral Personal se designa por el ideal crítico de la moral dentro de cada individuo, que, bajo la visión humanística, todos llegaríamos a las mismas conclusiones en condiciones reflexivas objetivas de análisis, lo que lleva a la moral personal a ser unívoca. La Ética es la delimitación como cierta de las deliberaciones tomadas delante un grupo social, esto es, reflexiona la moral de una sociedad. La Justicia es la forma correcta de distribuir y evaluar las cosas por el cultivo de la virtud y la preocupación con el bien común, mientras que la justicia social es el sentimiento de justicia de la sociedad. La Moralidad Política es un ideal que externa determinaciones valorativas sobre cuestiones políticas, esto es, consiste en la interpretación justificadora del Derecho y de los comportamientos a favor de los buenos preceptos reguladores para la sociedad, con el propósito de establecer la integridad política. De este campo deriva el espacio público que hace nacer la opinión pública. Estableciendo un comparativo entre Derecho y Moralidad Política, dos disciplinas provenientes del mismo sistema, el Derecho es la parte que regula los derechos jurídicos, mientras que la Moralidad Política es el campo de estudio de los derechos políticos justificadores que emanan del Estado. Mientras la visión entre Derecho y Moral sea pauta en la idea de que la Moral es sólo orientaciones valorativas subjetivas (Moralidad Privada), no hay racionalidad en legitimar el derecho positivo. Esto por la falta de aspectos racionales que concedan un sentido práctico al empleo de la Moral. Mientras, los diversos contenidos valorativos competidores forman un núcleo Moral de fundamentos institucionalizados por la Moralidad Política, así es posible recorrer reflexión sobre procesos jurídicos abiertos a los discursos Morales que legitiman

el Derecho. La aplicación Moralidad Política como conocimiento interdisciplinario de influencia en la decisión judicial es fundamento justificador de los postulados legales que trae legitimidad al revés promocionar inobservancia de la ley.

El **tercer capítulo de título** “LA DECISIÓN JUDICIAL BAJO LA VISIÓN MULTIDIMENSIONAL”, se desarrolló en tres partes. Bajo el análisis de la Teoría del Derecho, se destacó dos esferas distintas de análisis del proceso constructivo de la decisión judicial: la primera, de carácter antecedente, consiste en el ambiente jurídico propiciado por la jurisdicción constitucional; la segunda, de carácter ocurrente, consiste en los factores intrínsecos y extrínsecos que forman la decisión judicial. La **primera parte del tercer capítulo** (3.1) trató acerca del ambiente jurídico del juzgador. La constitucionalización del ordenamiento jurídico, la judicialización de la política y el Protagonismo judicial son fenómenos en ocurrencia en la Corte Superiora Nacional después del implemento de la CRFB/1988 y constituyen el escenario que ambienta la función juzgadora, por tanto, interfieren en la decisión judicial. En explicación, el ambiente institucional diseñado aviene para el juzgador al paso en el que se promociona las tutelas jurisdiccionales consecuentes de la Constitución, incumbiéndolo de traer la fuerza constitucional a los sistemas jurídicos y la legitimidad democrática de su función en trazar la efectividad de tales derechos. Por tal aserción, los elementos del ambiente que circunda la decisión judicial infieren el acceso a las tutelas jurisdiccionales constitucionales, con oportunidad de judicializar las medidas para alcanzar consecución, sin traspasar los límites de competencia política. Esto porque el carácter político de la función juzgador no se confunde con el ejercicio de las competencias atribuidas constitucionalmente a los poderes legislativo y ejecutivo, tampoco con actividades político-partidaria, pero el acuño político comprende al aspecto creativo en la actividad judicial. La forma que el juzgador hace frente al ambiente jurídico retracta la diferencia entre el Activismo judicial y la judicialización de la política. La línea que diferencia los institutos es tenue. La judicialización es decisión judicial consecuente del modelo constitucional que se adoptó y no un ejercicio deliberado de voluntad política, ya el Activismo judicial se presenta en la acción activista del juzgador en el sentido de traspasar sus límites funcionales, al componer decisiones judiciales con medidas que satisfagan el anhelo social

sobre la función que compite a los demás poderes. Caso la norma constitucional permita que de ella se deduzca una pretensión, subjetiva u objetiva, al juez cabe de ella conocer, decidiendo la materia. Son los casos en los que el judicial decidió porque era lo que le cabía hacer sin alternativa. Esto es la judicialización y no postura activista del juzgador. El medio de ascensión institucional del judicial involucra el juzgador, que se inflencia de la postura institucional para ejercer la función juzgador, en oportunidad del carácter político de la deliberación judicial y de la posición consecuente de la postura judicial entre los tres poderes.

La **segunda parte del tercer capítulo** (3.2) trató sobre la decisión judicial y los factores intrínsecos al juicio. En la perspectiva del factor intrínseco de la decisión judicial que se adoptó en la presente tesis, el criterio individual de cada juzgador formase a través de tres puntos elementales: el primer punto está en la Teoría Jurídica de base que el juzgador se posiciona; por consecuencia al primero, el segundo punto está en los criterios de juicios axiológicos en busca de la justicia que el juzgador acepta; y por su vez, el tercer punto se relaciona al problema fáctico-jurídico, consistiendo en las etapas de construir la convicción decisoria mediante la justificación (después del contexto de hallazgo) de los fundamentos jurídicos.

En este interim, se observó que la decisión judicial se formula por el hallazgo del derecho aplicable al caso en concentrado. Nace la respuesta jurídica cuando el juzgador se convence a favor o contra la demanda propositiva, descubriendo cual determinación tomar sobre el resultado decisorio. Tal proceso aviene del escrutinio de la mente en buscar por la solución y se exterioriza cuando el juzgador justifica sus fundamentos jurídicos en la decisión, éste son los contextos del hallazgo y de la justificación decisoria. El juspositivismo no se ocupa del contexto de descubierta de la decisión judicial, el derecho despuntará cuando el juzgador determine la norma general a ser aplicada al caso en concreto, subsumiendo el caso fáctico en la moldura normativa y justificando los fundamentos jurídicos desde este proceso silogístico. Al final, lo que interesa al positivismo jurídico es la justificación expuesta como Razones decisorias hecha mediante elija razonables a convencer de la verdad. El contexto de descubierta ha sido ignorado para Ciencia Jurídica debido al subjetivismo que hay en el escrutinio de la mente del juzgador, importando apenas las Razones que se

expone. Estudios de la psicología cognoscitiva apuntan que adentro de la mente humana, cualquier decisión es tomada por intuición adentro de los valores de la moralidad privada. Después es que la mente humana pasa por un trabajoso proceso deliberativo para argumentar contrapuestos y amoldar la decisión además de las particularidades intuitivas individuales. La mente del juzgador idóneo no se huye de la regla de falibilidad humana. Así, el juzgador que toma conciencia del 'sabotaje' que el propio proceso mental puede generar en el juicio, que retira de sobre sí la creencia de heroísmo infalible, y que institucionalmente recibe cursos de perfeccionamiento y estructura institucional para manejar tales presupuestos inherentes a la mente, logrará raciocinar y producir resultados con pretensión correctiva de contestar la tarea de la función juzgador que lo legitima a descubrir la decisión judicial con alteridad, ética e integridad decisoria. El modelo socio-intuicionista de descubierta de la decisión judicial y la postura cognoscitiva que traspasa todas las etapas del raciocinio solo es hábil a producirse cuando se vuelve consciente al individuo, cuando éste entiende cómo funciona su mente.

En seguimiento, el carácter colegiado de la decisión judicial también es factor intrínseco para el proceso de deliberación típico de los juicios formados por los Tribunales. El criterio colegiado de la decisión judicial se suma a los criterios individuales arriba expuestos debido a la pluralidad de convicciones de los varios juzgadores. La decisión judicial resultante del proceso decisorio colegiados hecho en los Tribunales Constitucionales añade la complejidad de la deliberación ser pública o ser secreta en el acuerdo de voluntades en beneficio del juicio. La deliberación es pública con decisión *seriatim* en Brasil y en contrapunto, la deliberación es secreta con decisión *per curiam* en la España. Ambos los procesos de deliberación en los Tribunales Constitucionales de Brasil y de España informan la sociedad de la dinámica jurisdiccional, pero la exposición informativa alcanzada en el modelo práctico brasileño es particularmente peculiar al escenario global, incluso por el hecho de presentar la autoría de la exposición de los fundamentos al juzgador que la hace. Así, la opinión pública y la opinión mediática en Brasil conocen/opinan prácticamente en tiempo real sobre los juicios y sobre los temas polémicos que la jurisdicción constitucional ha llevado al análisis del STF, escenario que aumenta la influencia

de tales factores en Brasil.

La **tercera parte del tercer capítulo** (3.3) desarrolló sobre la decisión judicial y los factores extrínsecos al juicio. Los factores extrínsecos no son jurídicamente aceptables para figurar en el contexto de la justificación de la decisión judicial. Generalmente los factores extrínsecos se interponen al proceso de construcción de la decisión judicial, de manera adyacente, con fuerza actuante todavía que no sean elementos de formación al proceso deliberativo. Se designa por factores extrínsecos las percepciones externas al Derecho aprehendidas por el juzgador, consciente o inconscientemente, que funcionan como consideraciones a producir injerencia en la práctica deliberativa de forma decisiva o de manera a inclinar determinado criterio evaluativo en la toma de decisión judicial. La ideología, los valores morales/personas del juez, y las particularidades de su historia de vida, como: sexo, religión, creencia, color, estado civil, traumas, estructura familiar, naturalidad, formación educacional. Cuanto mayor el margen de discrecionalidad que la teoría decisión judicial abría al juzgador para deliberar, mayor es la influencia de factores extrínsecos en el contexto del hallazgo, aunque no aparezcan como Razones de juicio. La discrecionalidad judicial es una realidad del proceso de construcción decisoria, más los límites que la restringen son los recortes que permiten mayor previsibilidad de las decisiones judiciales, seguridad jurídica y la integridad del juicio con el Derecho. El juzgador necesita seguir los factores intrínsecos como criterio de juicio construir decisiones judiciales más previsibles.

El **Cuarto (y último) Capítulo** intitolado “LAS INTERFERENCIAS DE LA MORALIDAD POLÍTICA EN LA DECISIÓN JUDICIAL”, se dividió en seis partes y tejió reflexiones de final a los objetivos firmados. La **primera parte del cuarto capítulo** (4.1) trató sobre opinión pública. La opinión pública es la manifestación de la voluntad popular, expresando concordancia o contrariedad sobre determinada materia pública. La formación de la opinión pública contextualiza qué hoy el Estado contemporáneo es, teniendo vista que los avances en garantías y anhelos de legitimidad y democracia en el ejercicio de lo poder proviene de la voz concedida a la sociedad por la burguesía. La opinión pública se formó a través de la apertura del espacio público para a libre formación opinativa del pueblo. Actualmente, mucho se ve de opinión publicada, que

demuestran los llamamientos de los medios de comunicaciones sin significar la opinión de la sociedad sobre las deliberaciones de los poderes. La opinión pública necesita ser revista por la perspectiva la cuál llevó a ser creada, la manifestación de la voluntad popular. Es necesario encontrar un espacio social y ético que propicie el diálogo crítico y manifieste la opinión pública de la sociedad. La creación de un espacio que una la esfera pública y privada para la reflexión pensante y consciente sobre debates jurídicos y que genere la manifestación de la conciencia colectiva, es lo que formará el espacio social en la era contemporánea.

La **segunda parte del cuarto capítulo** discurre acerca de la necesidad de dar representatividad pública para la manifestación de la voluntad popular. La democracia representativa supone que la voluntad popular es manifestada por las acciones de las autoridades políticas, mientras la legitimidad democrática de los agentes políticos emana de la soberanía popular. Lo temeroso es cuando la voluntad de partidos políticos se vuelve más importante al agente para decidir las medidas de gobierno de lo que los intereses de justicia, direccionados a la virtud cívica y al bien común. La opinión no pública solamente adquiere credenciales de opinión pública en la elaboración que de ella hacen los partidos porque alcanza la representatividad. Así, cabe la voluntad popular en actuar para manifestar su voz y con conciencia política exigir la contraprestación de los representantes políticos. La representación política de la opinión pública debe analizar críticamente las ventajas y desventajas para toda la sociedad, en respeto a los valores éticos instituidos por el Constitución.

La tercera parte del cuarto capítulo habló a respecto de la opinión pública y la Moralidad Política en la práctica judicial. La opinión pública es conocimiento que entra el campo de estudio de la Moralidad Política, disciplina que es diferente del Derecho, pero que avienen de la misma base de valores, como ramas del mismo tronco que es la Moral. Así, la genuina manifestación de la voluntad popular por la opinión pública permite verificar el deseo de justicia social, porque transluce cual es el sentimiento de justicia del pueblo. A depender del grado axiológico contenido en el debate jurídico, la manifestación de la opinión pública expresará la moral de la pluralidad de individuos que forman la sociedad, por tanto, dará conocimiento a los postulados éticos que alcanzan dicha sociedad, visto que los valores morales que se atribuyen al grupo social,



dejan de ser aspectos valorativos de subjetividad personal y pasan a formar valores que se atribuyen la ética de una nación. En este diapasón, la opinión pública es el instrumento que podrá manifestar los valores de la sociedad. Si el espacio social emite la voluntad popular a punto de conseguirse identificar postulados éticos, y éstos estén consubstanciados por los principios de la Constitución, habrá la legitimidad justificadora de la Moralidad Política. Así, la opinión pública puede ser instrumento para conocimiento de la ética, que servirá para la aplicación del Derecho como argumento interdisciplinar de Moralidad Política.

La **cuarta parte del cuarto capítulo** trató sobre las injerencias de la opinión pública en la decisión del Tribunal de Justicia de España en el juicio del caso emblemático “La manada”. El juicio “La manada” es un caso emblemático de violencia sexual que tuvo fuerte cobertura del medio de comunicación y repercusión de la opinión pública española debido al acceso popular al acervo probatorio producidos por los acusados durante el intento delictivo. La divulgación de grabaciones en vídeos y comentarios privados en las redes sociales, hechos por los propios acusados a respecto del acto criminoso, dan indicios de los mismos tienen orgullo del supuesto crimen sexual perpetrado, lo que ocasionó fuerte apelo popular a favor de la condenación más represiva a los acusados. El caso tomó reconocimiento con ese nombre porque los acusados compartieron vídeos del crimen sexual en grupo del aplicativo WhatsApp con el nombre “La manada”. Aunque reconocida la presión del medio de comunicación y de la opinión pública sobre el caso, el Tribunal expresó juicio sin influencias del apelo popular. Por tanto, no se reconoció injerencias de la opinión pública en la decisión judicial proferida por el Tribunal de Justicia de España.

La **quinta parte del cuarto capítulo** desarrolló el estudio referente las injerencias de la opinión pública como fundamento en las decisiones del Supremo Tribunal Federal, del análisis filtrado de sentencias timbradas con sello “tema relevante”, consonante la Resolución N. 474, de 29 de noviembre del 2011. La significación “tema relevante” representa los procesos judiciales o administrativos, en tramitación o archivados, cuyo asunto sea considerado de gran valor para la sociedad. Esto por el relevante valor histórico para el STF y para la sociedad brasileña debido a que repercusión social y en medios de

comunicación, conforme Art. 6º de la Resolución N. 474/2011. Al tiempo de la investigación, se identificó 33 (treinta tres) procesos timbrados con sello de 'tema relevante' por el STF, de entre las cuales 3 (tres) procesos tuvieron juicios que apreció mérito de contenido moral. Los tres juicios con contenido moral presentan fundamentos de contenido axiológico porque la naturaleza de los casos engendró debates jurídicos con contenido valorativo. Así, se considera que casos de fondo moral resultan en decisión judicial que implique en valores axiológicos, pues no hay como hablar sobre moral sin imprimir juicio valorativo.

Los juicios de la ADI 4277 y de la ADPF 132 versaban sobre la unión estable de parejas homoafectivas. Centro de trato encargado de moral que implicó fundamentos justificados con contenido valorativo con sentido axiológico. Fuerte llamamiento mediático repercutió el juicio y delante de las opiniones que tomaron voz es posible deducir que opinión pública se mostró dividida con relación al reconocimiento de los efectos civiles de la unión homoafectiva. La declaración de inconstitucionalidad analizó posible contrariedad de la unión estable para parejas del mismo sexo contenida en el Art. 226, §3º de la CRFB/1988, que dispone: "para efecto de la protección del Estado, es reconocida la unión estable entre el hombre y la mujer como entidad familiar, debiendo la ley facilitar su conversión en casamiento". En juicio, el Supremo Tribunal Federal decidió que las reglas constitucionales que versan sobre la igualdad de derechos entre los ciudadanos y la promoción de lo bien colectivo autorizan interpretación extensiva la parte del texto normativo que se refiere a la unión estable como relación habida "entre hombre y mujer".

En las Razones deliberativas de la sentencia en comento, se presentó argumentos eminentemente morales como orientativos del contexto justificativo que culminó en la derrotabilidad del texto normativo en la parte en la que expresa "entre hombre y mujer", esto por las Razones siguientes: "ponderar que la homosexualidad constituye 'hecho de la vida [...] que no viola cualquier norma jurídica, ni es capaz, por sí solo, de afectar la vida de terceros'. Cabiendo recordar que el 'papel del Estado y del Derecho en una sociedad democrática, es el de asegurar el desarrollo de la personalidad de todos los individuos, permitiendo que cada uno realice sus proyectos personales lícitos'". De esta forma, el STF demostró postura pragmática que promovió la elasticidad de la

interpretación de las normas constitucionales en nombre de la garantía de la eficiencia de la decisión judicial. Se confirió legitimidad de unión estable a las relaciones afectivas entre personas del mismo sexo por ser comportamiento usual en la sociedad, aun cuando no estén reconocidas por el legislador.

La **sexta parte del cuarto capítulo** habló a respecto de la aceptación de la Interdisciplinariedad al Derecho y propuso límites para inserción del conocimiento interdisciplinar en la decisión judicial a fin resguardar la seguridad jurídica, a través de cinco premisas. Para tanto, se proponen como premisas limitadoras: 1. El respeto a las competencias de los poderes y la legalidad; 2. La desconstrucción del escepticismo moral en el núcleo evocativo de la deliberación judicial y la comprensión del papel creativo del juez; 3. La deliberación sobre el contexto del hallazgo integrado al contexto de la justificación en la construcción de la decisión judicial; 4. El aumento de la previsibilidad decisoria dentro del dualismo teórico entre positivismo jurídico y post-positivismo jurídico; 5. El ideal de la acción comunicativa en la era tecnológica, que busque la creación de espacio social consultivo de la opinión pública mediante banco de datos digital con acceso gratuito, por medio aplicativos de dispositivos móviles, para analizar con efectividad la respuesta ética para los debates jurídicos cargados de grado axiológico.

En **respuesta a los problemas de investigación**, se verifica que la hipótesis resultó confirmada. **Los resultados** apuntan que hoy la decisión judicial está en el nivel pluridimensional y los valores axiológicos de casos cargados de moral deben introducir la Moralidad Política en la construcción decisoria y aplicar conscientemente el conocimiento interdisciplinar como fuente jurídica en la decisión judicial.

El ambiente jurídico consecuente del Constitucionalismo contemporáneo demuestra la constitucionalización de extenso papel de derechos y la composición de valores morales que generan la insuficiencia de las fuentes jurídicas juspositivistas en contestar las actuales demandas en juicio.

Así, el dualismo entre Positivismo y Post-positivismo causan reflejos en la práctica jurisdiccional porque la construcción decisoria de cada juzgador es

guiada por su comprensión sobre lo que es el Derecho, lo que es Justicia y sobre los preceptos que forman la Teoría Jurídica. Dentro de la legalidad, el juzgador tiene libertad para deliberar en busca de la respuesta jurídica de formas distintas.

La constitucionalización de tantos derechos trae efectos para la aplicación descriptiva del positivismo jurídico, visto que el número de preceptos constitucionales de baja densidad normativa, que disponen garantías, resulta en textos normativos subjetivos serán de tutela de modo jurisdiccional, inhibiendo el comando objetivo típico de la decisión judicial proveniente del silogismo jurídico.

Las decisiones judiciales, sea en el contexto del hallazgo o en el contexto de la justificación, pueden sufrir influencias de la opinión pública y de la opinión publicada, considerándose que hay diferencia entre la opinión popular formada en el espacio público y el llamamiento mediático conducido por medios de comunicación.

La opinión pública es el apelo nacido en el espacio público que abarca la voz social sobre determinados derechos, valores, conductas, sirviendo de contrapunto a los comandos de los Poderes y legitimando el clamor de justicia social.

Así, la opinión pública puede influenciar en alguna medida en la construcción de la decisión judicial por reflejar un sentimiento de justicia social al juzgador, mientras, la legitimidad democrática de la constitución y de la jurisdicción constitucional independen de contestar a los llamamientos del medio de comunicación o de la opinión pública.

Ahora, la opinión pública se vincula al campo de lo saber que disciplina la moralidad política. Así, la opinión pública podrá ser utilizada como conocimiento interdisciplinar, pero a Interdisciplinariedad no debe servir la opinión pública, como ésta fuese un fin en sí misma a buscar la satisfacción del sentimiento de justicia social. Ocurre que adentro de los límites del derecho puesto, cuando se toma ciencia de la opinión pública, se detiene un conocimiento justificador de la moralidad política.

Asimismo, es posible proponer que la opinión pública, por ser insertable dentro de la Moralidad Política, es un conocimiento interdisciplinario que entra en la juridicidad como argumento decisorio sin significar directamente la derrotabilidad del texto legal. Esto cuando se construye límites para la invocación de este y de otros argumentos interdisciplinarios.

El conocimiento interdisciplinario de la Moralidad Política, especialmente los consecuentes de la opinión pública, cuando construido en espacio social pautado en la confianza y en la veracidad, permite que se logra preceptos de valor moral aceptados por el grupo social, por tanto, cuando determinado valor moral alcanza la pluralidad genera conocimiento sobre postulado ético.

El precepto normativo que se firma en consonancia con los postulados éticos, resultará en mayor eficacia, porque la ética transluce un núcleo moral acepto prevalentemente en el contexto social. El postulado ético que consubstancia contenido de ley genera el sentimiento de justicia en su cumplimiento, esto por causa de la mayor aceptación social con los valores axiológicos firmados. De igual punto figura la aplicación del Derecho en juicios de contenido moral, cuando el juzgador escruta la ética que entra en el Derecho como factor justificador del texto normativo.

Así, los postulados éticos son difíciles de ser identificables con objetividad, pero cuando posible, garantizan que los juicios cargados de baja densidad normativa y alto contenido axiológico alcancen respuesta jurídica con legitimidad democrática. Actualmente, la Inteligencia Artificial aliada al Derecho permite que se cree un banco de datos digital capaz de consultar la voluntad popular a fin de manifestar postulados éticos.

Dentro del respeto de las competencias de los poderes y de la legalidad, los juicios de casos cargados de moral emitirán grado axiológico en la decisión judicial, esto debido a que la naturaleza del juicio. Así, es legítima la aplicación de conocimiento interdisciplinario derivado de la Moralidad Política, que demuestre postulado ético, para que el juzgador utilice como criterios de fundamentación de las decisiones, generando mayor previsibilidad decisoria y

seguridad jurídica en ves de generar aumento de Decisionismo.

**Palabras clave:** Derecho e Interdisciplinaridad; Decisión Judicial; Supremo Tribunal Federal; Moralidad Política; Opinión Pública.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## INTRODUÇÃO

A presente tese de Doutorado intitulada “Interdisciplinaridade do Direito com enfoque na Moralidade Política como fundamento da Decisão Judicial: a opinião pública nas decisões de tema relevante do STF” conta com o apoio financeiro da Capes através de bolsa Capes-PROSUP.

O **objetivo institucional** do presente trabalho científico é a obtenção do Título de Doutor em Ciência Jurídica pelo Curso de Doutorado em Ciência Jurídica – CDCJ vinculado ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ - da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e o título de Doutor em Direito pela Universidade de Alicante, Espanha, como convênio firmado entre as instituições.

A temática de pesquisa busca como **objetivo geral** propor limites para a invocação de argumentos interdisciplinares de Moralidade Política, especialmente os decorrentes da opinião pública, como critérios de fundamentação de decisões jurídicas, especificamente nas decisões do Supremo Tribunal Federal de tema relevante, assim identificados pela forte repercussão na sociedade e nos meios de comunicação.

Os objetivos específicos são distribuídos em quatro, cada qual desenvolvido em capítulo específico, da seguinte forma: o **primeiro objetivo específico** é investigar o fracionamento das Teorias do Direito, em vista da dualidade entre o Positivismo Jurídico e o Pós-Positivismo, para explicar a crise do Direito Unidimensional. O **segundo objetivo específico** é observar o Direito e a Interdisciplinaridade com a Moral e a Política. O que se procura, neste ponto, é analisar a abertura que as Teorias Jurídicas pós-positivistas trazem para a aplicação de conhecimento interdisciplinar na justificação da decisão judicial. O **terceiro objetivo específico** é analisar a decisão judicial pelos critérios unidimensional e multidimensional, para compreender como o julgador constrói a decisão, mediante os fatores intrínsecos e extrínsecos, e também pelo contexto de descoberta e justificação da decisão jurídica. O **quarto objetivo específico** é coletar dados de aporte jurisprudencial da Corte Superior brasileira com enfoque nas interferências da Moralidade Política na decisão judicial,

especialmente da opinião pública, através da filtragem de julgamentos timbrados pelo Supremo Tribunal Federal com selo “tema relevante” pela forte repercussão na sociedade e nos meios de comunicação, isto para observar a incidência de teor moral nos fundamentos e propor limites da aplicação de conhecimento interdisciplinar como critérios de fundamentação de decisões jurídicas.

O trabalho científico se desenvolverá com pesquisas conjuntas entre Universidades do Brasil e Espanha, tendo em conta que a pesquisa é produto de convênio de dupla titulação. No Brasil, a tese é resultado de estudos dentro do Curso de Doutorado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, inserindo-se na área de concentração “Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito” e se vincula à linha de pesquisa “Principiologia Constitucional e Política do Direito”. Na Espanha, a tese é resultado do trabalho conjunto com a Universidade de Alicante – UA e se vincula à linha de pesquisa “Argumentación y Constitucionalismo”.

O **tema** recairá sobre “Direito e Interdisciplinaridade” e diante da necessária Delimitação<sup>35</sup>, por meio do Referente<sup>36</sup> e da Investigação<sup>37</sup>, propor-se-á os limites para a invocação de argumentos interdisciplinares da Moralidade Política, em especial no que tange à opinião pública, enquanto critério de fundamento para construção das decisões jurídicas, com enfoque nas decisões timbradas de relevante pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, considerando as pululadas críticas lançadas à judicialização da política e à derrotabilidade do texto normativo por argumentos externos.

---

<sup>35</sup> “presentar el Referente para la investigación, haciendo objetivas consideraciones en cuanto a las razones de la elección de este Referente; destacar la delimitación de la temática y/o el marco teórico, presentando las debidas justificaciones, así como fundamentar objetivamente la validez de la Investigación a ser efectuada”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. p. 160.

<sup>36</sup> “la explicación previa de los motivos, de los objetivos y del producto deseado, delimitando el alcance temático y de abordaje para una actividad intelectual, especialmente para una investigación”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. p. 62.

<sup>37</sup> “actividad investigativa, conducida de acuerdo con padrones metodológicos, buscando la obtención de la cultura general o específica de una determinada área, y en la cual son vivenciadas cinco fases: Decisión, Investigación, Tratamiento de los Datos Recogidos, Informe y Evaluación”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. p. 77.



Este recorte temático se mostra relevante diante da atualidade, originalidade e pertinência que o assunto em apreço expõe no âmago da Ciência Jurídica, pois a predileção pelo tema é consequência do cenário político-jurídico atual, em vista da polêmica que envolve a Teoria da Decisão Judicial, decorrente da popularização de expressões como “Protagonismo Judicial”, “Decisionismo”, “Ativismo Judicial”, “Judicialização da Política” e a polêmica sobre decisões judiciais que apresentam argumentos morais como subjetivos.

A relevância científica da pesquisa desponta de seu fundado interesse jurídico, visto que a Comunidade Jurídica percebe questões que estão sem soluções satisfatórias, o que levanta as proposições pós-positivistas de superação ao modelo de decisão judicial unidimensional, analisando a permeabilidade das fronteiras do Direito e o fenômeno da Interdisciplinaridade.

A Interdisciplinaridade é ferramenta favorável ao processo de aplicação do Direito, por vezes a decisão judicial precisa da ingerência de outras disciplinas para formular cognição do caso em concreto. Avanços verificáveis em outros campos do saber como a Economia, a Política, a Psicologia Cognitiva, a Inteligência Artificial, produzem novas ferramentas para o estudo do Direito, ao mesmo tempo que a crescente complexidade da sociedade eleva a complexidade dos problemas a serem respondidos pelo sistema jurídico. Posner<sup>38</sup> pondera que a aplicação de outras disciplinas na abordagem da Teoria do Direito traz perspectiva externa para encontrar as soluções a respeito dos problemas práticos do Direito. Já a teoria de valores desenvolvida por Dworkin<sup>39</sup>, considera que o Direito e a Moralidade Política são parte do mesmo sistema, formando dois ramos de conhecimento derivados do mesmo tronco que é a Moral, e por causa dessa interconexão os problemas jurídicos tem fundo valorativo, pois a teoria do direito é o exercício de moralidade política substantiva. A opinião pública, por sua vez, é conhecimento que adentra o

---

<sup>38</sup> POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. X-IX.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. A justiça de toga. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 252. E, DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 620

campo de estudo da Moralidade Política, disciplina que é diferente do Direito, mas que advém da mesma base.

No cenário jurídico contemporâneo, a opinião pública tem se confundido com o ponto de vista difundido pelas mídias, o que acentua sua análise como critério de fundamentação de decisões jurídicas, isto a fim de impor limites na invocação deste conhecimento interdisciplinar quando gera fundamentos das decisões judiciais ao arrepio da lei.

Diversos estudos espanhóis analisam a independência do Poder Judiciário, porém poucos estudos jurídicos de cunho científico escrutinam a influência de fatores exógenos ao Direito<sup>40</sup>. Observa-se que o tema desponta de originalidade em investigar tal processo junto a Teoria do Direito (pelo percurso evolutivo do paradigma Juspositivista até os efeitos propositivos das correntes Pós-positivistas), a fim de legitimar as decisões ou propor limites para a ingerência externas e analisar as decisões de tema relevante do STF. Quanto ao engajamento do tema com a cotutela internacional entre as Universidades, ainda que a pesquisa recorte a análise de decisões do ordenamento jurídico brasileiro, tece-se que há pertinência em abranger estudo na Espanha, pois o fenômeno em comento tem repercutido não apenas no cenário jurídico brasileiro, como também no contexto mundial, assim, valeu-se do conhecimento comparativo com a experiência judicial espanhola para alcançar proposição inédita à pesquisa.

Os **problemas** orientadores da pesquisa são: a) quais os reflexos do dualismo entre Positivismo e Pós-positivismo na prática jurisdicional? b) as decisões judiciais possuem, em alguma medida, o condão de responder à opinião pública para a legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional? c) os fatores socioeconômicos vigentes no séc. XXI geram diferença entre a opinião pública e a opinião publicada? d) a invocação de argumentos interdisciplinares de Moralidade Política, especialmente os decorrentes da opinião pública, como critérios de fundamentação de decisões

---

<sup>40</sup> MANZANOS BILBAO, César. Factores sociales y decisiones judiciales. p. 127-128. In: **Sociológica: Revista de pensamiento social**, n. 5, España: Universidade Coruña. 2004. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1047680>. Acesso em fevereiro de 2019.

jurídicas resvalam na derrotabilidade do texto normativo? e) é possível propor limites ao uso de conhecimento interdisciplinar como critérios de fundamentação de decisões jurídicas para garantir a previsibilidade decisória?

Para a resolução dos problemas supramencionados, suscita-se a construção da seguinte **hipótese**<sup>41</sup>: supõe-se que as decisões judiciais sofrem ingerências da opinião pública e da opinião publicada, – considerando-se que há diferença entre o apelo popular e o apelo midiático, – influenciando em alguma medida na construção da decisão judicial, entretanto, a legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional independem de responder aos apelos da opinião popular. Deste modo, é possível que construir limites para a invocação de argumentos interdisciplinares de Moralidade Política, especialmente os decorrentes da Opinião Pública, permite a legítima aplicação como critérios de fundamentação de decisões jurídicas sem que haja a derrotabilidade do texto normativo.

Na busca em lograr os objetivos pretendidos, o desenvolvimento da tese se constitui de **quatro capítulos**. Em primazia, ressalta-se que o estudo da matriz teórica indicada para os capítulos levará em conta a análise jurídica que se propõe pelo recorte temático, mas não se dedica ao estudo integral de cada autor, tampouco objetiva exaurir cada Teoria do Direito indicada no estudo, porquanto visa obter coerência aos postulados que se adotará como base na conclusão investigativa.

Assim, a pesquisa se compromete em realizar a construção teórica necessária a responder a problemática firmada, sem o almejo de extenuar toda construção da teoria jurídica e da teoria política até a contemporaneidade, viés que se consideraria por demais audacioso. Foca-se em perfazer compreensão geral, porém acurada, de argumentos pertinentes ao referente da pesquisa.

O **Primeiro Capítulo**, intitulado “A CRISE DO DIREITO UNIDIMENSIONAL”, desenvolver-se-á por três partes em que se buscará a análise sobre a Teoria do Direito e a dualidade do Positivismo Jurídico e o Pós-

---

<sup>41</sup> a suposição “que o investigador tem quanto ao tema escolhido e ao equacionamento do problema apresentado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 138.

positivismo, a fim de construir estudo que reflita sobre a crise do Direito Unidimensional.

O **Segundo Capítulo** de título “O DIREITO E A INTERDISCIPLINARIDADE”, dividir-se-á em três partes e buscará compor avanços na compreensão sobre as fronteiras do Direito estabelecidas pelo positivismo jurídico e as mudanças promovidas pelas correntes teóricas advindas do contexto pós-positivista. Observar-se-á como a Interdisciplinaridade é tratada por perspectivas distintas entre as Teorias Jurídicas. O intuito é verificar a abertura que as Teorias Jurídicas do Pós-positivismo jurídico dão ao Direito para aplicar outros ramos do saber como fonte jurídica na construção da decisão judicial.

O **Terceiro Capítulo** de título “A DECISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA MULTIDIMENSIONAL”, desenvolver-se-á em três partes. Sob a análise da Teoria do Direito, destacar-se-á duas esferas distintas de análise do processo construtivo da decisão judicial: a primeira, de caráter antecedente, consiste no ambiente jurídico propiciado pela jurisdição constitucional; a segunda, de caráter ocorrente, consiste nos fatores intrínsecos e extrínsecos que formam a decisão judicial. Oportunidade em que se compreenderá que a teoria da decisão judicial abarca dois contextos: o de justificação das razões jurídicas, largamente difundido nos estudos da Ciência Jurídica; e o contexto da descoberta da decisão judicial, pouco implicado nos estudos jurídicos, apesar de sua relevância na formação decisória.

Enfim, o **Quarto (e último) Capítulo** intitulado “AS INTERFERÊNCIAS DA MORALIDADE POLÍTICA NA DECISÃO JUDICIAL”, dividir-se-á em seis partes para perquirir esclarecimentos sobre a opinião pública e análise das ingerências da moralidade política na decisão judicial.

O último capítulo adentrará no cerne original da pesquisa. Oportunamente se reafirma o escopo científico que se perquire: a proposição de demarcações limitativas para o uso de fatores interdisciplinares decorrentes da Moralidade Política na tomada de decisões judiciais e isto, objetivamente, pela análise das ingerências da opinião pública nas práticas de deliberação judicial,

partindo em observância de decisões do Supremo Tribunal Federal, firmadas com selo tema relevante, haja vista o valor histórico e a repercussão na sociedade e na mídia.

O relatório da pesquisa da presente tese se encerrará com as conclusões, a qual tece reflexões de desfecho aos objetivos firmados, apresentando aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e no relato, e as fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao tema, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre os assuntos que permeiam as interconexões entre Direito e outros ramos do conhecimento, especialmente a Moral.

No que tange à metodologia, serão considerados os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI. O método<sup>42</sup> a ser utilizado na fase de investigação<sup>43</sup> será o indutivo; na fase de tratamento dos dados<sup>44</sup> será o analítico; e o resultado das análises, no relatório da pesquisa<sup>45</sup>, será empregado o método Indutivo.

Os objetivos da pesquisa são todos de natureza teórica, firmados dentro da Ciência Jurídica, razão pela qual as técnicas de análise a fomentar a estudo científico serão: a pesquisa bibliográfica<sup>46</sup> e jurisprudencial.

No Brasil, a pesquisa jurisprudencial analisará os julgamentos timbrados pelo próprio STF com selo “tema relevante”, assim intitulados para os assuntos com forte repercussão na sociedade e nos meios de comunicação, conforme dispõe a Resolução n. 474, de 29 de novembro de 2011.

Para tanto, utilizar-se-á como metodologia de filtragem de acórdãos analisáveis na presente tese, os seguintes os critérios classificatórios: a) critério temporal: 2009 até o presente; b) critério valorativo: julgamentos timbrados com

---

<sup>42</sup> Sobre método, veja especialmente: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 90-93/97-111.

<sup>43</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 87/109.

<sup>44</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 87/109.

<sup>45</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 88/109.

<sup>46</sup> “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** p. 215.

selo de 'tema relevantes' cuja significação represente relevante valor histórico para o STF e para a sociedade brasileira pela repercussão na sociedade e meios de comunicação; c) critério material: destaque aos julgamentos com selo 'tema relevantes' que tiveram apreciação de mérito com cerne da lide carregado de moral.

Na Espanha, pesquisar-se-á o emblemático julgamento 'la manada' proferido pelo Tribunal de Justiça da Espanha, mediante forte cobertura da mídia e repercussão da opinião pública. O estudo de caso firmará exemplo comparativo entre a experiência judicial brasileira e espanhola.

Ainda, nas diversas fases da Pesquisa<sup>47</sup>, poderão ser acionadas as Técnicas de Investigação do Referente<sup>48</sup>, da Categoria<sup>49</sup> e do Conceito Operacional<sup>50</sup>, bem como outras que poderão ser definidas pela doutoranda e por seu Orientador desde que atendendo aos parâmetros do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

Na Tese, as categorias principais e os seus conceitos operacionais são apresentados em glossário inicial. Não se pode deixar de enfatizar, entretanto, que os respectivos conceitos operacionais não podem ser compreendidos de forma absoluta, apenas sugerem significações aceitáveis para a exposição racional dos argumentos dentro abordagem da presente pesquisa.

As citações, paráfrases e comentários elaborados a partir de livros e artigos estrangeiros são de livre tradução do doutorando, de forma que não dispensa, e é recomendável, a consulta e a confrontação com os textos originais, mencionados nas notas de rodapé e nas Referências Bibliográficas constantes no final da Tese.

---

<sup>47</sup> PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 85-90.

<sup>48</sup> "explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa." In: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 58.

<sup>49</sup> "palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia." In: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 27.

<sup>50</sup> "uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos". In: PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. p. 39.

# CAPÍTULO 1

## A CRISE DO DIREITO UNIDIMENSIONAL

Preliminarmente, cumpre advertir que o percurso hábil a proporcionar as novas proposições sobre o tema decorrerá da análise sobre Filosofia Jurídica. Para tanto, é imperioso construir estudo que reflita sobre a dualidade entre o Positivismo Jurídico e o Pós-positivismo no contexto jurídico aplicado no Brasil e que trace o ideal de crise do Direito Unidimensional e consequentes teorias propositivas de superação ao paradigma jurídico, isto com aportes de conhecimento comparado ao contexto espanhol.

A construção do atual cenário de aplicação da Teoria da Decisão Judicial no Brasil advém das divergências teóricas em torno da crise atrelada ao Paradigma do Positivismo Jurídico. Há relevância prática em compreender a Teoria do Direito, não se trata de curiosidade filosófica ou esforço histórico, mas de papel indutor à compreensão da realidade atual do Poder Judiciário brasileiro<sup>51</sup>.

A aplicação do Direito depende da Teoria do Direito que a emana, portanto, divergências teóricas podem gerar decisões judiciais em contrassenso, problematizando a previsibilidade dos julgamentos e a segurança jurídica. Afinal, responder “o que é o Direito?” consiste em complexa indagação, persistente na ontologia jurídica, que infere a própria natureza subjetiva da Ciência Jurídica, diferentemente de outras ciências que trabalham com o conhecimento nascente

---

<sup>51</sup> “Qual é a relevância prática das divergências teóricas em torno do positivismo jurídico? Dito de outra forma: O que está realmente em jogo nas constantes controvérsias sobre o positivismo, nas quais se investe tanta energia, erudição e paixão? De quais formas a aplicação do direito é influenciada pela teoria do direito que adota cada aplicador? Partimos do pressuposto que as opções teóricas influenciam os operadores do direito. Essa é a tese da imanência da teoria do direito na prática de sua aplicação. A teoria do direito não interessa só a pessoas com curiosidade filosófica que dedicam seu tempo livre ao estudo das difíceis, controvertidas e quase irrespondíveis questões sobre o Ser ou a Essência do Direito. Não é possível compreender e aplicar normas jurídicas sem possuir uma base de teoria do direito, por mais rudimentar, instável ou questionável que esta seja. Da mesma maneira, não se pode identificar a norma aplicável, nem encontrar soluções para os conflitos entre normas ou para o preenchimento de lacunas sem ter um posicionamento teórico sobre as formas de interpretação do direito”. In: DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. p. 220. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 102, Belo Horizonte: jan./jun. 2011. p. 215-253.

da facticidade objetiva<sup>52</sup>.

Destarte, falar de Teoria Jurídica no cenário atual resvala em influxos externos influenciadores da construção do Direito dentro de cada Estado e do seu ordenamento jurídico. Por este raciocínio, as vertentes da Teoria Política sobre a Teoria Jurídica são o primeiro fator de influência na formação do ambiente jurídico. Os pilares atribuídos pelo constitucionalismo ocidental estão firmemente presentes no contexto de prática jurídica brasileira e também espanhola<sup>53</sup>.

Aduz, Maurizio Oliviero<sup>54</sup>, que por características delineáveis ao constitucionalismo ocidental se trata do produto auferido pelo processo dialético que insere no texto constitucional os aspectos da Teoria Política e da Teoria Jurídica, e ainda, as características ideológicas e técnicas, em que a soma dos elementos legitima as ações das instituições, provendo-as com forma jurídica.

A Teoria Política, frente aos problemas do Estado, foi ordem precursora para a Filosofia do Direito se desenvolver em direito posto, uma vez que os processos políticos e jurídicos fortemente se interconectam<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> “Poucas questões respeitantes à sociedade humana têm sido postas com tanta persistência e têm obtido respostas, por parte de pensadores sérios, de formas tão numerosas, variadas, estranhas e até paradoxais como a questão ‘O que é o Direito?’. Mesmo se limitarmos a nossa atenção à teoria jurídica dos últimos 150 anos e deixarmos de lado a especulação clássica e medieval acerca da ‘natureza’ do Direito, encontraremos uma situação sem paralelo em qualquer outra matéria estudada de forma sistemática como disciplina acadêmica autônoma. Não existe literatura abundante dedicada a responder às perguntas ‘O que é química’ ou ‘O que é medicina’ como sucede com a questão ‘O que é o Direito?’”. In: HART, Herbert L. A [1961]. **The concept of law**. Oxford: Oxford University Press. Tradução original. A Ribeiro Mendes. O conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 5.

<sup>53</sup> Com propósito de firmar premissas metodológicas, é assinalável que o estudo da matriz teórica indicada para o presente e posteriores capítulos levará em conta a análise jurídica que se propõe pelo recorte temático, mas não ocorre de se dedicar ao estudo integral de cada pensamento-teórico jurídico ou de seu jurista precursor, tampouco objetiva exaurir cada teoria do direito levantada pela atualidade, mas visa obter coerência dos postulados que se adotará como base na conclusão investigativa, a fim de compreender a teoria do direito e sua aplicação na decisão judicial brasileira enquanto Corte Constitucional.

Compromete-se, portanto, em buscar pela construção teórica para responder a problemática firmada, mas sem o almejo de extenuar toda construção da teoria jurídica e da teoria política até a contemporaneidade, viés que se consideraria por demais audacioso. Foca-se em perfazer compreensão geral, porém acurada, de argumentos pertinentes ao referente da pesquisa.

<sup>54</sup> OLIVIEIRO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003, p. 01.

<sup>55</sup> Sobre a forte influência do Estado na Filosofia do Direito, observa-se que “o movimento para incorporação do direito em códigos planejados e estáveis, originado na Áustria e na Prússia, foi



Nesta perspectiva, firmar os ideais de vertente democrática dentro do constitucionalismo permitirá melhor análise acerca do protagonismo judicial<sup>56</sup>.

A expansão do Poder Judiciário através da constitucionalização e a aceleração correspondente da Judicialização da Política em tantos países ao longo de algumas décadas podem lançar luz sobre aspecto da política constitucional que muitas vezes é negligenciado: as origens políticas da constitucionalização, assinala Ran Hirschl<sup>57</sup>.

Assim, os temas constitucionalismo, democracia e as interações com a Filosofia do Direito despontam o estudo.

## 1.1 CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E AS INTERAÇÕES COM A FILOSOFIA DO DIREITO

Reputa-se o constitucionalismo como movimento de ideais, instituições, preceitos e princípios regentes da maioria dos Estados, que permite a cada Estado se estruturar internamente<sup>58</sup>, pelas acepções das teorias do Direito e da Política. Trata-se de fenômeno que hoje caminha pelo viés da construção democrática, das garantias individuais e dos limites do poder, pela firme proposta pragmática de alcançar a melhoria do mundo social e responder

---

em parte uma resposta aos problemas do Estado nos quais coexistiam diversos sistemas jurídicos". In: KELLY, John M. **Uma breve história da Teoria do Direito Ocidental**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Tradução de Marylene Pinto Michael. p. 411.

<sup>56</sup> "O Supremo Tribunal Federal (STF) ou outros órgãos judiciais têm dado última palavra em temas envolvendo separação de poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, regimes jurídicos dos servidores, sistema político e inúmeras outras questões, algumas envolvendo o dia-a-dia das pessoas, como mensalidade de planos de saúde ou tarifa de serviços públicos. Essa expansão do papel do Judiciário, notadamente do STF, fez deflagrar um importante debate na teoria constitucional acerca da legitimidade democrática dessa atuação". In: BARROSO, Luís Roberto. *Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil*. In: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307.

<sup>57</sup> "The expansion of judicial power through constitutionalization and the corresponding acceleration of the judicialization of politics in so many countries over the past few decades may shed light on an aspect of constitutional politics that is often overlooked: the political origins of constitutionalization. Although the adoption of a constitutional catalogue of rights provides the necessary institutional framework for the judicialization of politics, it is certainly not a sufficient condition for generating the high level of judicialized politics we have seen in the four countries studied here". In: HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 211.

<sup>58</sup> Canotilho anuncia que o constitucionalismo consiste na "[...] 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" In: CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.p. 51.

aos novos anseios econômico-sociais em cada Estado.

A história do constitucionalismo mostra que ele é, em suma, a busca do homem político pelas limitações ao poder absoluto exercido por aqueles que o detém, bem como o esforço para estabelecer uma justificação espiritual, autoridade moral ou ética, em vez da submissão cega, para o fim de aliviar a autoridade existente.<sup>59</sup>

Apesar de hoje o constitucionalismo caminhar pelo viés da democracia, pelos limites de poder e pelas garantias individuais, não se trata de direitos que caíram do céu, todos foram conquistados mediante rupturas institucionais<sup>60</sup> ao longo dos séculos.

Afinal, os direitos não vieram todos de uma só vez, nem se constituíram de uma vez por todas, conforme Bobbio, “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual”<sup>61</sup>.

Em vista das rupturas institucionais, o constitucionalismo se perfaz em dois: antigo e moderno, segundo José Joaquim Canotilho<sup>62</sup>. Da Idade Média ao séc. XVIII foi o tempo que ensejou constitucionalismo antigo, consistente em “conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu

---

<sup>59</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p. 150.

<sup>60</sup> “A história do constitucionalismo é a história do progressivo alargamento da esfera pública dos direitos. Uma história não teórica, mas social e política, dado que nenhum desses direitos caiu do céu, todos foram conquistados por rupturas institucionais: as grandes revoluções americana e francesa, depois as medidas oitocentistas para os estatutos, por fim as lutas operárias, feministas, pacifistas e ecológicas dos novecentos. Todas as diversas gerações de direitos, podemos bem dizer, correspondem a outras tantas gerações de movimentos revolucionários [...]”. In: FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. (sem título original no exemplar utilizado), p. 30.

<sup>61</sup> [...] o caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista da sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão do mundo (pág. 05). In: BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998. p. 5.

<sup>62</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52-55.

poder”.

Entretanto, o exórdio do constitucionalismo antigo tem pauta na cultura grega, através dos pensamentos reflexivos sobre política e constituição de Platão<sup>63</sup> e Aristóteles<sup>64</sup>, e pelas argumentações filosóficas sobre virtude, equidade e justiça. Na antiguidade<sup>65</sup>, o governo grego também causou efeitos diretos no tipo de organização de poderes estabelecido em Roma<sup>66</sup>.

Em avanço ao longo dos séculos, o período medieval é marcado pelo despotismo, pelo poder centralizador e absolutista, em que a figura do governante se equiparava a Deus.<sup>67</sup> Ainda na Idade Média, diante de tanta opressão estatal, já despontava anseios pela luta em favor da conquista de liberdades e garantias individuais, todavia nada foi alcançado. O principal legado do constitucionalismo medieval foi a percepção de que o poder político precisa de limites previstos em lei para ser exercido de forma justa<sup>68</sup>, no entanto, não se estabeleceu meios legítimos de controle do poder, e observância dos limites

---

<sup>63</sup> PLATÃO, **O político**. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008. Tradução de Carmen Isabel Leal Soares.

<sup>64</sup> ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>65</sup> Ademais, na Antiguidade também é possível verificar os primeiros bosquejos do constitucionalismo pelas formas de governo e estruturas político-sociais encontradas nos reinados do povo hebreu. O povo hebreu organizava o poder e autoridade através da lei do Senhor, ou seja, configurando um Estado Teocrático, governado pela casta sacerdotal. A Bíblia Sagrada descreve que o povo hebreu vivia segundo os 12 (doze) mandamentos, estando muito firme a necessidade de obediência às leis, o que fazia com que o exercício de poder já apresentasse organização estrutural e princípios de bem-estar e compaixão entre si. In: A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil. 2007.

<sup>66</sup> FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martínez Nieira. p. 38.

<sup>67</sup> No medievo, o constitucionalismo deixa de se preocupar com a ordem política ideal, com a reflexão sobre a moral e o político, e com a participação social para inaugurar um discurso que trouxe vínculo a noção de prática social, ou seja, firmando regras, limites, pactos e contratos de equilíbrio. O constitucionalismo medieval se destinou a disciplinar, prioritariamente, a legitimação do poder. In: FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martínez Nieira. p. 38.

<sup>68</sup> “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque pode se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse junto ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário; pois o juiz seria o legislador. Se estivesse junto ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” In: Monstequieu, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de Cristina Murachco. p. 168.

previstos, o que impedia a aplicação concreta e eficaz deste ideal<sup>69</sup>.

O século XVIII despontou correntes de pensamento filosófico, político e ideológico na sociedade à luz do Iluminismo. O clarear da mudança preconizado por tais pensamentos deu anseio as revoluções burguesas (a Revolução Inglesa de 1688; a Revolução Americana de 1776; e a Revolução Francesa de 1789), em que veio afirmar a ideia da Constituição escrita como o trunfo na garantia de direitos, significando a conquista histórica em ruptura ao absolutismo, movimento constitucional que caracteriza o constitucionalismo moderno<sup>70</sup>.

Segundo José Joaquim Canotilho<sup>71</sup>, o constitucionalismo moderno advém do clamor social<sup>72</sup> que passou a indagar sobre o tradicional poderio injusto, levantando o debate por nova ordenação do poder político. Tratou-se da emergência pelo modelo de Constituição que se proponha, com fulcro em ideias centralizadas nos seguintes pressupostos: i) ordenar, fundar e limitar o poder político; e ii) reconhecer e garantir direitos e liberdades individuais.

---

<sup>69</sup> MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 240-248.

<sup>70</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2003. V. 2.p. 7-8

<sup>71</sup> Numa acepção histórico-descritiva, o constitucionalismo corresponde às transformações de ordem política, social e cultural que determinam uma ruptura ao poder político tradicional, portanto, “a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político.” Segundo José Joaquim Canotilho o constitucionalismo moderno se conduz em teoria normativa da política, “uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”, corresponde, “pois, a fundação e legitimação do poder político e a constitucionalização das liberdades”, interligando a noção de limitação do poder estatal, supremacia da lei e garantias aos indivíduos. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51-55.

<sup>72</sup> Historicamente, a partir da burguesia se desenvolveu a consciência política que conseguiu articular a ideia e a exigência de leis gerais e abstratas opostas ao domínio absoluto e - o que é crucial não só do ponto de vista do Direito político, mas também da constitucional – que se aprendeu finalmente a se afirmar (isto é, a construir a opinião pública) como única fonte legítima dessas leis. Já no decurso do século XVIII, a conclusão deste processo não é outra coisa senão a demanda, pela opinião pública, da competência legislativa por regras que somente o conteúdo polêmico-racionalista deve a ele. “Desde estas premissas, se desarrolla en la publicidade burguesa una consciencia política que consegue articular la idea y la exigencia de leyes generales y abstractas contrapuestas al dominio absoluto, y – lo que es crucial no sólo desde el punto de vista del Derecho político sino también del constitucional – que aprende finalmente a afirmarse a sí mesma (es decir, a la opinión pública) como la única fuente legítima de esas leyes. Ya en el curso del siglo XVIII, la conclusión de este proceso no es otra que la exigencia, por la opinión pública, de la competencia legislativa para unas normas que sólo a ella deben el contenido polêmico-racionalista”. In: LÓPEZ, Daniel Berzosa. **Democracia Constitucional y Opinión Pública**. Espanha: Editorial Aranzadi. p. 32.

Dizer que o constitucionalismo moderno exsurge na ordem jurídico-política com caráter liberal<sup>73</sup> é entender que *a priori* se constitui sem os ideais de democracia, visto que a constituição escrita instrumentalizou o estabelecimento da limitação de poder<sup>74</sup> e a garantia de direitos, rompendo com o poderio ilimitado que se centralizava nas mãos dos monarcas e trazendo segurança à burguesia, que já havia adquirido certo poder político e necessitava de estabilidade para o exercício de suas atividades.

O sentido geral do Estado Liberal de Direito é o condicionado entre a autoridade do Estado e a liberdade da sociedade, no contexto de equilíbrio mútuo estabelecido pelo princípio da legalidade. Logo, o Estado de Direito é “uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales”, comenta Gustavo Zagrebelsky<sup>75</sup>.

A partir do séc. XIX, com as reivindicações da classe operária por direitos efetivos da população é que a sociedade teve vigor em pleitear que os governantes garantissem a manifestação da vontade de toda a população, e a democracia é incorporada ao constitucionalismo<sup>76</sup>.

Neste sentido, as dificuldades em se praticar a democracia real fazem com que Norberto Bobbio caracterize a democracia como método de governo, ideal ao Estado que se coloca do ponto de vista do direito e não do ponto de

---

<sup>73</sup> Neste mesmo diapasão, Paulo Márcio da Cruz assinala que o constitucionalismo ‘moderno’ é aquele que “[...] apresenta uma característica definidora, a afirmação radical da liberdade do indivíduo e a existência de alguns direitos irrenunciáveis desse mesmo indivíduo, como critério essencial da organização do Estado”, In: CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. p. 27.

Ademais, a Constituição liberal alçava mandamentos essenciais típicos do liberalismo, erigiu, portanto, a valorização da liberdade individual, a garantia e proteção da propriedade privada, a declaração de direitos individuais e a separação dos poderes.

<sup>74</sup> “A *judicial review* da constitucionalidade da legislação é apenas uma das várias facetas modernas daquele ponto de rebate. Outras facetas incluem a *judicial review* de atividade executiva, bem como das fascinantes instituições como *verfassungsbeschwerde* e *Amparo*, que representam esforços ulteriores para expandir a proteção judicial de valores fundamentais, mesmo à ação governamental não *legislativa*”. In: CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Autor, 1999. Título Original *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves. p. 19.

<sup>75</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 1995. p. 22.

<sup>76</sup> MAGAHLÃES, Jose Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 13. n. 26. Belo Horizonte, jul-dez. 2010. p.96-98

vista do poder. A democracia é o procedimento para formar as decisões coletivas, tomadas por autoridades legitimadas, facilitando a participação mais ampla possível dos interessados<sup>77</sup>.

As transformações sociais e econômicas que ocorreram no final do século XIX e começo do século XX, a crise da sociedade industrial de massas e a falência do modelo liberal, apontavam para uma sociedade com novos reflexos ideológicos. As ditas mudanças “possibilitaram a complexa experiência de uma estrutura que, por estar ainda em curso, assume diversas especificidades, cunhada por autores com as designações de Estado Social, [...] Estado Providência ou Assistencial (*Welfare State*), etc”, informa Antonio Carlos Wolkmer <sup>78</sup>.

Sob a égide do *Welfare State*<sup>79</sup>, aponta-se o constitucionalismo social, que teve marco inicial pelas Constituições do México de 1917 e da Alemanha, de 1919, a Constituição de Weimar. O constitucionalismo social trouxe a intervenção estatal na economia e nas relações privadas, além da materialização de direitos liberais antes apenas formalmente previstos, e o implemento de direitos sociais<sup>80</sup>.

No cenário pós 2ª Guerra Mundial, novo movimento de ordem constitucional exurgiu, as constituições passaram a inserir elementos normativos com valores de direitos relacionados à dignidade da pessoa humana

---

<sup>77</sup> Democracia é “um conjunto de regras processuais no que diz respeito à formação das decisões coletivas, prevendo e facilitando a participação mais ampla possível dos interessados. [...] um conjunto de regras que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo, e à base de quais procedimentos”. In: BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Título original: Il futuro dela democrazia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. p. 13-23.

<sup>78</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 26.

<sup>79</sup> No constitucionalismo social, o Direito passa a ser visto como sistema de regras e princípios otimizáveis e encerra objetivos a serem realizáveis. A separação de poderes é tratada como funções do Estado. Além disso, o Estado Social ainda não conseguiu efetivar os diversos direitos garantidos e a democratização econômica e social. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.58.

<sup>80</sup> BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo social e democracia participativa**. In: Congreso Internacional de Derecho Constitucional. VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Ponencia presentada em el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponível em < <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf> >. Acesso em julho de 2015.

e aos direitos fundamentais<sup>81</sup>.

Assim, o constitucionalismo contemporâneo é o fenômeno por meio da qual se conseguiu relacionar ao menos três bens de essencial importância, quais são: consagrar a democracia no exercício do poder político, assim como limitar o poder político das maiorias e também proteger, ou até garantir os direitos fundamentais, trazendo visão mais complexa sobre o papel democrático.

Compreender o valor da democracia inserido no movimento constitucional se aparenta, *a priori*, como um falso contrassenso ao constitucionalismo. Os poderes que representam à soberania popular e, portanto, dão voz à maioria, são restringidos pela lei<sup>82</sup>. Quanto mais participação popular, mais dificuldades para estabelecer as limitações de poder, grande conquista do constitucionalismo contra o absolutismo<sup>83</sup>. Entretanto, inexistente conflito, o processo democrático não fomenta o antagonismo com as limitações de poder porque o viés democrático não desponta do simples ideal de maioria, mas do cumprimento dos preceitos fundamentais inseridos na Constituição.

Outrossim, instituído pelo Constituinte em representação da soberania popular, o constitucionalismo democrático não consiste em reflexo direto do pedido das maiorias ou de grupos, mas do ideal de igualdade política já estampado nas cartas constitucionais que acentuam seu movimento contemporâneo. Neste sentido, Lenio L. Streck que a “Constituição, além de ser um elo contencioso que une política e direito em determinado Estado, é também um (eficiente) remédio contra as maiorias”. Assim, considera-se que o próprio respeito aos limites instituídos aos Poderes na Constituição corresponde a

---

<sup>81</sup> BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico. 15. n. Salvador, 2007. p. 4.

<sup>82</sup> “A jurisdição constitucional, apesar de suas virtudes e proveito para a própria funcionalidade do regime democrático, mantém com a democracia uma tensão permanente e de equilíbrio instável, ao colocar em xeque decisões tomadas pela Administração e pelos representantes do povo.”. In: ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 284. 2008.

<sup>83</sup> “A tensão existente entre constitucionalismo e democracia se insere na contradição entre vontade da maioria e limites substanciais ao poder político, controlado pela Função Jurisdicional, como regra constitucional”. In: ALVES, Fernando de Brito; MACHADO, Ednilson Donisete. **Democracia e Judicialização da Política**: problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. In: Revista do Direito Público, Londrina, v.11, n.3, p.13-46, dez.2016| DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n3p13. p. 19

concretização do viés democrático.

Segundo a visão garantista de Luigi Ferrajoli, um modelo normativo de ordenamento construído pelas bases do Direito e da democracia é a orientação prevalente na teoria e Filosofia do Direito, porquanto a legitimidade da política, a validade das leis e o viés democrático se condicionam em garantir efetividade aos direitos previstos na Constituição<sup>84</sup>.

Por este raciocínio, a chave da democracia é garantir a soberania do povo como direito de todos, atrelando-se ao resguardo da carta constitucional alcançada pelo constitucionalismo contemporâneo. Sobre o tema, Lenio L. Streck<sup>85</sup> diz que “ao constituir-se um remédio contra as maiorias (eventuais ou não), tem-se que a Constituição traz ínsito um núcleo político que somente pode ser extirpado, solapado a partir de uma ruptura institucional”. O ideal de democracia presente para a atual sociedade complexa se instrumentaliza na consecução das liberdades e condições equânimes.

Pelo norte que seguiu o movimento constitucional espanhol, a Constituição de 1812, conhecida como “*Constitución de Cádiz*”, apesar de curta vigência com a sobrevivência do absolutismo, já estabelecia os ganhos do constitucionalismo moderno ao incorporar preceitos de liberalismo democrático: como a soberania nacional e a separação de poderes dentro da forma de governo monárquico da Espanha.

A derrocada do Absolutismo só teve ensaio na Constituição de 1869, espécie de Magna Carta do liberalismo espanhol que consignou a soberania nacional, o sufrágio universal e a declaração de direitos. Após isso exsurgiu

---

<sup>84</sup> “el constitucionalismo es hoy la orientación prevaleciente en la teoría y en la filosofía del derecho [...] el constitucionalismo es un modelo normativo de ordenamiento producido por un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, gracias al cual la validez de las leyes y la legitimidad de la política están condicionadas al respeto y la actuación de las garantías de los derechos estipulados en las constituciones” In: FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta. 2014, p. 9-10.

<sup>85</sup> “Essa é a regra do jogo democrático e o custo que representa viver sob a égide de um Estado Democrático de Direito. É dessa intrincada engenharia política que exsurge um novo papel para o direito e, por consequência, para a Constituição” In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 430-431.



período ditatorial até o advento da Constituição de 1931, reconhecida como Segunda República, a qual retoma os postulados democráticos. Ao passo que em 1976, o Parlamento espanhol aprova Lei de Reforma Política; referendando em 1978 a carta do Tribunal da ‘constituente’ com sanção real pelo rei Juan Carlos I que proclamou o Estado Social e Democrático de Direito com a soberania do povo espanhol, que sem dúvidas determinou os matizes do constitucionalismo contemporâneo na Espanha.

Na perspectiva de Konrad Hesse a “essência constitucional encontra suporte na sua vigência”<sup>86</sup>, assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 inaugura o marco histórico do constitucionalismo contemporâneo<sup>87</sup> no contexto brasileiro, contida de aportes normativos de alto teor axiológico em sua essência.

Assinala-se que é aspecto insurgente da ordem constitucional a necessidade do controle de constitucionalidade e o *judicial review*, isto nos distintos modelos europeu e norte-americano<sup>88</sup>, vez que ambos abrangem influência na formação do peculiar modelo nacional e, por conseguinte, na ocorrência da supremacia do poder atuante pelo Judiciário no cenário brasileiro.

Na Espanha, a *judicial review* é realizada em julgamentos cujos casos configuram apenas um pretexto para se enfrentar as questões constitucionais e

---

<sup>86</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 25. Título Original *Die normative kraft der verfassung*.

<sup>87</sup> “O Brasil é considerado um país de reconhecida modernidade tardia, porque não implementou o Estado Social. A promulgação da Constituição Brasileira, instituindo um Estado Democrático, veio justamente para buscar suprir essa defasagem”. In: BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. **Constituição e Fraternidade**. O valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015. p. 25.

<sup>88</sup> Observa-se, na França, que o princípio da separação dos poderes surge originariamente a fim de proteger a primazia da lei, respaldar a supremacia do poder legislativo e garantir as liberdades individuais contra as arbitrariedades da Coroa Francesa pela atuação como poder executivo. Por outro lado, o processo histórico originário na América é de paridade entre os poderes executivo e legislativo, assim o princípio da separação dos poderes desponta com propósito de delimitar as funções e contrabalancear os poderes atuando como pesos e contrapesos um dos outros – *the check and balances*. Depois, com o conflito de interesses perpetrado por grupo de maioria legislativa não proprietário de terras, adveio desigualdades entre os poderes, razão pela qual se incluiu o Poder Judiciário ao esquema da balança dos poderes, com o poder de declarar as leis inconstitucionais através do *Judicial Review*. O controle de constitucionalidade das leis pelos juizes foi mais tardio na Europa, mas também foi instituído em alguns Estados, isto para garantir a supremacia constitucional. In: PIÇARRAS, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

formular teses de modo abstrato. O Controle de constitucionalidade abstrato das normas legais é exercido pelo Tribunal Constitucional Espanhol, órgão jurisdicional e constitucional independente que recebe do ordenamento jurídico espanhol a mais relevante missão de ser o intérprete supremo da Constituição.

No Brasil, o controle de constitucionalidade é exercido pelo Poder Judiciário. O sistema é dual (difuso e concentrado) <sup>89</sup> e a CRFB/1988 previu ampla legitimação ativa para o controle abstrato de constitucionalidade, dispôs mecanismos de controle <sup>90</sup> contra omissões normativas, tanto em sede concreta (mandado de injunção) quanto em sede abstrata (ação direta de inconstitucionalidade por omissão) <sup>91</sup>, além disso, “instituiu a ação declaratória de constitucionalidade, tendo por escopo propiciar decisão afirmativa do Supremo Tribunal Federal, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante de constitucionalidade de lei ou ato normativo” e, adiante, ainda instituiu a arguição

---

<sup>89</sup> Sobre o tema, colaciona-se classificação de Clèmerson Merlin Clève referente aos sistemas de controle de constitucionalidade: “(a) o modelo inglês de ausência de fiscalização da constitucionalidade, no qual vigora a supremacia do Parlamento, e não a da Constituição; juízes e tribunais são incompetentes para conhecer e decidir qualquer questão de constitucionalidade; (b) o modelo francês de controle político e preventivo de constitucionalidade, exercido pelo Conselho Constitucional anteriormente à promulgação da lei; juízes e tribunais são também incompetentes para conhecer e decidir qualquer questão de constitucionalidade; (c) o modelo de jurisdição constitucional difusa, de origem norte-americana, no qual os juízes e tribunais são competentes para conhecer e decidir a questão constitucional, deixando de aplicar a lei ao caso submetido a seu crivo, quando considerada inconstitucional, com possibilidade de recurso para a superior instância, inclusive para a Suprema Corte; (d) o modelo de jurisdição constitucional concentrada, desenvolvido a partir da matriz austríaca, no qual os juízes e tribunais são competentes para conhecer, mas incompetentes para decidir a questão de constitucionalidade, cabendo exclusivamente ao Tribunal Constitucional deliberar sobre a validade da lei em face da Constituição” In: CLÉVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 42-43

<sup>90</sup> Em aprofundamento, registra-se posição de Binbenbojm sobre os mecanismos de controle de constitucionalidade. O Tribunal Constitucional se pronunciará mediante três vias: “(I) por meio de uma ação direta, intentada por algum dos órgãos legitimados, na qual irá aferir a compatibilidade, em tese, da lei com a Constituição, sem vinculação a qualquer caso concreto, pronunciando decisão com efeitos gerais (*erga omnes*); (II) por meio de exame incidental, suscitado por algum juiz ou tribunal, no qual irá aferir a compatibilidade de determinada lei com a Constituição, quando tal questão for relevante (questão prejudicial) para a solução de um determinado caso concreto; (III) por meio de um pedido formulado diretamente ao Tribunal, existente em países como Alemanha e Espanha, no qual irá aferir se determinada lei ou ato do Poder Público acarreta lesão a direito fundamental do requerente assegurado na Constituição” In: BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 43.

<sup>91</sup> Os mecanismos de controle contra omissões normativas serviam para remediar o crônico problema de mora legislativa no cumprimento de obrigações positivas impostas pela Constituição. In: ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 488. 2008.

de descumprimento de preceito fundamental e a súmula vinculante<sup>92</sup>.

O constitucionalismo contemporâneo ascendido pela Constituição Cidadã foi um divisor de águas para dar estabilidade ao Brasil. A CRFB/1988 é símbolo de transição do Estado autoritário para o Estado Democrático de Direito. Abarcada por ampla gama de direitos fundamentais, as liberdades públicas de livre associação, reunião e expressão foram incorporadas com naturalidade pelo cenário político e jurídico do país, haja vista a natureza “negativa” que tais liberdades individuais possuem, já os vastos direitos sociais e garantias individuais preceituados, por dependerem de medidas ativas para construção, enfrentam trajetória mais acidentada para galgar efetividade<sup>93</sup>, sendo tormentoso entrave de análise à doutrina e jurisprudência<sup>94</sup>.

Destarte, a ordem constitucional brasileira atribuí em seus fundamentos que os três poderes deverão ser harmônicos e independentes entre si<sup>95</sup> e catalisou os interesses de um regime constitucional democrático. Ocorre, todavia, que o equilíbrio dos poderes, – mesmo que se reconheça consideráveis avanços para a estabilidade institucional e redução aos desequilíbrios entre os Poderes da República<sup>96</sup>, – ainda se mostra inalcançável plenamente para a realidade tangível.

Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estão mais para a alternância de protagonismos do que efetiva independência e harmonia de seus

---

<sup>92</sup> ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 488. 2008.

<sup>93</sup> “Existe uma relação intrínseca entre a Constituição, a cultura e os valores da sociedade de forma que o Texto Maior não pode ser visto apenas como uma pauta de regras desvinculadas da influência do meio social. Impende salientar que a Constituição brasileira de 1988 está sendo desvelada, pois possui dispositivos constitucionais que, ainda, não tem aplicação efetiva. [...]” In: MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania: Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

<sup>94</sup> BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 301-303

<sup>95</sup> CRFB/1988. “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

<sup>96</sup> “A nova Constituição, ademais, reduziu o desequilíbrio entre os Poderes da República, que no período militar haviam sofrido abalo da hipertrofia do Poder Executivo, inclusive com a retirada de garantias e atribuições do Legislativo e do Judiciário. A nova ordem restaura e, em verdade, fortalece a autonomia e a independência do Judiciário, assim como amplia as competências do Legislativo”.

exercícios<sup>97</sup>. Desde o ideal de concepção da ordem democrática no Brasil, os poderes ascenderam em tempos, partindo do Poder Executivo, em curta sequência do Poder Legislativo e, por ora, depreende-se a ascensão do Poder Judiciário.

Em 1964, o golpe e regime militar demarcou o autoritarismo do Poder Executivo, que ao instituir cenário antidemocrático e desprovido de pilares constitucionais, subjugou os demais poderes de qualquer atuação<sup>98</sup> por mais de vinte anos. Hoje o poder Executivo<sup>99</sup> pode ser dito como instituição crível de necessária reforma política e desacreditada pela sociedade brasileira<sup>100</sup>, por ser

---

<sup>97</sup> Neste sentido, Pedro Manoel Abreu considera que os três poderes não estão mais rigidamente delimitados devido a ampliação da intervenção estatal e a necessidade de alcançar efetividade de garantias: “O princípio da divisão dos poderes, de fato, não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria e novas formas de relacionamento entre os órgãos, tanto que se prefere, nos dias atuais, falar em colaboração de poderes, característica do parlamentarismo (submissão do governo à confiança do Parlamento), desenvolvendo-se no presidencialismo as técnicas da independência orgânica e harmonia dos poderes”. In: ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um lócus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, p. 486. 2008.

<sup>98</sup> “Debaixo da inspiração do discurso patriótico daquele que foi o maior paradigma cívico do País e maior personificação moral da nacionalidade – Rui Barbosa – o povo resistiu, durante os interregnos ditatórios da nossa história política, ao arbítrio dos ditadores de farda e casaca que dissolveram a legitimidade federativa e, atentando contra a natureza republicana do regime, enodoavam o País, oprimiam a nação e retardavam o advento do Estado de Direito sob o signo da liberdade, da justiça e da democracia bem compreendida e bem exercitada”. In: BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11.

<sup>99</sup> “Há, todavia, uma falha institucional, que, por sua repercussão sobre todo o sistema, compromete a possibilidade de solução adequada de tudo o mais. Nos vinte anos de sua vigência, o ponto baixo do modelo constitucional brasileiro, e dos sucessivos governos democráticos foi a falta de disposição ou de capacidade para reformular o sistema político. No conjunto de desacertos das últimas décadas, a política passou a ser um fim em si mesma, um mundo à parte, desconectado da sociedade, visto ora com indiferença, ora com desconfiança. As repetidas crises produzidas pelas disfunções do financiamento eleitoral, pelas relações oblíquas entre Executivo e parlamentares, bem como pelo exercício de cargos públicos para benefício próprio, têm trazido, ao longo dos anos, uma onda de ceticismo que abate a cidadania e compromete sua capacidade de indignação e de reação. A verdade, contudo, é que não há Estado democrático sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem parlamento atuante e investido de credibilidade. É preciso, portanto, reconstruir conteúdo e a imagem dos partidos e do Congresso, assim como exaltar a dignidade da política. O sistema político brasileiro, por vicissitudes diversas, tem desempenhado um papel oposto ao que lhe cabe: exacerba os defeitos e não deixa florescer as virtudes”. In: BARROSO, Luís Roberto. **Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil**. In: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista**: homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 308.

<sup>100</sup> A IPSOS realizou Barômetro Político em janeiro de 2018, com os seguintes resultados de pesquisa: “O país continua no rumo errado para 94% dos brasileiros, mantendo o mesmo nível dos meses anteriores. Esse declínio da confiança no Brasil disparou em janeiro de 2015 e se estabilizou em patamares altíssimos desde então. Tudo indica que esta percepção só mudará com a recuperação da economia e a redução de incertezas no que tange ao cenário eleitoral. A Avaliação do Presidente continua sendo considerada ruim ou péssima para a maioria da

visto como fim em si mesmo, investido de intuítos práticos em prol de interesses particulares e exógenos as necessidades do bem comum e dos direitos fundamentais da ordem constitucional.

A partir do ano de 1985 houve o alcance da nova República, o povo foi às ruas clamando por eleições diretas – as “Diretas Já”, assim o Poder Legislativo<sup>101</sup> ganhou curta dominância com a convocação e atuação da Constituinte Brasileira, a fim de instrumentalizar os preceitos constitucionais “básicos” que regulariam o Estado Brasileiro, mas o cenário político que antecedeu o processo dos alicerces da democracia, deixou sombras do possível retorno do autoritarismo, causando a formação de texto detalhista, que atribui preceitos sobre muitas matérias que poderiam ter regulação em legislação infraconstitucional<sup>102</sup>.

Sem anteprojeto para sua formação e frente ao cenário de crise institucional, o contexto de inserção do constitucionalismo democrático no Brasil foi contundente para a ampla formação dos direitos fundamentais previsto na Carta Maior, a “Constituição viva” se formou com a voz da sociedade ativa de esperanças por nova ordem política. Cada artigo foi disposto como fundamento das expectativas de segurança, garantias e democracia em espelho aos anseios

---

população. No entanto, o percentual de avaliação negativa caiu 4% em relação ao mês anterior, atingindo 83%. Não houve melhora no indicador para ótimo/bom”. In: IPSOS. **Pulso Brasil: economia. Sociedade e política.** Disponível em <[https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-02/ipsospulsobrasil\\_jan2018\\_onepagerptbr.pdf](https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2018-02/ipsospulsobrasil_jan2018_onepagerptbr.pdf)>. Acesso em agosto 2018.

<sup>101</sup> Sobre o exercício legislativo da Constituinte, é notável que o contexto sócio-político de sua formação atesta uma forte participação popular para respaldar garantias públicas. “Nesse sentido, é inegável o seu caráter democrático. Mas, paradoxalmente, essa abertura para todos os setores organizados e grupos de interesse faz com que o texto final expressasse uma vasta mistura de reivindicações legítimas de trabalhadores e categorias econômicas, cumulados com interesse cartoriais, reservas de mercado e ambições pessoais. A participação ampla, os interesses múltiplos e a já referida ausência de um anteprojeto geraram um produto final heterogêneo, com qualidade técnica e nível de prevalência do interesse público oscilantes entre extremos. Um texto mais que analítico, era casuístico, prolixo e corporativo”. In: BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 304.

<sup>102</sup> “Quanto ao Poder Legislativo, cabe assinalar a recuperação de suas prerrogativas após a Constituição de 1988, embora permaneça visível o decréscimo de sua importância na produção de leis”. In: BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides.** São Paulo: Saraiva, 2009. p. 304.

sociais do período<sup>103</sup>.

Assim, a construção da carta constitucional brasileira formou modelo demasiadamente minucioso, fato que gerou a constitucionalização excessiva, e circunstanciou duas consequências factuais: a primeira, que “dificulta o exercício do poder político pelas maiorias”, ou seja, hoje a atuação do legislativo, em sua legitimidade democrática, é limitada no espaço de legislação ordinária, vez que muito já se instituiu no plano constitucional<sup>104</sup> ; e a segunda, que frente ao modelo com caráter de rigidez, apresenta-se alargado número de alterações por emendas, “essa disfunção compromete a vocação de permanência da Constituição e o seu papel de simbolizar prevalência dos valores duradouros sobre as contingências políticas”. Contexto vulnerável para ascensão do Poder Judiciário no Brasil<sup>105</sup>.

Ademais, a CRFB/1988 estabeleceu eficácia ao sistema do *judicial review* nas relações entre os três Poderes da República, “ampliando os sujeitos institucionais da sociedade civil na comunidade de intérpretes com direito à participação no controle da constitucionalidade das leis”, e conforme observa Pedro M. Abreu, tal “inovação possibilitou que segmentos organizados da sociedade civil passassem a ter legitimação para provocar a intervenção do Supremo Tribunal Federal para discutir a inconstitucionalidade de lei ou de

---

<sup>103</sup> “A Carta Maior não é somente um texto jurídico, é expressão de uma situação cultural dinâmica, espelho na sociedade e fundamento de suas esperanças. Nasce aí as Constituições vivas, que representam a obra de todos os intérpretes em uma sociedade aberta, retratando não só o texto, mas também o contexto na qual estão inseridas”. In: MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania: Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 26.

<sup>104</sup> “o resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária - i.e., a implementação da vontade de maiorias formadas de cada época – se faz por meio de emendas constitucionais, com todo incremento de dificuldades que isso representa”. In: BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 304.

<sup>105</sup> Em consonância ao aludido, Dimitri Dimoulis assevera que “a principal característica da experiência jurídica brasileira após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi o fortalecimento do Poder Judiciário, segundo uma tendência que se manifesta em vários países, mas adquiriu particular intensidade no Brasil. O Judiciário concretiza a Constituição, aplicando-a diretamente em casos concretos, de acordo com aquilo que os Tribunais consideram como conteúdo dos princípios constitucionais. Isso criou o já referido protagonismo do Poder Judiciário, simbolizado pela recente midiáticação do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação cotidiana tornou-se notícia central, sendo frequentes reportagens e entrevistas sobre os posicionamentos políticos e até mesmo sobre a vida privada de seus integrantes. DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. p. 221. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 102. Belo Horizonte: jan./jun. 2011. p. 215-253.

norma da Administração”<sup>106</sup>.

É factual a ascensão política que o Poder Judiciário tem exercido nos últimos anos. Luís Roberto Barroso, hoje ministro do STF, já apontava o fenômeno: “o *Poder Judiciário*, por sua vez, vive um momento de expressiva ascensão política e institucional” e, por conseguinte, assinala a judicialização da política no Brasil, “nesse cenário, ocorreu entre nós uma expressiva judicialização das relações sociais e de questões políticas”<sup>107</sup>

O crescimento do Poder Judiciário não condiz apenas a realidade brasileira, mas tem caráter global. O jurista Ran Hirschl<sup>108</sup> publicou pesquisa em que analisa o mesmo fenômeno nos estados do Canadá, África do Sul, Israel e Nova Zelândia. Segundo seu estudo, a adoção de um catálogo constitucional de direitos fornece o arcabouço institucional necessário para a judicialização da política, mas certamente não é condição suficiente para gerar o alto nível de política judicializada visto em sistemas políticos da atualidade. A ascensão da constitucionalização junto da previsão de controle de constitucionalidade pelo Poder Judiciário corresponde a transferência de questões políticas para as

---

<sup>106</sup> ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2008. p. 485-486.

<sup>107</sup> “Diversas são as causas desse fenômeno, entre as quais se incluem a recuperação de garantias da magistratura, o aumento de da demanda por justiça por parte de uma sociedade mais consciente, a criação de novos direitos e de nova ações pela Constituição, em meio a outros fatores”. In: BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 307.

<sup>108</sup> O professor é catedrático de Constitucionalismo e Democracia em Direito e Ciência Política da Universidade de Toronto, “The expansion of judicial power through constitutionalization and the corresponding acceleration of the judicialization of politics in so many countries over the past few decades may shed light on an aspect of constitutional politics that is often overlooked: the political origins of constitutionalization. Although the adoption of a constitutional catalogue of rights provides the necessary institutional framework for the judicialization of politics, it is certainly not a sufficient condition for generating the high level of judicialized politics we have seen in the four countries studied here. The rise of constitutionalization and judicial review, and the corresponding transfer to the courts of questions such as the future of the Canadian confederation, national healing in the wake of apartheid, the fate of the Maori, or the meaning of a “Jewish and democratic” state could not have developed and cannot be understood in isolation from the major struggles that form the Canadian, South African, New Zealand, and Israeli political systems. To be sure, none of these problems is uniquely of intrinsically legal. It is therefore unclear at first glance why political regime would vest extended authority in the courts to resolve them. What is more, the broadened political jurisdiction of the courts vi-à-vis declining power of legislatures is especially perplexing since courts, even with their new powers, still do not hold independence”. In: HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 211-215.

cortes constitucionais.

Segundo a tese de Ran Hirschl<sup>109</sup>, a judicialização da política não é a solução para as principais dificuldades que formam os sistemas políticos, pois certamente, nenhum desses problemas é intrinsecamente jurídico. Portanto, não está claro, à primeira vista, porque os tribunais adquiriram autoridade extensa para resolver o regime político. Além disso, a ampliação da jurisdição política dos tribunais é especialmente desconcertante diante do poder declinante das legislaturas, uma vez que os tribunais, mesmo com seus novos poderes, ainda não possuem independência. Em sua visão, tal fenômeno político-jurídico inserido na ordem constitucional propicia um cenário que deixa muitos direitos a mercê da tutela jurisdicional, elitizando propositadamente as garantias constitucionais, pois dependerá do alcance ao acesso à justiça para garantir e efetivar medidas, solapando a democracia por entre linhas.

Outrossim, o juspositivista Dimitri Dimoulis<sup>110</sup> considera que a mudança do equilíbrio dos poderes estatais para maior dominância desenvolvida pelo Poder Judiciário brasileiro é temerosa, porquanto o torna “legislador positivo”, suprimindo lacunas legislativas frente a omissões e inclusive julgando contrariamente aos textos legais.

Em contrapartida é a perspectiva de Pedro Manoel Abreu<sup>111</sup>, a qual avalia que a judicialização de políticas é favorável no Poder Judiciário brasileiro porque pressupõem maior alcance do viés democrático e das garantias

---

<sup>109</sup> HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 211-215.

<sup>110</sup> “Essa mudança no equilíbrio entre poderes estatais tornou a atividade desenvolvida pelo Judiciário mais próxima da atuação do “legislador positivo”. Dentro dessa mudança verificamos que o Judiciário muitas vezes supre lacunas deixadas pelo legislador ou até decide contrariamente ao estabelecido nos textos legais, suprimindo também omissões do Legislativo. Essa situação recebe os aplausos de grande parte da doutrina nacional, sendo minoritárias as críticas. Pergunta-se: Quais são as justificativas que permitem ao Poder Judiciário atuar de maneira que contrarie decisões de outros atores, alegando que certas decisões destoam do texto constitucional ou de normas infraconstitucionais? O que autoriza o Poder Judiciário, guardião da legalidade, a tomar decisões que contrariem as políticas públicas, incluindo o orçamento estatal, o exercício do poder discricionário do Executivo e a liberdade econômica-contratual dos particulares?” In: DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. p. 222. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 102. Belo Horizonte: 2011. jan./jun. 20. pp. 215-253.

<sup>111</sup> ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2008. p. 486.



constitucionais. Considera, o autor, que é democrático e legítimo ao Poder judiciário transpassar os rígidos limites de independência dos poderes para o fim de instrumentalizar o alcance constitucional, judicializando a política se necessário. O desequilíbrio de harmonia e independência na realidade jurídica brasileira é constatável, mas “apesar da constatação da existência de relações assimétricas e desarmônicas entre os Três Poderes do país, essa circunstância tem propiciado condições favoráveis para uma adequação criativa da democracia”, mesmo num cenário adverso, o uso criativo do Judiciário é o escape e confirmação da tradição da cultura política do país pautada em “pragmatismo quanto à manipulação de formas e procedimentos”.

Tendo em vista a existência de posicionamentos favoráveis e contrários a judicialização da política, o ponto incontroverso é o reconhecimento da ascensão do Poder Judiciário em diversos estados organizados pelos pilares do constitucionalismo contemporâneo.

Frente ao contemporâneo cenário político típico de sociedades complexas, as interações entre constitucionalismo e democracia se formam mediante a Filosofia do Direito. Os valores de bem comum e os ideais de harmonia social se desmistificam do campo axiológico para adentrar no realismo factível e palpável do Direito.

Assim, assevera-se que as conquistas do constitucionalismo democrático dependem da correta centralização da Teoria do Direito inserida em cada ordenamento jurídico, isto pela harmônica aplicação jurisdicional do Direito dentro dos valores inseridos em cada Estado<sup>112</sup>.

Em análise aos pressupostos de noção do poder político, o Direito, antes de tudo como ordem normativa, é o critério idealizador que instrumentalizou o constitucionalismo. Isto porque o Direito é uma totalidade, composta de fundamento natural de validade legal e princípio positivo de

---

<sup>112</sup> Não se ignora os efeitos que a transnacionalidade, a globalização, o capitalismo, e principalmente a mobilização do poder econômico representam hoje de maneira contundente dentro da organização de qualquer Estado, inclusive do Estado Democrático de Direito Brasileiro, razão pela qual tais valores não podem ser subvertidos de sua importância e devem ganhar caráter axiológico dentro do sistema político, a fim de se alcançar todos valores mediante os controle e limites que o direito posto assegura.

determinação. Agora, no campo constitucional há uma composição análoga à de outras áreas da realidade jurídica. Assim, deve-se afirmar que a consecução do bem comum político e o conseqüente valor da ordem político-jurídica (incluindo o próprio poder político) pertencem ao plano das demandas normativas de valores universais, mas pelo contrário - e nisso reside um princípio basilar do realismo político clássico - não há formas de governo ou estado, ou detentores - individuais ou coletivos - de poder político pelo jusnaturalismo. Tudo o que é determinado a esse respeito corresponderá ao plano histórico-contingente, particular e mutável; na sede jurídica, do Direito positivo<sup>113</sup>.

Para Daniel Sarmiento, o constitucionalismo contemporâneo traz consigo a transformação do papel da Constituição dentro de um Estado, de carta constitucional que sistematiza o governo, como mero repositório de conselhos, tornar-se norma jurídica<sup>114</sup>.

Assim, infere-se íntima relação entre as conquistas do constitucionalismo e o positivismo jurídico. As relações intersubjetivas de poder ainda levam em primazia os limites postulados pelo direito posto como norte para cada Estado. Desta forma, compreende desenvolver pontos fulcrais sobre a Filosofia do Direito e seus paradigmas.

## 1.2 FILOSOFIA DO DIREITO: PONTOS FUNDAMENTAIS DE DESPONTAMENTO AO PARADIGMA JUSPOSITIVISTA

Os paradigmas respondem por fomentar a visão axiológica para percorrer a trajetória em consecução da evolução do indivíduo, que é guiada,

---

<sup>113</sup> “el derecho es una totalidad, compuesta por un fundamento natural de validez jurídica y un principio positivo de determinación. Ahora bien, en el ámbito constitucional se da una composición análoga a la de otros ámbitos de la realidad jurídica. De allí que deba afirmarse que la consecución del bien común político y la consiguiente valiosidad del orden político-jurídico (incluyendo el poder político mismo) pertenecen al plano de las exigencias axionormativas universales. Por el contrario – y en esto estriba un principio basilar del realismo político clásico –, no hay formas de gobierno ni de Estado, ni titulares – individuales o colectivos – del poder político por Derecho natural. Todo lo que se determine a ese respecto corresponderá al plano de lo histórico-contingente, particular y mudable; en sede jurídica, al Derecho positivo” In: RAÚL CASTAÑO, Sergio. Legitimidad de origen y consenso: síntesis y precisiones desde los principios del orden político. p. 45. In: GARRIDO GÓMEZ, Isabel; ESPINOZA DE LOS MONTEIROS, Javier (Eds.) **Paradigmas y desafíos del Constitucionalismo Democrático**. Granada: Editorial Comares. 2014.

<sup>114</sup> SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 170.

assim como guia, a sociedade em seus anseios, influenciado pelos movimentos sociais que fomentam sua superação.

Formar um paradigma é compreender um conjunto de valores construídos e compartilhados pela consciência duma sociedade, contando que esses valores estão contidos num sentido de ideal que a sociedade, em função de um todo, acaba por eleger para si, sucessivamente, em seu desenvolver científico<sup>115</sup>.

Na perspectiva da lógica pragmática, as pessoas desenvolvem hábitos para resolver problemas. Se o hábito funciona – resolve o problema, o agente o fixa como uma crença – o paradigma é a estabilização desta crença. Peirce<sup>116</sup>

Na seara da Ciência Jurídica<sup>117</sup>, a construção de paradigma objetiva o Direito como noção prioritária e compreende o “critério de racionalidade epistemológica reflexiva que predomina, informa, orienta e direciona a resolução dos problemas, desafios, conflitos e o próprio funcionamento da sociedade”. Em resumo, trata-se de um referente a ser seguido que influe na produção e aplicação do Direito<sup>118</sup>, ou seja, prepondera diretamente na decisão judicial, quer

---

<sup>115</sup> KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. Título original: *The structure of scientific revolutions*. p. 227 – 231.

<sup>116</sup> “A dúvida é um estado de insatisfação e inquietude do qual lutamos para nos desvencilhar e passar para um estado de crença, ao passo que este é um estado calmo e satisfatório que não desejamos evitar ou transformar numa crença em outra coisa. Pelo contrário, nós agarramo-nos tenazmente não só ao acreditar, mas a acreditar precisamente naquilo em que acreditamos. Tanto a dúvida como a crença têm efeitos positivos sobre nós, ainda que bem distintos. A crença não nos faz agir prontamente, mas predispõe-nos a agir de uma certa maneira quando surge a ocasião. A dúvida é desprovida desse efeito activo, mas estimula-nos a investigar até que ela própria seja aniquilada. [...] A irritação da dúvida provoca uma luta para alcançar um estado de crença”. In: PEIRCE, Charles Sanders (1877). **A fixação da crença**. UBI: Lusosofia. Tradução de Anabela Gradim.

<sup>117</sup> “A ciência jurídica que, como já se disse, foca a sistematização, disseminação, controle e revisão e segurança quanto à produção dos conhecimentos moral, ético e jurídico (moralidade política), os quais se referem aos estudos sobre a tomada de decisões em Sociedade, mormente as limitações ao uso da força e do arbítrio, de modo a favorecer a previsibilidade. Historicamente, os dois paradigmas que regeram a Ciência jurídica são o Jusnaturalismo e o Juspositivismo” In: ZANON JR., Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 119.

<sup>118</sup> CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 3, n. 1, p. 75-83, jan.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/index.php?e=5&s=9&a=111>>. Acesso em 2018.

seja cognoscível ou não pelo operador.

Tudo ou nada! Simplória exclamação que se dissimula de maneira intrigante ao pensar acerca da Filosofia do Direito. Curiosamente percebe-se que a construção do Direito constantemente se depara com a complexidade da tal natureza somada aos reflexos políticos e sociológicos. Frente ao cenário crítico, de tempos em tempos, vai e volta em pensamentos, alternando em extremismos idealísticos que despontam dos pressupostos típicos do contexto social vivido. Não é de hoje que o direito reflexiona autocríticas sobre o emprego vez do juspositivismo, vez do jusnaturalismo - as duas ordens jurídicas regentes como paradigma na Ciência Jurídica. Neste passo, “no centro mesmo da filosofia do direito aparece inexoravelmente a polêmica entre jusnaturalistas e positivistas acerca do conceito de direito”<sup>119</sup>. Assim, os cenários presentes na sociedade ao longo dos séculos impulsionam viradas de revolução paradigmáticas, enquanto que a tentativa de encontrar o equilíbrio ético e equânime de segurança é sempre o grande objetivo intrinsecamente alvejado.

O jurista John M. Kelly, que desempenhou estudo analítico sobre a história da Teoria do Direito ocidental, aponta que seus marcos iniciais têm por ponto de partida os pensamentos desenvolvidos pelos filósofos gregos, isto no século VII a.C. Aprimorada a arte de escrever foi que se oportunizou a primeira manifestação no sentido positivo de “leis” escritas pelos legisladores atenienses Drácon e Sólon em esforços de formular de maneira pública e permanente as normas vagas de costumes que sofriam fácil distorções interpretativas por interesses pessoais dos aristocratas gregos. O aparecimento das leis (*thémis*) é visto como sinônimo de um novo tempo para cessar desigualdades e incertezas interpretativas do direito. Advindo onda de codificação sobre o mundo grego, a legislação democrática ateniense de significação *nómos* ampliou o sentido de lei para um único sentido reconhecido, isto é, o de lei escrita. Após isso o “preconceito em favor da lei escrita chegou ao ponto de fazer com que, onde uma regra era efetivamente praticada, embora não fizesse parte da lei escrita existente na ocasião, ela fosse atribuída a um legislador antigo, mesmo que

---

<sup>119</sup> FARREL, Martín D. Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. p.121. In: **Revista Doxa**, n. 22, p.121-128, 1998.

mítico”<sup>120</sup>.

Adiante, a ferramenta (lei) superou o trabalho (direito). No século V a.C, o cenário político-filosófico desenvolvido pela Guerra do Peloponeso e pelos pensadores gregos fez a aplicação de leis intocáveis ser questionada pelos cidadãos: qual a razão que os obriga a obedecer às leis? Por que a desobediência das leis escritas é fatal? O movimento intelectual *sophos* desenvolveu entendimento em derrocada a lei escrita, porquanto variável e circunstancial aos costumes de cada povo. Os sofistas criam que o direito não se pautava em leis escritas que são derrotáveis, mas sim na imutabilidade das leis do universo físico natural e da natureza instintiva (*physis*)<sup>121</sup>. Com advento da tradição greco-romana e da filosofia estoica, representada em Cícero, construíram a concepção da lei como força natural que busca determinar a conduta certa e é acessível por meio da razão, sendo proveniente de vontade superior ao homem, com origem em Deus, ideal aproveitado na idade média pelas influências religiosas sobre o governo político.

Aponta-se, assim, a primeira alternância de forças entre o direito natural e o direito positivo. A antiguidade chegou a constituir as leis escritas como limitador de discricionariedade na aplicação da justiça, mas o esvaziamento do sentido das leis fez a virada para o direito natural prevalecer sobre o direito positivo por longo período da história, fato que somente sofreu transformações no contexto sócio-político propiciado no séc. XIX, colmatando a preeminência do direito positivo vista na atualidade. Ao olhar para história do Direito, a fim de compreender o cenário jurídico atual, percebe-se que os problemas atuais, apesar de evoluídos, não nasceram aqui, mas intrigantemente se remodelam ao

---

<sup>120</sup> Ora, a lei escrita desenvolvida pelos gregos na antiguidade divergia da lei que se constituiu posteriormente na era medieval, porquanto os relatos da antiguidade a respeito da lei pressuporiam sentido intocável e imodificável após escrito, diferente das leis postas na modernidade. In: KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 11-18.

<sup>121</sup> A filosofia *sophos* dos sofistas impulsionava pensamento em despego aos princípios morais chamados de universais. “Os sofistas tendiam a responder que toda a lei é meramente convencional, contingente, acidental, variável; essa observação, evidentemente válida para o mero costume, tinha o efeito de fixar na lei o caráter de relatividade e indiferença e assim deixa-la flutuar para longe dos ancadouros morais que proveem o senso do dever de obedecer a ela. A esse *nómos*, meramente convencional, os sofistas contrapunham a natureza (*physis*), que era imutável.” In: KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 18-19.

contexto contemporâneo.

Para Bobbio, seis critérios distinguem o direito natural e o direito positivo e, portanto, aperfeiçoam o pensamento sobre o jusnaturalismo ao longo dos séculos. O primeiro critério é a universalidade do direito natural em contraponto a particularidade do direito positivo, a luz de Aristóteles; o segundo critério é a imutabilidade do direito natural em contraponto ao caráter alterável do direito positivo, consoante Paulo; o terceiro critério é a essência em natura do direito natural, contrapondo a *potestas populus* do direito positivo, conforme Grócio; o quarto critério é a *ratio*, ou seja, o senso comum do direito natural em contraponto a *voluntas*, isto é, a vontade do legislador no direito positivo, de acordo com Gluck; o quinto critério é o ideal de bom ou mau do direito natural em contraponto a indiferença de ideal, bastando haver regulação para o direito positivo, segundo Aristóteles e Grócio; e por fim, o sexto critério é a premissa de bom do direito natural em contraponto a premissa de útil do direito positivo, pelos dizeres de Paulo<sup>122</sup>.

O pensamento jusnaturalista<sup>123</sup> não se manteve estático ao longo do tempo, passando por contínuas e profundas transformações em seu ideal, desde as influências de crenças greco-romanas que lhe deram origem, ao período escolástico doutrinado por Tomas de Aquino, até a construção racionalista do século XVIII, período em que incorpora marco científico como Teoria do Direito, eliminando o caráter teológico que lhe fora inserido<sup>124</sup>.

A partir do cenário científico que constrói o jusnaturalismo como Teoria Jurídica, a doutrina do direito natural racionalista se vincula a máxima do

---

<sup>122</sup> BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 17- 23.

<sup>123</sup> “En esta definición aparecen los rasgos básicos de la teoría iusnaturalista: se trata de una teoría que defiende la existencia de un Derecho distinto al Derecho positivo, anterior y superior a él y que prevalece en caso de conflicto con el mismo. Además, puede conocerse por parte de sus destinatarios”. In: PECES-BARBA, Gregorio. FERNANDEZ, Eusebio. ASIS, Rafael de. **Curso de teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 297.

<sup>124</sup> O fator que impulsionou a confiança no pensamento do Direito natural foi a crença no descobrimento de um método científico incontroverso que elevaria o pensamento jusfilosófico ao mesmo nível científico das matemáticas. Este é o método dedutivo ou geométrico de René Descartes, para quem se “partindo de alguns poucos princípios de absoluta clareza e evidência, apreendidos através da meditação sobre a natureza humana, seria possível deduzir um sistema jurídico completo”. Assim jusnaturalismo despoja viés de teológico, com “roupagem da ciência pura, auxiliada pelo método matemático dedutivo que constituiu a grande descoberta da época” In: ROSS, Alf. **Direito e justiça**. p. 287- 288.

direito da natureza, predeterminado e imutável, mas, por outro prisma, complementa o viés metodológico de aplicação ao direito com o uso das leis escritas. A fonte do direito positivo se perfaz pela soberania dos valores supremos da razão natural, assim, “deduzem-se a partir de princípios éticos-jurídicos absolutos as normas jurídicas positivas e, destas, as decisões jurídicas concretas”<sup>125</sup>.

Conceitualmente, o jusnaturalismo abarca dois ideais bases em sua construção teórica. Primeiro, consiste em tese de filosofia ética que sustenta a premissa de existirem princípios morais e de justiça universalmente válidos e compreensíveis a razão humana. Segundo, trata-se de tese que define o Direito pelo sentido que o sistema normativo ou uma norma não podem ser considerados como ‘jurídicos’ caso contradigam os princípios morais e de justiça universalmente aceitos pela razão humana<sup>126</sup>.

O modelo do jusnaturalismo foi o paradigma que por mais tempo predominou na cultura jurídica do ocidente, em observância a aplicação do Direito. O direito natural é “concebido como composto unicamente por umas poucas máximas abstratas gerais”<sup>127</sup>, com natureza moral ou de política-jurídica, fundante a reger as leis escritas, portanto, o direito positivo conexo a prevalência do direito natural, extrai desta sua validade.

Neste diapasão, o direito positivo ou humano serve como uma das variáveis fontes disponíveis ao jurista para argumentar sua deliberação judicial.

---

<sup>125</sup> KAUFMANN, A; HASSEMER, W. (ORG). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p. 127.

<sup>126</sup> “La concepción iusnaturalista puede caracterizarse diciendo que ella consiste en sostener conjuntamente estas dos tesis: a) Una tesis de filosofía ética que sostiene que hay principios morales y de justicia universalmente válidos y asequibles a la razón humana. b) Una tesis acerca de la definición del concepto de derecho, según la cual un sistema normativo o una norma no pueden ser calificados de “jurídicos” si contradicen aquellos principios Morales o de justicia”. In: NINO, Carlos Santiago. Colección Mayor Filosofía y Derecho. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2003. p. 27-28.

Ainda, “todos (o, al menos, la inmensa mayoría de) los autores que se califican a si mismos o que son calificados de iusnaturalistas parecen haber defendido estas dos tesis: 1) además, y por encima, del Derecho positivo (de la ley humana) existe un Derecho natural, esto es, un conjunto de normas y de principios válidos para todos los tiempos y lugares; 2) el Derecho (el Derecho positivo) sólo es tal si concuerda (al menos, en sus principios fundamentales) com el Derecho natural, esto es, si es justo” In: ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 6 ed. Barcelona: Ariel, 2010. p. 100.

<sup>127</sup> ROSS, Alf. **Direito e justiça**. p. 289.

A aplicação do direito em prevalência da força natural sob a lei escrita considera que uma norma justa é norma válida, assim não há legitimidade em aplicar a lei positiva se o juiz a considerar injusta por violar direito natural<sup>128</sup>.

Consoante a esta perspectiva, assinala-se posicionamento de Bobbio<sup>129</sup> sobre a decisão judicial constituída pelo paradigma jusnaturalista:

Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-las das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraindo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural. Todas estas regras estavam no mesmo nível, de todas podia o juiz obter normas e aplicar e, portanto, todas, na mesma proporção, constituíam 'fontes do direito'. O que permitia aos juristas falarem de duas espécies do direito, natural e positivo, o juiz podia obter a norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (direito positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (direito natural).

Destarte, antes da formação do Estado moderno o juiz personifica intenso cenário de decisionismo, haja vista a ampla liberdade que tinham para fundamentar seus julgamentos, somente com a formação do Estado moderno que o juiz se tornou órgão que se incorpora a figura do Estado. Antes se tratava de livre órgão da sociedade<sup>130</sup>.

Frente a linha de pensamento jusnaturalista, a aplicação do direito

---

<sup>128</sup> “Podemos reseñar al iusnaturalismo como aquella postura que sostiene que la esencia de la normatividad halla fundamento en principios anteriores y superiores a toda legislación creada por el hombre”. In: PETTORUTI, Carlos Enrique; SCATOLINI, Julio César. **Elementos de introducción al derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2005. p. 29. Ademais, “O direito humano somente adquire sua força obrigatória, sua validade como Direito enquanto em oposição ao poder arbitrário [...]; e nenhum direito humano que esteja em conflito direto com o direito natural tem validade alguma” In: ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 284.

<sup>129</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues – São Paulo: Ícone, 1995. p. 28.

<sup>130</sup> No séc. XVIII, o jusnaturalismo ainda existe e influenciou na formação da Constituição Americana e na Constituição da Revolução Francesa. Neste século, no contexto da realidade do Estado ainda domina a filosofia jusnaturalista. O Estado se constitui no estado de natureza, pelo contrato social e pelo ideal de conservação de certos direitos naturais fundamentais. O limite da onipotência do legislador é a lacuna da lei. Assim, entende-se que legislador não pode prever tudo. Enquanto o juspositivistas negam a existência de lacunas, os escritores do século XVII e XVIII não negam que haja lacunas no direito e afirmam o uso o direito natural para a resolução. Tal posição é opinião entre todos os pensadores da época. Portanto, durante este período sobrevive o direito natural nas concepções jusfilosóficas do racionalismo. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 42-44.



dependia diretamente da efetiva definição das máximas abstratas e gerais que compunham universalmente a razão humana, e diante de seu critério imutável, seriam corpo limitado de valores, portanto passivelmente descritíveis. Entretanto, a doutrina do direito natural se revela refutável na prática judicial, tornou-se indagável sobre quais são os limites dos direitos superiores de força natural, vez que continuavam indefinidos ao uso pelos juízes. Ao tecer críticas ao modelo de decisão judicial pautado no jusnaturalismo, Austin<sup>131</sup> expõe que a lei natural é exposta com regularidade como superior, mas é só isso que consegue afirmar, o direito natural é a totalidade ou parte das leis postas por Deus aos homens, na realidade, esta consiste na única lei natural a qual é possível falar sem recorrer a metáforas ou sem mesclar objetos que deveriam se distinguir claramente.

Destarte, o subjetivismo em firmar os valores morais universalmente válidos decorrente do modelo jusnaturalista acentua a decadência do pensamento<sup>132</sup>. O Positivismo Jurídico consiste em postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX, porquanto se “os jusnaturalistas divergem radicalmente acerca da origem ou fonte dos princípios morais e de justiça universalmente válidos, ou seja, divergem acerca da suposta ‘natureza’ da qual emanam os princípios do Direito natural”, eles acabam por criar

---

<sup>131</sup> Austin trabalha noções elementares do Direito, considerando que o estudo do Direito tem por objeto as leis impostas por superiores políticos aos seus súditos, com a ideia de comando e sanção relacionáveis a concepção de soberano. Entende que o comando consiste na ordem ou desejo editado ou pronunciado pelo soberano, sendo o desejo do soberano violado a consequência que infringe o agente se constata em sanção, portanto o estudo do Direito se relaciona ao direito positivo, diferenciando das leis naturais. In: AUSTIN, John [1832]. **The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence**. London: Weidenfeld and Nicolson. Tradução de Ramón de Páramo Arguelles. El objeto del la jurisprudência. Madrid: CEC 2002. p. 33-34.

Ademais, a crise do jusnaturalismo desponta de pensadores juspositivistas como Thomas Hobbes; Jeremy Bentham, John Austin; Hans Kelsen, Herbert L. Hart, Norberto Bobbio e Luigi Ferrajoli. “Em razão disso, Hobbes é tido como o mais importante precursor do positivismo jurídico, apesar das diferenças com a perspectiva juspositivista moderna que, teoricamente, se resumem no fato de Hobbes justificar e legitimar o direito positivo em vista de sua capacidade de ordenar e pacificar a sociedade”. In: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 68.

<sup>132</sup> Segundo Dimoulis, a inexistência de acordo quanto ao conteúdo do Direito natural e a prevalência deste nos casos de conflito com o Direito Positivo, “revela-se como uma tentativa ideológica para legitimar (ou deslegitimar) o direito vigente, segundo opiniões subjetivas”. In: DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito**. São Paulo: RT, 2011. p. 98.

contrariedade ao próprio ideal norte do paradigma, tornando-o insustentável, assinala Noel Struchiner<sup>133</sup>.

A inexistência de limites definidos para determinar o que é justo e o que não é, de modo universalmente válido, conquanto que para os jusnaturalistas a justiça é um critério de validade, resulta em inevitável: “destruição de um dos valores fundamentais em que se apoia o direito positivo (entenda-se o direito válido), o valor da *certeza*”, assinala Bobbio<sup>134</sup>.

Segundo Angeles Ródenas, a moderna filosofia do direito foi a sucessora da disciplina secular da lei natural e hoje existem pouquíssimos filósofos jurídicos que reivindicam para si a herança da tradição da lei natural. A lei natural ansiava por um direito ideal racional e finalmente alcança sua materialização na lei codificada. O que antes era uma construção ideal, concebida para lidar com um vasto amálgama de costumes, tradições e disposições provenientes de fontes muito diversas, agora toma forma na lei positiva<sup>135</sup>.

Ocorre que as críticas nucleares supramencionadas, que atingiram o suporte axiológico fundante do paradigma jusnaturalista, apesar de circunstâncias relevantes, não consistem no ponto fulcral que norteia a virada paradigmática ao positivismo jurídico, as principais causas decorrem de fatores externos a Teoria do Direito. Os motivos políticos, econômicos e sociológicos são a real propulsão para gerar o anseio de mudança.

Em consonância, Manuel Atienza<sup>136</sup> aponta como fator para a transposição do paradigma jusnaturalista o caráter histórico. No final do século

---

<sup>133</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar em regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio Departamento de Filosofia, 2005. p.24.

<sup>134</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2010. p. 49.

<sup>135</sup> “La moderna filosofía del derecho fue la sucesora de la secular disciplina del derecho natural, hoy en día son muy pocos los filósofos del derecho que reclaman para sí la herencia de la tradición iusnaturalista [...] El anhelo iusnaturalista de un derecho ideal racional logra por fin su materialización en el derecho codificado. Lo que antes era una construcción ideal concebida para lidiar con una vasta amalgama de costumbres, tradiciones y disposiciones provenientes de muy diversas fuentes toma cuerpo ahora en el derecho positivo” In: RODENAS CALATAYUD. Ángeles. **Lineamentos metodológicos para la investigación jurídica n. 3**: la investigación em filosofía del derecho. PUCP: Perú, 2017. p.9.

<sup>136</sup> ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 6 ed. Barcelona: Ariel, 2010. p. 118.

XVIII e início do século XIX, o Ocidente passa a ter uma nova visão do Direito, para quem o Direito deve ser considerado como uma ordem de conduta com validade para todos os tempos e lugares e para ser concebido como um fenômeno histórico, relativo a sociedades concretas, criados e modificados exclusivamente por atos humanos.

Bobbio<sup>137</sup> aponta como fator determinante o caráter político, pois a passagem da concepção jusnaturalista para a concepção positivista é atrelada a formação do Estado moderno que surge com a dissolução da sociedade medieval. O constitucionalismo moderno reivindica a monopolização do processo de produção jurídica, o que antes era produto de um consenso do povo, por normas consuetudinárias, agora é produto do Estado, tornando-se processo de racionalização do conhecimento jurídico. De igual ponto, a consolidação do Direito positivo se deu “em paralelo à monopolização do poder político pelos aparelhos estatais nas sociedades capitalistas, relacionando-se com as ideias racionalistas sobre criação e aplicação do direito”<sup>138</sup>.

Assim, a superação deste pensamento jurídico também está intrinsecamente ligada ao poder econômico. Ora, a codificação<sup>139</sup> é pressuposto de superação do direito natural, o que antes era uma tese para compor análise

---

<sup>137</sup> No período medieval o direito era fenômeno social produzido pela sociedade e não pelo Estado, pois havia pluralidade de agrupamentos sociais com suas normas consuetudinárias, cada grupo social dispunha de ordenamento jurídico próprio. Com a formação do Estado moderno foi que a sociedade concentrou os poderes na figura do Estado. In: BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 26-27.

<sup>138</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. p. 70. Ademais, a transposição do direito natural ao direito positivo se tornou indispensável para a construção política firmada a partir do sec. XIX, assim como pelos fatores econômicos que fortemente moldaram o sistema capitalista da atualidade, não havendo confiança pela ordem jurídica anterior. “As sociedades complexas com uma economia desenvolvida exigem um elevado grau de segurança jurídica; esta não pode, porém, ser assegurada pelos sistemas de Direito natural tradicionais por serem necessárias leis gerais e abstratas”. In: KAUFMANN, A; HASSEMER, W. (ORG). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. p. 114.

<sup>139</sup> A codificação é fruto da cultura racionalista advinda das concepções filosófico-jurídicas do Iluminismo. Entre 1790 e 1800, sob o entendimento da racionalidade, acredita-se que a figura do legislador universal (hábil a ditar leis que perdurariam em tempo e lugar, ditas universais) poderia formar um direito simples e unitário, tomando lugar da complicação e multiplicidade de direitos territorialmente limitados, decorrente do historicismo. Em 1804 entrou em vigor o Código de Napoleão. Entretanto, a construção do Código Civil se distanciou progressivamente da inspiração originária, iluminista e jusnaturalista, para se reaproximar da tradição jurídica francesa do Direito Romano Comum. In: BOBBIO, Noberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Tradução por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.p. 64-72.

sobre os costumes, tradições, passa a tomar corpo de Direito positivo, instrumentalizando o Direito. O fortalecimento dos aparelhos estatais nas sociedades capitalistas, a monopolização do processo de produção jurídica, a expansão do Estado Liberal, tomados pelos ideais de igualdade formal e Segurança Jurídica como valores de justiça, cria um campo fértil de fomento a mudança no pensamento jurídico<sup>140</sup>.

Com a secularização do mundo que reconhece a primazia do indivíduo, legitima a ação política organizada e estabelece o capitalismo como modelo econômico, se torna impossível a defesa da “existência de uma ordem jurídica universalmente válida, historicamente invariável e axiologicamente superior àquela produzida pelo Estado”<sup>141</sup>. Inviabiliza imaginar a existência de um direito natural perceptível a razão humana, pois, como assevera Dworkin, “é loucura pensar que os valores ‘existem concretamente’ à espera de serem descobertos”<sup>142</sup>.

Nas diversas tradições que são adjetivadas como positivistas, são elementos determinantes para a construção de cada um destes âmbitos do positivismo jurídico: o problema do conceito de direito, a questão da relação entre direito e moral e a análise do direito com relação ao seu objeto de estudo<sup>143</sup>. “Logo, o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é representado pela codificação”<sup>144</sup>.

É o viés de Teoria do Direito que busca retratar a segurança jurídica fora dos intentos voláteis das relações intersubjetivas. Trata-se da constatação de que os limites do subjetivismo na aplicação do direito primeiro decorrem da

---

<sup>140</sup> KELLY, John M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Tradução de Marylene Pinto Michael. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 371.

<sup>141</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 2 ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 64.

<sup>142</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 19.

<sup>143</sup> STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: 2. ed. rev. e ampl. Livraria do Advogado Editora, 2016. p. 19-20.

<sup>144</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 2006. p. 119

demarcação e certeza das leis, e não pela incerteza predominante na metafísica das leis naturais.

Destarte, cabe a Ciência Jurídica compreender e formular conhecimento acerca dos valores do Direito<sup>145</sup>. Por longo período, a Ciência Jurídica se preocupou sobremaneira com a discussão entre jusnaturalismo e positivismo jurídico. Após a superação do modelo teórico do jusnaturalismo, diversos estudiosos do positivismo jurídico despontam a visão do dito paradigma também em estado de crise, caminhando para a construção de um novo horizonte<sup>146</sup>, sem falar em retrocesso aos preceitos teóricos recortados no jusnaturalismo. Enquanto isso, outros estudiosos do direito assinam pela preeminência do paradigma juspositivista como melhor medida para respaldar a problemática assentada nos Estados de Direito em governo das sociedades complexas advindas pela era contemporânea. Tal cenário dúbio também implica no contexto brasileiro.

### 1.3 POSITIVISMO JURÍDICO: CENÁRIO DE CRISE?

A sociedade se vê permeada num mundo de normas, há variedade e multiplicidade de regras que influenciam comportamentos, são regras morais, religiosas, regras sociais, de costumes, éticas, e as regras jurídicas. Diante de tantos tipos de regras, importa compreender o direito como “um conjunto de normas ou regras de conduta”, assim a “experiência jurídica é uma experiência normativa”<sup>147</sup>. Pautado no raciocínio de rigor formalístico, o positivismo jurídico desponta como a “escola que reduz o Direito à sua função técnica, distinguindo-o rigorosamente da metafísica, com o que se opõe frontalmente ao

---

<sup>145</sup> “o problema do conceito ou natureza do direito é, indubitavelmente, um dos principais problemas da filosofia do direito. Não há desacordo neste ponto. Tanto aqueles que centram sua atenção principalmente na validade ideal do direito quanto aqueles que se preocupam com a existência do direito na comunidade têm que necessariamente basear suas teorias num conceito sobre a natureza geral do direito” In: ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 28.

<sup>146</sup> “La ciencia jurídica debe ocuparse de formular valoraciones sobre el derecho—, las que, de una u otra manera, están involucradas en las discusiones entre iusnaturalistas y positivistas”. In: NINO, Carlos Santiago. Colección Mayor Filosofía y Derecho. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2003. p. 27.

<sup>147</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2010. p. 15.

jusnaturalismo”<sup>148</sup>.

Segundo Orlando Zanon Jr., o Positivismo Jurídico se firma como Paradigma da Ciência Jurídica que se caracteriza por: a) separação entre Direito e Moral; b) formação do Ordenamento Jurídico por regras positivadas de maneira exclusiva ou ao menos prevalente; c) construção de um sistema jurídico escalonado só pelo critério de validade formal; d) aplicação do direito positivo mediante subsunção e e) a resolução dos casos difíceis através de discricionariedade judicial<sup>149</sup>.

Hoje a objetiva descrição de um conjunto de características passíveis de compor o paradigma juspositivista é reflexo do esforço histórico-dialético vivenciado por este marco teórico ao longo do seu desenvolvimento.

Em 1832, a formulação teórica de John Austin constitui expressivo marco para a teoria jurídica de tradição inglesa, conhecida como teoria analítica do Direito, Austin teve como precursores Jeremy Bentham e John Stuart Mill<sup>150</sup>. Austin constrói noções elementares ao Direito na vertente juspositivista, considerando que o estudo jurídico tem por objeto as leis impostas por superiores políticos aos seus súditos, com a ideia de comando e sanção relacionáveis a concepção de soberano. O comando consiste na ordem ou desejo editado ou pronunciado pelo soberano, quando o desejo do soberano é violado a consequência que infringe o agente se constata em sanção, portanto, o estudo do Direito se relaciona ao direito positivo, diferenciando das leis naturais. Para o autor, a ‘lei’ é uma norma ou regra de conduta enquanto consiste em uma ‘ordem’: ordem de prestações positivas e negativas de um fazer ou um omitir respaldadas em sanções negativas em caso de descumprimento. Portanto, as normas são ‘ordens baseadas em ameaças’. Importante aspecto introduzido foi que a noção de delimitação do objeto do direito consiste em

---

<sup>148</sup> A corrente juspositivista consiste no “posicionamento que repele a ideia de um Direito natural, anterior e superior a positividade jurídica, vendo nesta última a fonte de todo o conhecimento do Direito”. In: MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 78.

<sup>149</sup> ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 299.

<sup>150</sup> SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 28.

separá-lo da moral, assim, para que a norma encontre validade basta que seja estabelecida pelo soberano, independentemente do seu conteúdo material, e isso designaria o Direito<sup>151</sup>.

Em 1934, Hans Kelsen, um dos representantes mais influentes da corrente juspositivista, desenvolveu a teoria pura de direito, a qual separa qualquer fator extrajurídico do seu objeto puro de análise, o Direito, quer sejam fatores de caráter moral, ético, político, metafísico, religioso ou quer seja de cunho científico<sup>152</sup>. Hoje se menciona este aporte teórico como positivismo jurídico exclusivo, porquanto a característica de atribuir o Direito como conjunto somente de regras, excluindo-se os princípios<sup>153</sup>.

Kelsen propõe a teoria pura do direito para alcançar o caráter de conhecimento científico aos estudos jurídicos, em patamar de Ciência Jurídica, mas esclarece que isolar o Direito como produto de estudo científico não é sinônimo de despolitiza-lo, porquanto é de sua natureza ser instrumento político<sup>154</sup>. Para fins de isolar o Direito como objeto de estudo da ciência jurídica, o procedimental é conceituá-lo como norma, assim a Ciência Jurídica que se

---

<sup>151</sup> A existência de uma lei é uma coisa; seu mérito ou demérito, outra. Se existe ou não, é uma questão; se se acomoda ou não a um presumido modelo, é questão diferente. Uma lei que realmente exista é uma lei, ainda que desgostemos dela, ou ainda seja disforme quando a respeito de critério com o qual governamos nossa aprovação ou desaprovação. Esta verdade quando se afirma em abstrato, é tão simples e evidente como parece ocioso insistir nela. Porém, apesar de simples e evidente como parece em abstrato, tem sido esquecida em muitos casos concretos, e a enumeração de exemplos chegaria a um volume completo. In: AUSTIN, John [1832]. **The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence**. London: Weidenfeld and Nicolson. Tradução de Ramón de Páramo Arguelles. El objeto del la jurisprudência. Madrid: CEC 2002. p. 188.

<sup>152</sup> “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria de Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998. p. 01.

<sup>153</sup> “O dualismo de causalidade e imputação serve de base ao dualismo de Ciência Natural Causal, como a Física, Química, Biologia, Psicologia e as Ciências Sociais Normativas, como Ética e Ciência do Direito. É o dualismo lógico-fundamental de ser e dever-ser que aqui se manifesta”. In: KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 33.

<sup>154</sup> “A despolitização que a Teoria Pura do Direito exige ser refere à ciência do Direito, não ao seu objeto, o Direito. O Direito não pode ser separado da política, pois é essencialmente um instrumento da política. Tanto na sua criação como sua aplicação são funções políticas, é dizer, funções determinadas por juízos de valor. Porém, a ciência do Direito pode e deve ser separada da política, se é que pretende valer como ciência”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. Tradução de: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Título original: Reine Rechtslehre. p. 5.

ocupa em estudá-lo focará somente na análise de descrição das normas<sup>155</sup>,

No que concerne à norma jurídica, a teoria pura do direito de Kelsen a estabelece como prescrição, indicativa do 'dever-ser'<sup>156</sup>. Assim, as ciências causais estudam o ser e a Ciência Jurídica estuda exclusivamente a norma, portanto, ela reflete sobre o dever-ser. Nota-se que nem toda norma é válida ao Direito, há que possuir compatibilidade hierárquica com as normas de escalão superiores até encontrar adequação na norma suprema, ou fundamental, que institui o ordenamento jurídico unitário. Isto é a validade formal<sup>157</sup>. Diferentemente das ordens sociais de cunho moral ou religioso, a ordem jurídica se distingue devido a coercibilidade do enunciado normativo<sup>158</sup>.

No que tange à aplicação do direito, a teoria pura do direito de Kelsen constitui a absoluta ruptura entre o Direito e a Moral, como ordens sociais distintas e independentes<sup>159</sup> e também nega que os princípios tenham caráter jurídico, ainda que possam influenciar o legislador e o juiz no momento de criação ou aplicação da norma<sup>160</sup>. Ademais, a interpretação do direito se perfaz

---

<sup>155</sup> “Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 6-8.

<sup>156</sup> “a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação de causa de um determinado efeito, perde-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. [...] Uma tal norma pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*). In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9.

<sup>157</sup> “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”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 33.

<sup>158</sup> “É por isso, de rejeitar uma definição do Direito que o não determine como ordem de coação, especialmente porque só através da assunção do elemento coação no conceito de Direito este poder ser distintamente separado de toda e qualquer ordem social”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 60.

<sup>159</sup> “A necessidade de distinguir o Direito da Moral e a ciência jurídica da Ética significa que, do ponto de vista do conhecimento científico do Direito positivo, a legitimação deste por uma ordem moral é irrelevante, pois a ciência jurídica não tem de aprovar ou desaprovar seu objeto, mas apenas tem de o conhecer e descrever”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 77.

<sup>160</sup> “Como princípios do 'Direito' podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciem a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. [...] A produção de normas jurídicas também é influenciada por fatores diferentes dos princípios da Moral, da Política, do Costume, p.ex., por interesses de certos grupos de subordinados do Direito, sem que se conceda a estes interesses caráter de 'Direito'”.



mediante a ordem escalonada do ordenamento jurídico, portanto, a decisão judicial cria norma de decisão individual e se restringe em aplicar resposta jurídica ao fato em acordo com a hierarquia das normas, “a interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”<sup>161</sup>. Para Kelsen, a criação das normas e aplicação do direito são sinônimos, porquanto a aplicação do direito consistirá na criação de uma norma inferior. A aplicação do direito ocorre mediante subsunção, adequando a situação fática com a moldura normativa.

Ángeles Ródenas sintetiza que o positivismo excludente se perfaz dos seguintes aspectos: (1) Tese das fontes do direito: a existência e o conteúdo do direito de uma sociedade particular dependem unicamente de um conjunto de fatos sociais que podem ser descritos sem recorrer à moralidade. (2) Tese da separação conceitual entre lei e moralidade: a adequação da moralidade de certas normas nunca é uma codificação de sua validade legal. (3) Tese dos limites do direito ou tese da discricionariedade judicial: quando o direito apela à moralidade dos juízes dá poder discricionário para decidir os casos<sup>162</sup>.

Em 1961, Herbert L. Hart<sup>163</sup> propõe abrandamento da separação rígida entre direito e moral<sup>164</sup>, pois reconhece que o Direito recebe a interferência

---

In: KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 145-156.

<sup>161</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 387

<sup>162</sup> “positivismo excluyente: (1) Tesis de la fuentes del derecho: la existencia y el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad. (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación de la moralidad de determinadas normas no es nunca codición de su validez jurídica. (3) Tesis de los limites del derecho o tesis de la discreción judicial: cuando el derecho apela a la moralidad concede a los jueces discreción para decidir los casos”. RÓDENAS CALATAYUD. Ángeles. **Lineamentos metodológicos para la investigación jurídica n. 3: la investigación em filosofia del derecho**. PUCP: Perú, 2017. p. 19.

<sup>163</sup> Seus estudos tiveram o objetivo de superar as propostas lançadas por Jeremy Bentham e John Austin, bem como, em parte, foram influenciados pelas obras de Hans Kelsen. O livro *O Conceito de Direito*, sua obra principal, foi publicado no ano de 1961, oferecendo revisão às teorias de John Austin. [...] Hart considera o modelo de Austin um ‘modelo simples’ de se descrever o Direito, devendo, portanto, ser substituído por um ‘modelo aprimorado’ [...] o propósito de Hart é, fundamentalmente, a análise estrutural do ordenamento jurídico na busca de mais bem descrever seu funcionamento”. In: SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 103-104.

<sup>164</sup> “Nenhum ‘positivista’ poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como a ligação necessária entre o direito e a moral, sua existência deve

da moral, assim como a moral recebe ingerências do Direito, pois é compartilhada pelos legisladores e juízes. Entretanto, a Moral não é critério corretivo do Direito, impassível de inserir ou revogar normas jurídicas. Portanto, tal abrandamento da teoria juspositivista se denominou positivismo jurídico brando ou flexível<sup>165</sup>.

No que concerne à norma jurídica, o conceito de direito segundo Hart defendeu que os ordenamentos jurídicos operam com normas primárias e secundárias. As primárias são normas de 'conduta', preveem sanção; as secundárias são tipos de normas que viabilizam a operacionalização das outras normas, como metarregras<sup>166</sup>. Ademais, a validade normativa também depende das regras de conhecimento, ponto de vista intrínseco, que se apresenta como padrão social geralmente aceito e recomendável. A regra de reconhecimento é uma prática complexa que visa resolver o problema da incerteza da ordem jurídica, é aferível de maneira fática, pelo comportamento de juízes, como regra última, ela não é válida e nem inválida. Ponto destoante da teoria pura de Kelsen que considera a norma última pressuposta<sup>167</sup>.

---

ser reconhecida". In: HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 264.

<sup>165</sup> "O direito de todos os Estados modernos mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moral social aceita quanto de ideias morais mais abrangentes. Essas influências ingressam no direito quer abrupta e explicitamente, através da legislação, quer silenciosamente e pouco a pouco, através do processo judicial". In: HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 263. "Em primeiro lugar, ignora minha aceitação explícita de que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos; assim, minha doutrina consiste no que se tem sido chamado de 'positivismo brando' (soft positivism), e não, como quer a versão de Dworkin, num positivismo 'dos simples fatos'". In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 323.

<sup>166</sup> "[...] a necessidade de discriminar, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico, entre dois tipos diferentes de normas, embora relacionados. As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam públicos ou privados". In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 105

<sup>167</sup> "Por outro lado, para que exista uma norma social, é preciso que pelo menos algumas pessoas encarem o comportamento em questão como um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo. Uma norma social tem um aspecto 'interno', além do aspecto externo que compartilha com um hábito social e que consiste no comportamento costumeiro e uniforme que um observador poderia registrar". In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 75. Ademais, "a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada,

No que tange à aplicação do direito, Hart reconhece a marginal presença atuante dos princípios jurídicos na decisão, mesmo que não os compreenda como o núcleo central do discurso, tal qual é a força normativa<sup>168</sup>. Curial assinalar que a aplicação do direito, excepcionalmente para os casos difíceis, assim chamados por apresentarem zona de incerteza, aceita-se que as regras tenham textura aberta. Assim, a discricionariedade é admitida como recurso de casos sem uma resposta preestabelecida, em que não é possível a mera dedução lógica de aplica-lá por subsunção<sup>169</sup>.

Em suma, Ángeles Ródenas<sup>170</sup> sintetiza que o positivismo inclusivo ou brando compreende os seguintes aspectos: (1) Tese das fontes sociais do

---

mas sua existência fica demonstrada pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos". In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 131.

<sup>168</sup> "embora a combinação de normas primárias e secundárias mereça o lugar central que ora lhe é concedido, por explicar muitos aspectos do direito, ela não pode, por si só, esclarecer todos os problemas. A junção das normas primárias e secundárias se situa no centro de um sistema jurídico; mas não constitui o todo, e, à medida que nos afastamos do centro, teremos de conciliar, das formas descritas em capítulos posteriores, elementos de natureza diferente", por exemplo os princípios jurídicos. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 128

<sup>169</sup> "Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. [...] Poder-se ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência 'mecânica'. [...]Nesses casos, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exerce a sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta a priori, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes". In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 166-p.171. Ademais, "se uma zona de penumbra de incerteza deve envolver todas as regras jurídicas, então sua aplicação a casos específicos na área da zona de penumbra não pode ser uma questão de dedução lógica e, assim, o raciocínio dedutivo, que tem sido festejado por gerações como a própria perfeição do raciocínio humano, não pode servir de modelo para aquilo que os juízes ou, na verdade, qualquer pessoa, deveriam fazer para acomodar casos específicos a normas gerais". HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 69- 70.

<sup>170</sup> "positivismo incluyente, interpretaría dichas tesis: (1) Tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y contenido del derecho de una determinada sociedad depende de un conjunto de hechos sociales que contingentemente pueden apelar a determinados estándares de moralidade, convirtiéndolos así em jurídicamente válidos. (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación de la moralidad de determinadas normas no es necesariamente condición de su validez jurídica. No es condición suficiente y puede no ser necesaria. (3) Tesis de los límites del derecho y tesis de la discreción judicial: algunas veces em las que el derecho apela a la moralidad determina de esta manera la calificación normativa de las acciones y em dichos casos, no concede discreción a los jueces". In: RODENAS CALATAYUD. Ángeles. **Lineamentos metodológicos para la investigación jurídica n. 3: la investigación em filosofia del derecho**. PUCP: Perú, 2017. p. 20.

direito: a existência e conteúdo do direito de uma dada sociedade depende de um conjunto de fatos sociais que podem continuamente apelar a certos padrões de moralidade, tornando-os legalmente válidos. (2) Tese da separação conceitual entre lei e moralidade: a adequação da moralidade de certas normas não é necessariamente uma condição de sua validade legal. Não é uma condição suficiente e pode não ser necessária. (3) Tese dos limites da lei e da tese da discricionariedade judicial: às vezes em que o direito apela à moralidade determina assim a qualificação normativa das ações e em tais casos, não confere discricção aos juízes.

Bobbio orienta que na vertente juspositivista, importa entender o ordenamento jurídico como sistema, que nele não podem coexistir normas incompatíveis. Assim, sistema equivale a validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas, existindo norma incompatíveis, devem ser eliminadas. No mais, o sistema jurídico precisa ser completo e por completude do sistema se entende a propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular cada caso. Tendo em vista que a ausência de uma norma costuma ser chamada de lacuna, completude também condiz em ausência de lacunas. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular cada caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma extraída do sistema<sup>171</sup>.

Por estes fatores, a visão do ordenamento jurídico nos assentos clássicos do Positivismo Jurídico é unidimensional, o sistema jurídico é fechado, pois leva em perspectiva somente o direito posto. Assim, utiliza-se de dimensão uma para a aplicação do direito, apenas o do texto normativo, desconsiderando os princípios, a Moral, a Política<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. Tradução de: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: Teoria generale del diritto. p. 239- p. 271.

<sup>172</sup> “[...] diversos outros elementos além do Texto Normativo são determinantes para produção normativa e para tomada de decisões. Com efeito, alguns juspositivistas adotam uma visão unidimensional das Fontes do Direito, no sentido de que a Regra Jurídica (categoria que, como já dito, comumente é confundida com o conceito de Texto Legal) seria o padrão de julgamento exclusivo a ser empregado para fundamentar Decisões Jurídicas. [...] há outros elementos que inegavelmente conformam a atividade jurígena, a exemplo da Moral (como já antes assinalado), dos Princípios Jurídicos e das políticas, dentre eventuais outros, inclusive de

A visão unidimensional do Juspositivismo inviabiliza a interferência de conhecimento interdisciplinar na razão de decidir, desconsiderando outras disciplinas além do Direito como possível fator atuante na Teoria da Decisão Judicial, tampouco os princípios jurídicos<sup>173</sup>.

Ademais, para o juspositivismo, o ordenamento é oferecido previamente, cabendo ao juiz voltar a ele em busca de resposta. Para o pós-positivismo, o ordenamento é uma referência, mas a decisão é um empreendimento de construção da norma para o caso, ainda que com recurso à interdisciplinaridade.

O século XX inaugura o período de insurgências críticas sobre o juspositivismo. A ruptura acontece pautada na impossibilidade programática de valoração da ciência social e na impossibilidade estrutural de encontrar critérios de juízo de ordem moral para decidir em Direito e em Política. Tal realidade, fez com que o debate contemporâneo promovesse a abertura da Filosofia do Direito, por um lado aos valores ético-políticos e, por outro lado, ao mundo dos fatos<sup>174</sup>. Argumentos que embasam a crise do direito unidimensional.

O positivismo jurídico esgota seu ciclo histórico na filosofia do Direito, assim como foi com o direito natural. O jusnaturalismo fora crucificado na cruz da história, já o juspositivismo teve seu desfecho crucificado na cruz da

---

forma determinante no momento deliberativo. In: ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 394.

“Ora, a representação unidimensional do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminabilidade da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente”. In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 259.

<sup>173</sup>Trata-se agora também do reconhecimento, não só de que o sistema jurídico haverá hoje de pensar-se aberto e constituído, mas sobretudo de que deixou ele de ser normativisticamente unidimensional (i. é, constituído apenas por normas, no sentido dogmático estrito desse conceito, e qualquer que seja a origem dessas normas ou mesmo que não sejam elas exclusivamente normas legais), pois se revela como normativisticamente pluridimensional – desde logo, e é essencial, com uma dimensão normativa que transcende, intencional e juridicamente, as normas formais e que é dada pelos valores e princípios normativo-jurídicos, os regulativos e constitutivos fundamentos normativos de todo o sistema juridicamente vigente”. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. V 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 52.

<sup>174</sup>FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 3.

Constituição, anuncia Manuel Atienza<sup>175</sup>. Isto porque a mera análise da regularidade do processo legislativo na fase de positivação do Direito não é suficiente, dentro da nova ordem constitucional, para aplicação cega do conteúdo normativo, segundo único critério de justificação da decisão judicial, mas importa no dever de observância do conteúdo constitucional.

Nesta entoadada, foi-se do Estado legal de Direito ao Estado constitucional de Direito, ou melhor, do império da lei ao império da constituição, tal transformação sofrida no Estado de Direito é que desencadeou efeitos diretos na Filosofia do Direito. Ora, o constitucionalismo do pós-guerra alterou profundamente a noção de Estado de Direito, dando ensejo ao processo histórico de constitucionalização do ordenamento jurídico, transcorrido pelos países europeus e latino-americanos, assinala Josep Aguiló Regla<sup>176</sup>.

Tecendo argumentos sobre o cenário de crise juspositivista pela defesa de um novo marco teórico firmado na Filosofia do Direito através do neoconstitucionalismo, Luis Pietro Sanchis<sup>177</sup> esclarece que, basicamente, ao se questionar se os conceitos tradicionais embalados no quadro do positivismo jurídico são explicativos ou suficientes a responder os anseios à luz da nova realidade constitucional, constata-se sua exiguidade a respaldar o constitucionalismo contemporâneo.

Em análise da jurisdição constitucional do Brasil, Lenio L. Streck alerta

---

<sup>175</sup> El positivismo ha agotado su ciclo histórico, como anteriormente lo hizo la teoría del Derecho natural. Al igual que Bloch escribió que << la escuela histórica há crucificado al Derecho natural en la cruz de la historia>>, hoy podría afirmarse que <<el constitucionalismo há crucificado al positivismo jurídico em la cruz de la Constitución>>. In: Atienza, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006, p. 44.

<sup>176</sup> REGLA, Josep Aguiló. *Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. **Doxa**. Alicante. N. 30, p. 665-675. 2007. Disponível em <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55>. Acesso em 2018. p. 1.

<sup>177</sup> “Básicamente, aquí se trata de preguntar si nuestros conceptos tradicionales acunados em el marco del positivismo resultan explicativos o suficientemente explicativos a la luz de esa nueva realidad dibujada al comienzo. Tales conceptos, por lo que ahora interessa, suponen una teoría de la interpretación; y, aun riesgo de simplificar, podemos resumirlos em estas cinco palabras clave: legalismo o legicentrismo, coherentismo, reglas, subsunción y discrecionalidad”. “Como es natural, tampouco aquí las posiciones neoconstitucionalistas se muestran por completo uniformes, pero em líneas generales su teoría del Derecho puede resumir-se em otras cinco palabras anteriores: constitucionalismo em lugar de legalismo, conflictualismo em lugar de coherentismo, principios em vez de reglas, ponderación frente a subsunción y argumentación antes que discrecionalidad.”. In: SANCHÍS, Luis Prieto. **El constitucionalismo de los derechos**: ensayos de filosofía jurídica. Madrid: Editorial Trotta. 2013. p. 37-38.

que é necessário nomear a crise do Direito realisticamente de crise, para que se reconheça as condições atuais do juspositivismo. Para o autor, “o equívoco do pensamento dogmático é pensar que um conjunto de enunciados (categorias) explicativos acerca do direito, postos-à-disposição-da-comunidade-jurídica, é suficiente para compreender o processo interpretativo/aplicativo do direito”<sup>178</sup>. Somente a constatação de crise paradigmática permitirá que se busque as proposições viáveis de superação aos problemas.

Pela ponderação de Orlando Luiz Zanon Jr., as críticas ao Positivismo Jurídico apontam incongruências intrínsecas as características pilares do modelo, condição que recai na sua superação. Assim, o modelo decai porque as características conceituais juspositivistas, previamente assinaladas neste estudo, apontam os seguintes conflitos: a) insuficiência da separação entre direito e moral, vez que os padrões morais participam da produção normativa; b) insuficiência do sistema jurídico composto somente ou prevalentemente por regras, vez que desconsidera as influências que os princípios, a moral, as políticas e os outros conhecimentos aplicam na atividade jurídica; c) insuficiência da estrutura do ordenamento escalonado por critérios formais, vez que não considera a inserção de princípios no sistema jurídica; d) insuficiência da aplicação do direito por subsunção devido a abertura para a discricionariedade judicial<sup>179</sup>.

Em contraponto, curial mencionar que o entendimento não é pacífico, persistem corrente de juristas que sustentam a validade do Positivismo Jurídico, inclusive como modelo teórico adequado para a ordem jurídica contemporânea, afirmando que a rejeição ao Positivismo Jurídico não passa de construção puramente retórica.

---

<sup>178</sup> “É preciso compreender a crise do direito ‘como’ crise do direito, possibilitando-se, assim, a construção das condições necessárias para sua superação [...] Ora, não é possível transformar o ser em um ente. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores, nem explicá-los através de conceitos inferiores”. In: STRECK, Lenio Luiz.

**Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 947.

<sup>179</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 186-189

Em defesa ao juspositivismo, Dimitri Dimoulis<sup>180</sup> opina que as críticas ao Positivismo Jurídico provêm de duas vertentes reunidas no referencial teórico das correntes pós-positivistas. A primeira possui cunho ideológico, formada por valores jusnaturalista, resgatando as teses da necessidade de conformação do direito posto à imperativos de caráter superiores, como justiça, moral e bem comum. A segunda é de cunho sociológico, firmado sobre a necessidade de correção do Direito as exigências impostas pelas evoluções da sociedade<sup>181</sup>. Aduz, ainda, que intuitivamente todo operador do direito é juspositivista, aborda em primazia o cuidado em observar as regras e a fidelidade dos textos normativos, vendo a sua flexibilização em prol de princípios ou em favor do consequencialíssimo como viés evasivo para a discricionariedade<sup>182</sup>. Ora, “o objetivo do positivismo jurídico é entender os modos de funcionamento do direito, seguindo um caminho descritivo que tenta eliminar a subjetividade”. Trata-se de modelo jurídico que fortalece um ideal de neutralidade, e ainda que esse não possa ser atingido, consagra a pertinência de tal visão não possa ser abandonada pelo operador do direito<sup>183</sup>.

Em acordo linear, os novos juspositivistas apontam que o modelo é o mais adequado para garantir a eficácia na aplicação do direito. Adrian Sgarbi<sup>184</sup>.

---

<sup>180</sup> Dimitri Dimoulis é positivista com predominância na posição hartiana, mas recebe fortes influências da teoria do puro do direito, segundo o autor: “Em contraposição a essa predominância do positivismo na prática, a doutrina jurídica brasileira optou, em sua maioria e desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, por criticar o positivismo jurídico de maneira insistente e com ímpeto retórico [...] Termos como “neoconstitucionalismo”, “pós-positivismo”, “moralização”, “retorno aos valores” ou “constitucionalização” do direito, caracterizam esse novo senso comum, propagado em publicações e eventos acadêmicos. A conclusão prática é o reconhecimento do protagonismo dos integrantes do Poder Judiciário como meio de realização da “justiça”. Em reação a essa tendência antipositivista surgiram nos últimos anos teóricos do direito que apresentam, discutem e defendem teses positivistas, acompanhando o intenso debate internacional em torno do positivismo e utilizando como principal referência as obras de Kelsen<sup>12</sup> ou de Hart e de seus sucessores”. In: DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. p. 217. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 102. Belo Horizonte: 2011. jan./jun. 20. pp. 215-253.

<sup>181</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 45-47.

<sup>182</sup> “Parece-nos, porém, plausível afirmar que, em sua maioria, os magistrados e advogados atuam como positivistas *de maneira intuitiva*. Optam por se manter, via de regra, fiéis ao significado dos textos normativos e não realizar flexibilizações e relativizações dos dispositivos vigentes em vista de princípios, de imperativos éticos ou de considerações consequencialistas sobre a utilidade de certa solução”. In: DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. p. 217. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 102. Belo Horizonte: 2011. jan./jun. 20. pp. 215-253.

<sup>183</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 273.

<sup>184</sup> SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 717



assente no mesmo discurso ao dispor que a função de descrever não impede que haja concordância com a descrição, assim, em caráter procedimental, a Teoria do Direito apenas descreve, o teórico se ocupa de instrumentalizar, mas os valores somente competem à política do direito consagrar, anuncia o autor. Entrementes, Cláudio Fortunato Michelin Júnior <sup>185</sup> corrobora que “o direito deve ser explicado por referência a fatos sociais e, por consequência, é irrelevante para a compreensão e descrição de uma ordem jurídica qualquer especulação sobre seus fundamentos metafísicos” portanto, o “valor moral não é condição necessária da juridicidade da norma”.

Exemplificativamente, ainda, colaciona-se os argumentos do juspositivista Noel Struchiner, que propõe como vã qualquer afirmação do meio acadêmico que aponte a Filosofia do Direito superando a conflitualidade dicotômica de argumentos sobre o juspositivismo/naturalismo<sup>186</sup>. Para tanto, o autor aborda que a falta de análise minuciosa das proposições de definição das duas correntes é que justificam as gravosas distorções teóricas que sobrepõem os dois grandes paradigmas da história da filosofia do direito. O positivismo jurídico recebe duras críticas por elementos que não o compõem na atualidade, pelas visões deturbadadas que o definem como movimentos que apregoam o ceticismo ético, ou o positivismo ideológico, ou o formalismo jurídico. Importante, portanto, dizer o que positivismo jurídico não é: o positivismo jurídico não teoriza a inexistência ou total desconhecimento de princípios morais e de justiça universalmente válidos, como o faz o ceticismo ético. O positivismo jurídico não teoriza o ideal que os juízes se limitam a decidir de acordo com sistema normativo a ponto de desconsiderar qualquer princípio moral, tampouco sustenta que o único princípio moral seria a obediência as leis, típico do positivismo ideológico, que diz: lei é lei. Por fim, o positivismo jurídico não teoriza que o sistema jurídico é exaustivo em suas normas jurídicas, portanto, completo,

---

<sup>185</sup> MICHELON Jr., Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 30.

<sup>186</sup> Ilustrativamente menciona que se a filosofia do direito fosse um campeonato, imbatível que juspositivismo e jusnaturalismo sempre serão os finalistas frente as novas correntes teóricas, pois os reais contra argumentados estão em seus ideais tradicionais e não na “alta produção de rótulos que visam a caracterizar essa nova era da filosofia do direito: direito pós-moderno, pós-positivismo, não-positivismo principiológico”. In: STRUCHINER, Noel. **Para falar em regras**: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio Departamento de Filosofia, 2005. p. 22.

fechado e preciso, sem ambiguidades linguísticas, antinomias e contradições, isso é o formalismo jurídico<sup>187</sup>.

Deste modo, Noel Struchiner dispõe que o positivismo jurídico é o que se classifica de positivismo conceitual. Assim, “a primazia do positivismo conceitual se dá em função da sua autenticidade enquanto nota definitiva da posição positivista”<sup>188</sup>. O positivismo jurídico conceitual transparece a real essência do modelo jurídico juspositivista que se defende. Nesta toada, “de acordo com os positivistas, o direito é um artefato humano, o resultado de uma escolha, convenção, ou práticas sociais convergentes. As regras jurídicas válidas são identificadas de acordo com um critério de fonte e não de mérito”<sup>189</sup>, logo, se pauta em critérios fáticos, empíricos, objetivos e não em critérios valorativos.

Adiante, o modelo jurídico garantista desenvolvido por Ferrajoli é denominado de positivismo jurídico reforçado por ele mesmo, isto porque defende o aperfeiçoamento do paradigma e não sua superação<sup>190</sup>. O modelo

---

<sup>187</sup> “embora seja comum a exposição a essas formas de se conceber a filosofia do direito, o que raramente tem acompanhado tal exposição é uma análise minuciosa das teses ou proposições que servem como notas definitivas do jusnaturalismo e do juspositivismo. O caso é grave. Não se trata apenas da falta de uma análise rigorosa desses conceitos, mas de distorções que é necessário superar, através de precisão conceitual e fixação das teses tanto do jusnaturalismo como do juspositivismo” In: STRUCHINER, Noel. **Para falar em regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito.** Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio Departamento de Filosofia, 2005. p. 22-34.

<sup>188</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar em regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito.** Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio Departamento de Filosofia, 2005. p. 35.

<sup>189</sup> STRUCHINER, Noel. **Para falar em regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito.** Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio Departamento de Filosofia, 2005. p. 37. Ademais, “a tese do positivismo conceitual, segundo a qual o direito é identificado por meio de um critério de fonte e não um critério de mérito, é a única tese genuinamente compartilhada por todos os positivistas jurídicos, enquanto tais. [...] Para que um determinado sistema normativo receba o nome de direito, ou que uma determinada norma seja qualificada como jurídica, não é necessário que passe pelo escrutínio de critérios ou testes morais. Para identificar uma norma como jurídica e, portanto, como existente e válida, devem-se investigar as suas fontes e não o seu mérito. [...] O direito não deve ser identificado utilizando critérios valorativos, mas sim critérios fáticos, empíricos, objetivos”. In: STRUCHINER, Noel. **Para falar em regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito.** Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio Departamento de Filosofia, 2005. p. 32-35.

<sup>190</sup> “considera al constitucionalismo garantista como un iuspositivismo reforzado, completando al Estado de Derecho porque comporta el sometimiento al Derecho y al control de constitucionalidad”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista.* p. 15. In: **Revista DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, Alicante: 2011. p. 15-53.

jurídico garantista constata que a previsão de direitos fundamentais na Constituição orienta a produção do direito positivo, isto representa o concomitante aprimoramento do positivismo jurídico e do Estado Constitucional de Direito<sup>191</sup>. O positivismo jurídico passa a dispor do ‘dever ser’ além do ‘ser’, ao passo que o Estado de Direito submete o Direito e legislativo ao controle de constitucionalidade. Assim, a legalidade decorrerá da observância na validade formal das normas e da submissão aos conteúdos pautados no paradigma constitucional<sup>192</sup>.

As temáticas proferidas por Luigi Ferrajoli sobre o constitucionalismo garantista coincidem com vertente neopositivista que afirma: a) a separação entre direito e moral garante a autonomia do direito, diferenciando justiça e validade; b) a distinção entre princípios e regras enfraquece a normatividade da Constituição; c) a aplicação de princípios jurídicos por ponderação, ao invés de aplicá-los mediante subsunção, é ato discricionário que deslegitima a jurisdição<sup>193</sup>.

Adiante, estudos referentes a lógica jurídica promovem visão interdisciplinar na mesma linha de pensamento do positivismo jurídico exclusivo. É referência nesta área os autores Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin, ambos do Instituto de Filosofia da Universidade de Buenos Aires e segundo os estudiosos, é possível analisar a Norma Jurídica e o conhecimento disciplinar da Lógica dentro do modelo juspositivista, negando-se a existência de crises do paradigma. Os estudos sobre lógica jurídica analisam a lógica das normas ou das preposições normativas, perpetrada através da filosofia analítica. A lógica deôntica se designa a partir da lógica formal, ganhando espaço nos estudos

---

<sup>191</sup> “el autor realiza una crítica a la contraposición entre principios y reglas, en los que se basa una concepción [...] el autor afirma que la idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación genera un peligro para la independencia de la jurisdicción y para su legitimación política. In: FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. p. 15. In: **Revista DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, Alicante: 2011. p. 15-53.

<sup>192</sup> “[...] el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de Derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no sólo el «Ser» sino también el «deber ser» del Derecho; y completa al Estado de Derecho porque con porta la sujeción, también de la actividad legislativa, al Derecho y al control de constitucionalidad”. In: FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. p. 24. In: **Revista DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, Alicante: 2011. p. 15-53.

<sup>193</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Um debate sobre el constitucionalismo**. Barcelona: Marcial Pons, 2012. p. 23-24.

jurídicos. Emprega-se a lógica, por exemplo, para avaliar a coerência e a completude do sistema jurídico, por um ideal dedutivo que caracterize essencialmente a Ciência Jurídica, isto através dos princípios da inevitabilidade, justificação e legalidade. Dentre outros avanços e estudos. Em geral, a lógica não pode se encarregar do conteúdo de cada decisão jurídica, mas ainda assim deve ser considerada um instrumento necessário ao Direito, a fim de evitar as contradições lógicas e para se aceitar todas as conseqüências passíveis da decisão judicial<sup>194</sup>.

Em linhas gerais, Dimoulis reflexiona que é a “função do direito regular as relações sociais, entendendo como finalidade de atuação do Poder Judiciário a garantia da ordem jurídico-social, impondo o respeito à lei. Essa visão do direito corresponde, em linhas gerais, ao positivismo jurídico”. Dito pensamento traz a luz que a ânsia de qualquer operador jurídico bem intencionado em se firmar sobre um posicionamento teórico é efetivar a finalidade do Direito: a garantia da ordem jurídico-social com primazia na legalidade<sup>195</sup>.

Outrossim, tanto o operador que se pauta na defesa, quanto o que se posiciona pela superação do positivismo jurídico, visa um mesmo objeto: a melhor atuação do Poder Judiciário. Porquanto qualquer aspecto prático da jurisdição precede e se aprimora por subsídios teóricos que norteiam sua atuação.

A busca por desvelar perguntas quase que irrespondíveis sobre a essência do Direito parte da necessidade em responder os problemas de sua aplicação. Notório se faz que a Filosofia do Direito não é estática, caminha

---

<sup>194</sup> Carlos E. Alchourrón e Eugenio Bulygin usam da expressão “lógica deontica” no intuito de identificar as propriedades e relações lógicas na interpretação das normas. No que concerne a eliminação de contradições nos sistemas jurídicos: “A lógica somente ajuda a constatar a presença de conflitos normativos, mas não pode eliminá-los. As regras usadas pelos juristas para esse fim (lex posterior, lex superior, lex specialis) são praticamente úteis, porém não são logicamente válidas”. In: ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. 1a ed., 1a reimp. Cidade do México: Fontamara, 2002. p. 82.

<sup>195</sup> “Do ponto de vista estático, as opções teóricas precedem a atuação prática. Evidentemente, o aplicador deve possuir subsídios teóricos antes de atuar. Mas do ponto de vista dinâmico há constante interação: os posicionamentos teóricos de cada operador mudam durante sua carreira, em razão de experiências profissionais e de leituras que incitam à reflexão teórica. A constante presença da teoria na prática de aplicação do direito e sua relevância para as decisões tomadas nos permitem nos referirmos à imanência da teoria na prática do direito”. In: DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. p. 217. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 102. Belo Horizonte: 2011. jan./jun. 20. pp. 215-253.

incansavelmente para a superação de suas crises e a construção de um novo horizonte na Teoria do Direito.

Em discordância com a visão juspositivista em comento, as teorias pós-positivistas surgem como propostas de um novo horizonte. São teorias críticas ao modelo teórico do positivismo jurídico, as quais defendem a superação dos pontos de discussão e problemas hoje encontrados no Direito pela formação de um novo paradigma jurídico. Rompem com o modelo teórico do juspositivismo sem tratar do retorno ao modelo teórico do jusnaturalismo.

#### 1.4 O FRACIONAMENTO DA FILOSOFIA DO DIREITO NO SEC. XXI E O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

A virada de século trouxe estudos que questionaram a separação de Direito e Moral pautada no positivismo jurídico. Em 1965, Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli, através dos livros “Jusnaturalismo e positivismo jurídico” e “O que é positivismo jurídico” anunciam os sintomas da crise juspositivista<sup>196</sup>. Em 1970, John Rawls escreveu o livro “*A Theory of justice*”, enaltecendo a ética substantiva e a política normativa<sup>197</sup>. Em 1977, Dworkin escreveu “*Taking rights seriously*”, obra em que teceu críticas a Hart do qual viu que o juspositivismo perdeu de vista a realidade pelo qual o Direito está inserido, pelo ideal de teoria institucionalista do Direito<sup>198</sup>.

---

<sup>196</sup> A norma jurídica deve passar pelo crivo da justiça, validade e eficácia. Os três critérios são dissociados entre si e estabelecem pretensões distintas. Saber se a norma é justa, problema “deontológico do direito”, consiste em perceber se a norma está composta nos valores finais para a sociedade, a relação entre o ser e o dever ser. Saber se a norma é válida, problemática “ontológica do direito”, é quando a norma cumpre critérios técnicos e faz parte do ordenamento jurídico. Saber se a norma é eficaz, “problema fenomenológico do direito”, trata-se das normas que são cumpridas pela sociedade, produzem efeitos. A confusão entre os três distintos critérios pode ocasionar um reducionismo equivocado do direito. Ao reduzir validade das normas à justiça se aposta ao paradigma do jusnaturalismo, ou ao reduzir justiça à validade, refere-se aos argumentos do juspositivismo exclusivo, ainda, ao reduzir a validade à eficácia, aponta-se o realismo jurídico. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. Tradução de: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: *Teoria generale del diritto*. p. 37-60.

<sup>197</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 4-10.

<sup>198</sup> “Na primeira fase de Dworkin, seu ponto forte é a compreensão de o positivismo jurídico se equivocar ao pensar o direito como fatos objetivos, ou seja, como elementos passíveis de identificação por um critério *pedigree*. Porque pensar dessa forma é excluir um dos elementos capitais para a compreensão do direito, os princípios” in: SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 193.

No cenário político-jurídico brasileiro vivido no séc. XX, já se previa os influxos que hoje se problematizam em análise sobre o fracionamento da filosofia do Direito, “tudo está a nos indicar que o futuro exigirá dos juristas não apenas leis reformadas ou corrigidas, mas o próprio Direito reconceituado”, transpassando o tradicional alcance de sancionar, proibir ou autorizar condutas cotidianas para redefinir o papel do Estado e dos cidadãos em novas bases éticas, reordenando toda a convivência social perante as reais necessidades da vida<sup>199</sup>.

Desde de 1950, manifestam-se numerosas críticas ao modelo lógico do raciocínio jurídico, próprio do positivismo jurídico, visto a inadequação da lógica-formalista existente e frente a necessidade de elaborar novos instrumentos de pesquisa, hermenêutica e argumentação jurídica. Os autores que representam este debate são Theodor Viehweg, Chaim Perelman, Stephen E. Toulmin, Robert Alexy<sup>200</sup>, Ronald Dworkin<sup>201</sup>, Aulis Aarnio, Manuel Atienza, Lenio L. Streck<sup>202</sup>, entre outros. Deste teor, ressalta-se discurso de Ronald Dworkin<sup>203</sup> sobre a insuficiência do juspositivismo:

Minha estratégia está organizada em torno do fato de que, quando os juristas raciocinam ou debatem a respeito de direitos e obrigações jurídicos, particularmente naqueles casos difíceis nos quais nossos problemas com esses conceitos parecem mais agudos, eles recorrem à padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões. Argumentarei que o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras.

---

<sup>199</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. **Fundamentos de Política Jurídica**. Sergio Fabris Editor, 1994. p. 133.

<sup>200</sup> “Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais”. In: ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 4.

<sup>201</sup> “Os juristas são sempre filósofos, pois a doutrina faz parte da análise de cada jurista sobre a natureza do direito, mesmo quando mecânica e de contornos pouco nítidos”. In: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 454

<sup>202</sup> “Das teorias do discurso à fenomenologia hermenêutica, passando pelas teorias realistas (que deslocam o polo da tensão interpretativa na direção do intérprete), os últimos cinquenta anos viram florescer teses que tinham objetivos comuns no campo jurídico: superar o modelo de regras, resolver o problema da incompletude das regras, refundar a relação 'direito-moral', solucionar os 'casos difíceis' (não 'abarcados' pelas regras) e a (in)efetividade dos textos constitucionais (compromissórios e dirigentes)”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

<sup>203</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de: Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Título original: *Taking rights seriously*. p. 36.

Assim, os juristas que apontam crise ao modelo juspositivista buscam elementos que respaldem a superação do pensamento formal do Direito. Os diversos modelos teóricos que criticam o juspositivismo atacam ao menos um dos seguintes elementos: a) separação entre Direito e Moral; b) sistema jurídico pautado apenas em regras (unidimensional); c) ordem do sistema jurídico escalonada; d) a aplicação do direito pelo método subsuntivo e discricionário.

As propostas de superação da matriz teórica juspositivista são identificadas como correntes pós-positivistas e trabalham a superação dos problemas do atual modelo paradigmático sem propor retrocesso ao jusnaturalismo<sup>204</sup>.

Ademais, a abertura do debate filosófico-jurídico contemporâneo aos valores éticos-políticos causa o desmontamento, inclusive, de teorias que defendem a retomada do jusnaturalismo em paradigma contemporâneo.

Neste contexto, é o modelo teórico defendido por John Finnis, um jusnaturalismo contemporâneo com percurso desenvolvido nos ideais de direito natural estabelecidos em Tomas de Aquino<sup>205</sup>. Por sua vez, John Finnis constrói diferença entre a Moral interna e externa, e estabelece a existência de bens humanos que somente podem ser obtidos através das instituições da lei humana

---

<sup>204</sup> Cuando el derecho se codificó, el iusnaturalismo perdió su razón de ser, porque el orden racional se encuentra ya en el código [...]. El modelo positivista de las ciencias jurídicas presentaba debilidades desde su nacimiento. Existe sinfín de ejemplos de como ya desde la codificación, legisladores, juristas prácticos y dogmáticos se vieron en la necesidad de traicionar las rigurosas exigencias del modelo ideal de ciencia positivista para evitar una aplicación irracional del derecho [...]. Como hemos visto, esta desconexión entre el modelo ideal positivista de ciencia del derecho y las necesidades prácticas que tienen los juristas no hace más que agravarse con el constitucionalismo moderno. Los principios contenidos en los textos constitucionales son exigencias que los órganos de aplicación del derecho deben tener en cuenta la resolución de las disputas que se les plantean. [...] La teoría interpretativa del derecho de Dworkin no hace sino sentar las bases de un nuevo paradigma de ciencia jurídica alternativo al del positivismo jurídico. Sobre la teoría interpretativa del derecho se asientan las llamadas teorías postpositivista del derecho. RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles. **Lineamientos metodológicos para la investigación jurídica n. 3: la investigación en filosofía del derecho**. PUCP: Perú, 2017. p. 35

<sup>205</sup> “John M. Finnis faz parte da New School of Natural Law (juntamente com Germain Griset, Joseph Boyle, Robert P. George e Willian E. May) que, ao menos desde meados do século XX, tem realizado uma reinterpretação do pensamento de Santo Tomás de Aquino com a finalidade de promover uma revitalização do direito natural. Evitando digressões sobre a história do direito natural, com o livro *Lei Natural e Direitos Naturais* (LNDN), este publicado no ano de 1980, Finnis, que foi aluno de Hart, busca em termos contemporâneos examinar o que se pode entender por ‘direitos naturais’”. SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. p. 197.

e pela exigência de razoabilidade prática que apenas essas instituições podem satisfazer. Os bens humanos fundamentais são sete: conhecimento, vida, lazer, experiência estética, amizade, religião e racionalidade. Tais bens são parâmetros valorativos das condutas do homem, distintos entre si e de igual importância. Em definição dos bens humanos fundamentais, assevera as exigências de razoabilidade prática para mostrar como e sob que condições tais instituições se justificam e as formas em que elas podem ser (e muitas vezes são) defeituosas para o alcance do seu fim. Assim, aduz que a consecução dos bens necessita de plano de florescimento humano que oportunize o cuidado destes bens pelo ideal de uma vida boa, válida para cada um, por uma noção complexa de bem comum. Para Finnis, esta noção é constitutiva do Direito, porquanto ele entende serem os valores de bem comum que legitimam o Direito positivo e todo fenômeno jurídico<sup>206</sup>.

As críticas ao juspositivismo possibilitaram que diversos discursos jurídicos se levantassem como escolas de pensamento jurídico-filosófico. Carla Faralli<sup>207</sup> reagrupa em cinco linhas de pesquisa a produção filosófico-jurídica dos últimos cinquenta anos. A primeira linha condiz com a crise do modelo de juspositivismo. A segunda linha orienta o institucionalismo e o realismo jurídico. A terceira linha ocupa-se do raciocínio jurídico (interpretação jurídica, argumentação jurídica, hermenêutica do direito). A quarta linha se vincula aos estudos de lógica jurídica (lógica deontica, vinda da escola de Buenos Aires). A quinta linha analisa as novas fronteiras que chegou à Filosofia do Direito (inovação científica e tecnológica dos últimos de décadas, pluralismo jurídico,

---

<sup>206</sup> Assinala-se que o jusnaturalismo contemporâneo advém da crise juspositivista e se constrói como teoria jurídica junto ao fracasso da Filosofia do Direito, mas não corresponde a teoria pós-positivista, pois retoma os ideais do jusnaturalismo. "There are human goods that can be secured only through the institutions of human law and the requirements of practical reasonableness that only those institutions can satisfy. It is the object of this book is to identify those goods, and requirements of practical reasonableness and thus to show how and on what conditions such institutions are justified and the ways in which they can be (and often are) defective". In: FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. New York: Oxford University Press. Inc. 2011. p. 4.

<sup>207</sup> Nos últimos quarenta anos vários fenômenos ocorridos propuseram transformações muito rápidas e profundas. Fatores que abriram novas fronteiras de estudos para a filosofia do direito. A informática, as inovações científicas, o pluralismo jurídico, os grandes fluxos migratórios dos países pobres para os países industrializados mudaram a fisionomia dos velhos Estados nacionais. Todos estes acontecimentos são fatos relevantes ao direito. A inteligência artificial, a bioética, o multiculturalismo precisam ser enfrentados pelo direito para regularizar seus efeitos que respaldam em consequências jurídicas. In: FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.



multiculturalismo, bioética, informática jurídica).

O neoconstitucionalismo do Direito produz estudos sobre a dificuldade que se enfrenta em desenvolver novas categorias teóricas para a compreensão das transformações constitucionais dos sistemas jurídicos. Em 1980, Robert Alexy descreve o consitucionalismo como teoria específica do Direito, que difere da teoria do juspositivismo (ou legalismo) clássica, pois reconhece estrutura mais complexa, no qual há valores trazidos por princípios, num ideal similar ao que o constitucionalista Ronald Dworkin diz ser o “direito como integridade”.

Ora, a Moral não pode ser reduzida ao direito válido, aos termos formais, ela é a base que torna o direito obrigatório e respeitado, retrata os diversos princípios aplicáveis a um caso, agindo com coerência a esses princípios e ao tratamento igualitário dos casos idênticos. A teoria dworkiana apresenta visão fundamentada na concepção constitucional da democracia, que a entende como categoria atrelada aos princípios que exprimem os direitos dos indivíduos e o ideal de igualdade, *equal concern and respect*<sup>208</sup>.

Nota-se que Dworkin e Alexy apresentam linhas teóricas com abertura estrutural do sistema jurídico ao mundo externo das razões não-jurídicas, pela Interdisciplinaridade com a Moral e a Política.

Destarte, outros modelos jurídicos atrelam o estudo do Direito com outras disciplinas, como: a economia; a lógica; a estatística; a psicologia; a tecnologia, dentre outras.

Em contraponto se trata da visão desenvolvida por Niklas Luhmann pela teoria geral dos sistemas autopoieticos. Em superação as teorias positivistas, argumentativas e hermeneutas, o autor considera o Direito pelo viés autopoietico, isto é, que o sistema jurídico é fechado. A autopoietica idealiza que o sistema jurídico se reinventa com base em seus próprios elementos, abarcando postura de funcionamento totalmente fechada em termos operativos, isto para que alcance eficácia em si mesmo. Assim, a teoria luhmanniana

---

<sup>208</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

abandona o sentido de que por detrás de subsistemas sociais existirá a concepção de razão estrutural em comum e no lugar disso foca em considerar a função de cada sistema separadamente. Portanto, a funcionalidade sistêmica é um esquema para dar sentido e permitir a independência de análise. O mesmo trabalhar ocorre com o sistema jurídico, processando as demandas de outros sistemas sociais, o Direito deverá apenas atuar nos limites estruturais da sua função sistêmica<sup>209</sup>.

Curial entender que a abertura da Filosofia do Direito contemporâneo aos fatos também se manifestou em teorias neo-institucionalistas e em alguns desdobramentos do realismo jurídico. O neoinstitucionalismo de Ota Weinberger e Neil MacCormick, pelo livro “A Teoria do Direito Institucional”, trata do desenvolvimento do normativismo em sentido realista, pela revolta reacionária contra o formalismo tradicional kelsiano-hartiano. Para eles, as normas não são realidades ontologicamente diferentes das realidades dos fatos empíricos. Do realismo escandinavo também se apontam os estudiosos Enrico Pattaro, Silvana Castigone e Riccardo Guastini<sup>210</sup>.

Os realistas oferecem um contraponto interessante à visão dos jusnaturalistas e juspositivistas. De acordo com o realismo jurídico, se há intento em desvendar em que consiste o Direito, indispensável prestar atenção àquilo que de fato interessa e que realmente merece ser objeto de investigação jurídica: a eficácia em analisar a atividade dos juízes<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> “La sociedad, compuesta de comunicaciones, se diferencia internamente, según su grado de evolución y desarrollo, en deferentes subsistemas sociales. Cada uno de estos subsistemas sociales es, como he indicado, un sistema autorreferente y autopoietico y tiene a los demás subsistemas como su entorno, manteniendo su clausura y su propia independencia”. In: LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990. p. 28. Ademais, “a sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros. Por isso uma compreensão adequada do caráter social do direito não pode ser alcançada apenas pela exegese e pela interpretação, e também não se esgota na busca de sua imposição. Mais que isso, a sociologia do direito deve começar indagando quanto à compatibilidade estrutural do direito” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985. p. 121.

<sup>210</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

<sup>211</sup> “Así, por ejemplo, realistas y positivistas coinciden en la búsqueda de unos planteamientos científicos capaces de generar un conocimiento objetivo de los fenómenos jurídicos y en el postulado ideológico de la separación entre derecho y moral. Sin embargo, más allá de estas concomitancias, los realistas se apartan del positivismo jurídico en aspectos fundamentales

No realismo americano, indica-se os movimentos de análise econômica do direito e o *critical legal studies* – CLS. O CLS se apresenta na percepção que os direitos e liberdades, ditos como essenciais ao indivíduo são, ao contrário, verdades funcionais servindo aos fins políticos e econômicos do liberalismo. Trata-se de uma crítica direta ao liberalismo jurídico. A teoria da análise econômica do Direito é assinada pelo Professor Richard Posner<sup>212</sup>, cujos precursores são Ronald Coase e Guido Calabresi, tal pensamento posneriano combina uma ética normativa liberal com a filosofia pragmática e um método de análise econômica<sup>213</sup>.

A teoria da análise econômica do Direito, segundo Richard Posner<sup>214</sup>, é a teoria pragmática que analisa a decisão jurídica tendo em vista promover a maximização da riqueza, no sentido de estimular a otimização de valores e expectativas financeiras em desprestígio de valorações de escrutínio moral. O enfoque é analisar as consequências da decisão judicial e viabilizar a tomada decisória considerada mais razoável para tais efeitos.

---

como la defensa de una concepción 'fáctica' de la realidad jurídica frente a la concepción predominantemente normativista del positivismo, en la identificación de las fuentes del derecho y, en general, en la defensa de una propuesta antiformalista como estrategia de acercamiento a la consideración de los fenómenos de creación y aplicación del derecho". In: CALVO GARCÍA, Manuel. **Teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 2010. p. 35.

<sup>212</sup> "A teoria democrática que este livro defende é pragmática. Não devemos ter medo do pragmatismo ou confundi-lo com cinismo ou desdém pela legalidade ou pela democracia. Seu âmago é meramente uma tendência em basear ações em fatos e consequências, em vez de conceitualismos, generalidades, crenças e slogans". In: POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 2.

"A academia não produz o conhecimento de que juízes, advogados e legisladores necessitam a fim de operar um sistema jurídico moderno, e não existe outra instituição capaz de produzi-lo. A menos que essas graves deficiências do direito acadêmico sejam sanadas, os programas ambiciosos de se aperfeiçoar o direito estão condenados ao fracasso" In: POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 626.

<sup>213</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

<sup>214</sup> "O pressuposto básico da economia que orienta a versão da análise econômica do direito que apresentarei aqui é o de que as pessoas são maximizadores racionais de suas satisfações – todas as pessoas (com exceção de crianças bem novas e das que sofrem de graves distúrbios mentais), em todas as suas atividades (exceto quando sob influência de transtornos psicóticos ou perturbações semelhantes que decorrem do abuso de álcool e drogas) que implicam uma escolha". Também, p. 474: "Deve ficar subentendido que tanto as satisfações não-monetárias quanto as monetárias entram no cálculo individual de maximização (de fato, para a maioria das pessoas o dinheiro é um meio, e não um fim), e que as decisões, para serem racionais, não precisam ser bem pensadas no nível consciente – na verdade, não precisam ser de modo algum conscientes. Não nos esqueçamos de que 'racional' denota adequação de meios a fins, e não meditação sobre as coisas, e que boa parte de nosso conhecimento é tácita". In: POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 473-474.

A prática de deliberação judicial brasileira apresenta crescente dualidade no uso de teorias jurídicas para a aplicação do direito, ora do positivismo jurídico e ora das vertentes teóricas das correntes do pós-positivismo como fundamento para a ponderação de valores do juiz<sup>215</sup>.

Em perspectiva ao cenário jurídico brasileiro, Orlando Luiz Zanon Jr.<sup>216</sup> cria a teoria complexa do direito como proposta pós-positivista a suplantar as problemáticas que alcançam o juspositivismo na era pós-moderna. Para tanto, sustenta-se que o Direito é mais decisão que coerção; é probabilidade ao invés de certeza; e é complexo e não puro. Assim, o autor define que a norma jurídica é o resultado da decisão, haja vista que se compõe através do resultado interpretativo em articular as fontes jurídicas, voltado à resolução de um problema em concreto. O ordenamento jurídico, portanto, não é um conjunto de normas, mas sim de fontes. A decisão jurídica é a implementação de uma conduta de acordo com a norma jurídica e os fenômenos de subsunção e ponderação não apresentam adequadamente a aplicação normativa, que é a articulação ou conformação de diversas fontes para construção de uma solução a um problema concreto. Assim, a Constituição não é o ápice de uma estrutura piramidal, mas sim o centro material e formal de um modelo orbital, que confere unidade ao sistema através de força centrípeta, irradiante e contramajoritária, e dentre as fontes jurídicas se indica os elementos interdisciplinares de outros ramos do conhecimento como fontes influenciadoras a serem admitidas a depender da argumentação quanto à sua relevância na espécie.

É irremediável a percepção que hoje o Direito sofre fortes influências externas. Diferentemente das estruturas decisórias fechadas que se propunha a construir sob a rege do Positivismo Jurídico, o fracionamento da Filosofia do Direito pelas correntes pós-positivistas encontra em sua maioria, a visão da

---

<sup>215</sup> “A crítica hermenêutica do Direito pretende retomar a crítica a essa dualidade do pensamento jurídico, que, por vezes, aposta no exegetismo e, por outras, no complemento subjetivismo (incluindo, nestas últimas, as teses que sustentam a ponderação de valores) [...] tem-se um nova ‘ideologia’ teórica, formulada por aqueles que ‘conseguiram’ superar esse exegetismo, colocando no lugar do juiz ‘boca da lei’ um ‘um juiz que julga conforme sua consciência’ ou ‘conforme os valores’ que ‘descobre’ por trás dos textos jurídicos [...] caracterizado pelo poder discricionário dos juizes”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.p. 933.

<sup>216</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 159-223.

decisão judicial aberta para a Interdisciplinaridade do Direito.

A aplicação do Direito se constrói diante das particularidades do caso em concreto, conhecendo dos conteúdos externos ao Direito<sup>217</sup>. Ora, os estudos interdisciplinares possibilitam ressaltar as limitações que há no saber profissional. Isto porque o treinamento e a experiência em Direito dão aos juristas um conjunto de ferramentas essencialmente casuísticas e uma percepção das doutrinas jurídicas, mas não as ferramentas de que necessitam para compreender as consequências sociais do Direito”<sup>218</sup>.

Nos últimos quarenta anos vários fenômenos ocorridos propuseram transformações muito rápidas e profundas. Aspectos que abriram novas fronteiras de estudos para a filosofia do direito. A informática, as inovações científicas, o pluralismo jurídico, os grandes fluxos migratórios dos países pobres para os países industrializados mudaram a fisionomia dos velhos Estados nacionais. Todos estes acontecimentos são fatos relevantes ao Direito. A inteligência artificial, a bioética, o multiculturalismo precisam ser enfrentados pelo Direito para regularizar seus efeitos que respaldam em consequências jurídicas<sup>219</sup>.

A interdisciplinaridade, portanto, possibilita que se aplique o Direito utilizando do conhecimento de outras disciplinas como padrão de julgamento a somar ao texto normativo, a fim de que a deliberação judicial seja formada de maneira pluridimensional. Pela Interdisciplinaridade do Direito despontam estudos como: *Law and Economics*; *Neurolaw*; Biodireito; Jurimetria; e a Inteligência Artificial no Direito.

O termo *Law and Economics* ou Direito e Economia representa um conjunto de escolas de pensamento econômico que estudam as normas e seus efeitos sobre o comportamento dos agentes econômicos ou a aplicação de

---

<sup>217</sup> A “[...] economia, história, psicologia, epistemologia e empirismo quantitativo – guardem pouca relação umas com as outras. Veremos, contudo, que elas se sobrepõem e se misturam”, assim possibilitam compreender a possibilidade da teoria do direito como campo unificado da ciência social” In: POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XXVII.

<sup>218</sup> POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 95-96.

<sup>219</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

conceitos da teoria microeconômica ao Direito. A teoria da Análise Econômica do Direito, da Escola de Chicago, é linha de pensamento advinda deste campo de estudo<sup>220</sup>.

A Neurolaw consiste em estudos interdisciplinares que relacionam o Direito e a Neurociência. O estudo do comportamento humano e do funcionamento cerebral produzem análises a fim de regular com maior precisão a produção e aplicação do Direito. Desde 1990, a Neurolaw é campo emergente de estudo que investiga o sistema nervoso humano como uma nova dimensão dos fenômenos legais. Através da incorporação de realizações da neurociência em estudos jurídicos é possível trazer uma explicação mais precisa do comportamento humano para revisar as normas legais e as decisões tomadas<sup>221</sup>.

O Biodireito surge como diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Bioética. As situações decorrentes das novas tecnologias empregadas como soluções de diversos males humanos, precisam ser regulados para resguardar os direitos individuais na aplicação das técnicas. Assim, o uso dos novos progressos tecnológicos e biomédicos trazem problemas decorrentes das relações jurídicas entre médicos, pacientes, instituições e sociedade. O Biodireito traz a juridicidade para o critério ético de análise sobre a ciência da vida e seus avanços<sup>222</sup>.

A Jurimetria é o campo interdisciplinar que analisa a aplicação de métodos quantitativos como a estatísticas ao Direito, unificando a precisão das ciências exatas ao subjetivismo das ciências humanas. Assim, Lee Loevinger criou a expressão a jurimetria para designar atividades que relacionam a investigação científica de problemas legais O uso da estatística pela estruturação de base de dados, ou pelo cruzamento de dados possibilita

---

<sup>220</sup> “Law and social norms both work to regulate behavior and, in particular, to induce patterns of behavior consistent with larger social goals.” In: MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Setven G. **Economics and the Law: from posner to postmodernism and beyond**. 2. ed. New Jersey EUA: Princeton University Press. 2006. p. 313.

<sup>221</sup> PETOFT, Arian. Neurolaw: A brief introduction. In: **Iran Journal of Neurology**. 2015; vol. 14; n.1. p. 53-58. Disponível em < <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4395810/>>. Acesso em 2018.

<sup>222</sup> SÁ, Elida Lúcia Batista. **Biodireito: inter-relação do direito e das ciências biomédicas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2. ed., 1999.

aprimorar a aplicação do Direito em três esferas: elaboração legislativa e gestão pública; instrução probatória e decisão judicial, aperfeiçoando resposta jurídica aos problemas reais<sup>223</sup>.

Outrossim, os avanços tecnológicos também possibilitaram se desenvolver a Inteligência Artificial no Direito. Este campo interdisciplinar de estudo analisa os reflexos que a computação cognitiva impactará nas relações sociais que resultam em fatos jurídicos e na dinâmica profissional de operadores jurídicos<sup>224</sup>.

Assim, a Filosofia do Direito enfrenta novas fronteiras na realidade contemporânea e dinamiza as relações do estudo do Direito com consciência dos reflexos do conhecimento interdisciplinar.

Na pós-modernidade e frente ao cenário de complexas relações sociais marcado pela era da velocidade, não é possível restringir os padrões que influenciam o magistrado em uma moldura unidimensional restritiva as regras, que desconsidera a realidade social encontrada a sua volta.

Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

---

<sup>223</sup> "Thus the term "jurimetrics" has been suggested, and is gaining some use, as a designation for the activities involving scientific investigation of legal problems. [...] Jurisprudence is primarily an undertaking of rationalism; jurimetrics is an effort to utilize the methods of science in the field of law. The conclusions of jurisprudence are merely debatable; the conclusions of jurimetrics are testable. Jurisprudence cogitates essence and ends and values. Jurimetrics investigates methods of inquiry." In: LOEVINGER, Lee. **Jurimetrics**: the methodology of legal inquiry. In: Law & Contemp. Probs. v. 28, 1963. Disponível em <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2945&context=lcp>>. Acesso em 2018.

<sup>224</sup> Em constante e abrupta velocidade é o crescimento das aplicações de tecnologia de IA e seus marcos algoritmos. A incontestável e crescente importância da IA nos últimos anos é consequência das instigantes conquistas científicas e suas possibilidades de aplicação, algumas delas com grande sucesso comercial. Ocorrem o desenvolvimento de tecnologias para robôs; para exploração interplanetária; prática de reconhecimento de fala; tradução automática; veículos autônomos; robótica de uso doméstico, entre inúmeros outros recursos. In: NORVIG, Peter; RUSSELL, Stuart. **Inteligência Artificial**. 3. Ed. São Paulo: Elsevier, 2013. p. 5-15

## CAPÍTULO 2

### O DIREITO E A INTERDISCIPLINARIDADE

Pela análise evolutiva da Filosofia Jurídica se constata que o paradigma construído apresenta problemas que precisam ser auferidos para alcançar a realidade finalística da aplicação do Direito, isto porque é cético separar a norma de seus valores axiológicos e distorcido afirmar que a carga de conhecimentos interdisciplinares não é determinante para formar a interpretação jurídica. Ora, os “pensadores do direito precisam prestar mais atenção aos fatos e a outras considerações práticas e empíricas relacionadas a políticas legais. Esse *insight* impulsionou o crescimento de estudos interdisciplinares do direito”, segundo Richard Posner<sup>225</sup>.

A perspectiva de crise do positivismo jurídico e o conseqüente levante pós-positivista permitem exsurgir a superação do modelo de separação entre o Direito e a Moral, isto mediante a abertura do debate filosófico-jurídico contemporâneo aos valores éticos-políticos. O obscurecer do juspositivismo como pensamento formalista do Direito fomentou o surgimento de novas teorias jurídicas e o clarejar de novos influxos na aplicação do Direito.

Pela abordagem em escorço, a indagação capítular é: A interdisciplinaridade<sup>226</sup> é argumento válido a ser aplicado na produção da decisão judicial?

Na pós-modernidade e num cenário de complexas relações sociais, marcados pela era da velocidade, não é possível restringir os padrões que influenciam o magistrado a uma moldura fechada, que desconsidera a realidade social que se encontra a sua volta.

A interdisciplinaridade pressupõe uma abertura por parte do jurista que deve estar suscetível às influências de novos ramos do saber. Ademais, a

---

<sup>225</sup> POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 245.

<sup>226</sup> A Interdisciplinaridade se conceitua como “a intersecção de dois ou mais ramos científicos, para fins de investigação de determinado fenômeno sem sujeição às limitações decorrentes da fragmentação do conhecimento”. In: ZANON JR. Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. Florianópolis: Empório do direito, 2016. p 228.



visão interdisciplinar reflete a tendência de mudança de paradigmas na interpretação do Direito, passando da ótica positivista restrita e fechada para uma concepção fenomenológica que impõe mais atitude ao hermenauta.

Assim, a discussão sobre o Direito e sua interdisciplinaridade é fruto da possibilidade de abertura do sistema jurídico<sup>227</sup>, pela consecução de compreender a teoria da decisão judicial com incidência argumentativa como critério decisório de outras fontes que não são a norma jurídica. De acordo com Posner, “a progressiva dissolução das fronteiras entre as diferentes áreas do conhecimento é uma tendência cada vez mais forte no campo da pesquisa acadêmica em geral”<sup>228</sup>. Trata-se de superar a rasa observação de que existem critérios marginalizados ao núcleo central das normas que influenciam a decisão, para denominar a interdisciplinaridade também como fonte legítima a incidir na função judicante.

Isolar o Direito foi inegavelmente importante para construir conhecimento científico de sua base, mas hoje disciplinar o Direito depende de sua estrutura conceptual em ser o instrumento de regulação da harmonia social, para tanto, Jurgen Habermas afirma que: “o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficientemente num universo hermeticamente fechado do direito vigente”. O Direito é produto da construção artificial da sociedade, ou seja, nasce das fontes sociais e não de fontes da natureza, e para tanto, o Direito “precisa manter-se aberto a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas de direito”<sup>229</sup>.

Ora, os estudos interdisciplinares possibilitaram ressaltar as limitações que há no saber profissional. O treinamento e a experiência em Direito dão aos juristas um conjunto de ferramentas essencialmente casuísticas e uma

---

<sup>227</sup>“No âmbito de abertura do direito, tudo aquilo em que se apoia e/ou deve apoiar-se quem aplica o direito para satisfazer a pretensão à correção integra o direito. Assim, os princípios – ainda que não possam ser identificados como princípios jurídicos em virtude dos critérios de validade da constituição – e outros argumentos normativos que fundamentam a decisão tornam-se componentes do direito”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 154-155

<sup>228</sup> POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 496.

<sup>229</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 287.

percepção das doutrinas jurídicas, mas não as ferramentas de que necessitam para compreender as consequências sociais do direito<sup>230</sup>.

Ao constatar que a República Federativa do Brasil já não pode mais ser considerada como país periférico, que meramente importa teorias aplicadas em outros países, o jurista Orlando Luiz Zanon Jr. buscou enfrentar a realidade judicante do ordenamento jurídico brasileiro na contemporaneidade, consciente dos fatores interdisciplinares incidentes na descoberta da decisão judicial pelo juiz. Assim, culminou em construir nova teoria para a Ciência Jurídica que impulsiona a perspectiva da teoria da decisão judicial pautada na lei, mais também nos reflexos da moralidade e da eticidade, no conhecimento assimilado e nas informações interdisciplinares que determinam a convicção formada pelo intérprete. Por este raciocínio, o jurista Orlando Luiz Zanon Jr.<sup>231</sup> constata que:

restou confirmada a aceitação de que, a um, o Direito é um produto artificial da Sociedade (consoante a teoria social das fontes herdada do Juspositivismo), a dois, a moralidade e a eticidade refluem sobre a juridicidade, a três, o intérprete é influenciado pela integralidade do conhecimento assimilado, a quatro, a carga de informações interdisciplinares é determinante sobre o resultado da interpretação, e, a cinco, a função precípua do Direito é promover a segurança jurídica mediante a redução da capacidade decisória e o aumento da previsibilidade. A conjunção deste plexo teórico implica o deslocamento do tema da legitimidade para o centro da teoria das Fontes Jurídicas, haja vista que a grande questão a ser resolvida passa a ser a delimitação de quais argumentos podem ser lididamente empregados para tomada de Decisões Jurídicas em uma determinada comunidade.

Destarte, o nascedouro do que se busca definir como ciência para o Direito visualiza um cenário de instrumentalização dos ideais sociais e políticos, pois o processo evolutivo da Teoria Política tem fulcral importância para definir o destino que a Teoria Jurídica apresentará. Os aspectos políticos refletem nas fontes sociais que as leis instrumentalizam, bem como retratará o poder concedido às instituições jurídicas e ao viés de legitimidade democrática que se insere na função judicante.

A descaracterização do Direito pela visão unidimensional tem crescido a ponto que os tribunais brasileiros citam a teoria jurídica de maneira

---

<sup>230</sup>POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 95-96.

<sup>231</sup> ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 333.

variada, ora mencionam as vertentes clássicas do positivismo jurídico em Kelsen e Hart, ora mencionam preceitos pós-positivistas, como Ronald Dworkin e principalmente Robert Alexy, entre outros. Assim, o dualismo entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo jurídico é constatável na prática do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Para a constatação da prática dualista entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo, além do desenvolvimento da Filosofia do Direito apresentado, há o pressuposto fático de visualizar a abertura do ordenamento jurídico brasileiro para a visão pluridimensional através do que se reflete nas decisões judiciais. Em quadro de cunho quantitativo, ao realizar pesquisa de jurisprudência na base de dados virtual do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, as decisões judiciais indicam autores e suas principais obras a embasar teorias jurídicas distintas, tanto do contexto juspositivista, quanto do viés pós-positivista, em que servem como doutrina de base para formar a fundamentação jurídica das decisões judiciais<sup>232</sup>.

Em pesquisa da aplicação do jusnaturalismo contemporâneo nas decisões judiciais do STF, vertente de pensamento que se representou na busca por John Finnis e sua teoria jurídica sustentada na obra “Lei Natural e Direitos Naturais”, observa-se que não se encontrou na jurisprudência do STF qualquer decisão que se utilizasse do autor como fundamento doutrinário apontado na decisão judicial. Portanto, o jusnaturalismo contemporâneo encontra defesa entre alguns filósofos jurídicos brasileiros, porém não abarca consistência realística na prática jurisdicional do dito órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Veja-se quadro sintético infra colacionado:

---

<sup>232</sup> O STF possui website oficial com base de dados virtual de jurisprudência, a qual divulga suas decisões judiciais e possibilita livre pesquisa à sociedade. O website do STF informa que a base contém decisões judiciais monocráticas e de presidência selecionadas, não compondo toda jurisprudência do órgão para consulta neste teor, mas corresponde a considerável acervo disponível, com os principais precedentes do corte constitucional brasileira, cujo acesso já possibilita grande relevo quantitativo da caminhada de suas decisões judiciais até a atualidade. As informações estão disponíveis no < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. O quadro quantitativo jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal se apresenta como Tabela 1.

**QUADRO QUANTITATIVO JURISPRUDENCIAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**  
**Aspectos gerais do dualismo entre o Positivismo Jurídico e Pós-positivismo jurídico**  
**na prática jurisdicional do STF**

**Tabela 1**

MODELO	TEORIA JURÍDICA		N. DECISÃO STF	PROCESSO STF - ANO
<b>JUSPOSITIVISTA</b>	AUTOR	Hans Kelsen	72 acórdãos do STF mencionam Hans Kelsen em seus fundamentos, de tais acórdãos 30 referenciam as obras "Teoria Pura do Direito" e "Teoria geral das Normas", de autoria de Hans Kelsen como doutrina utilizada na decisão judicial.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. HC 152752 / PR - 2018</li> <li>2. RE 898450 / SP - 2016</li> <li>3. RHC 131544 / PR - 2016</li> <li>4. HC 122694 / SP - 2014</li> <li>5. MI 5470 AgR / DF - 2014</li> <li>6. MI 5926 AgR / DF - 2014</li> <li>7. ADI 4040 / DF - 2013</li> <li>8. RE 405386 / RJ - 2013</li> <li>9. MI 743 ED / DF - 2013</li> <li>10. MS 30585 / DF - 2013</li> <li>11. ADPF 54 / DF - 2012</li> <li>12. ADI 4078 / DF - 2011</li> <li>13. RE 633703 / MG - 2011</li> <li>14. Rcl 7358 / SP - 2011</li> <li>15. Pet 3388 / RR - 2009</li> <li>16. ADI 3510 / DF - 2008</li> <li>17. MI 712 / PA - 2007</li> <li>18. MI 670 / ES - 2007</li> <li>19. RE 479887 / RJ - 2007</li> <li>20. RE 353657 / PR - 2007</li> <li>21. RE 370682 / SC - 2007</li> <li>22. ADI 3682 / MT - 2007</li> <li>23. ADI 1231 / DF - 2005</li> <li>24. ADI 2797 / DF - 2009</li> <li>25. ADI 1396 / SC - 1998</li> <li>26. MI 472 / DF - 1995</li> <li>27. MI 470 / RJ - 1995</li> <li>28. ADI 74 MC / RN - 1992</li> <li>29. ADI 587 / MG - 1991</li> <li>30. MI 107 QO / DF - 1990</li> </ol>
	TEORIA JURÍDICA	Juspositivismo Excludente		
	BUSCA PALAVRA-CHAVE	"HANS, Kelsen" "Kelsen"		
	OBRAS	"Teoria Pura do Direito"; Teoria geral das Normas"		
	AUTOR	Herbert Lionel Adolphus Hart	28 acórdãos do STF mencionam 'Hart', destes são 3 acórdãos do STF que mencionam Herbert Hart e referenciam em seus fundamentos a obra "O conceito do direito" como doutrina utilizada na decisão judicial.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <a href="#">ADI 4093</a> / SP - 2014</li> <li>2. <a href="#">ADI 4954</a> / AC - 2014</li> <li>3. <a href="#">ADPF 54</a> / DF - 2012</li> </ol>
	TEORIA JURÍDICA	Juspositivismo Incluyente		
	BUSCA PALAVRA-CHAVE	"Herbet, HART" "Hart"		
	OBRAS	"O conceito do direito"		
	AUTOR	Noberto Bobbio	87 acórdãos do STF mencionam Noberto Bobbio e 34 acórdãos referenciam em seus fundamentos as obras como "Teoria do Ordenamento Jurídico", "Teoria da norma jurídica", "Teoria Geral do Direito", e o "O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito", todas de autoria de Norberto Bobbio, como doutrina utilizada na decisão judicial.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. <a href="#">MS 33046</a> / PR - 2017</li> <li>2. <a href="#">Rcl 28147 AgR</a> / MS - 2017</li> <li>3. <a href="#">RE 636331</a> / RJ - 2017</li> <li>4. <a href="#">ARE 766618</a> / SP - 2017</li> <li>5. <a href="#">RE 651703</a> / PR - 2016</li> <li>6. <a href="#">HC 118533</a> / MS - 2016</li> <li>7. <a href="#">HC 127900</a> / AM - 2016</li> <li>8. <a href="#">EP 12 ProgReg-AgR</a> / DF - 2015</li> <li>9. <a href="#">MS 33046</a> / PR - 2015</li> <li>10. <a href="#">ADPF 132</a> / RJ - 2014</li> <li>11. <a href="#">AP 470 AgR-vigésimo quinto</a> - 2013</li> <li>12. <a href="#">RE 351750</a> / RJ - 2009</li> <li>13. <a href="#">RE 575144</a> / DF - 2008</li> <li>14. <a href="#">RE 377457</a> / PR - 2008</li> <li>15. <a href="#">RE 387047</a> / SC - 2008</li> <li>16. <a href="#">MS 26602</a> / DF - 2007</li> <li>17. <a href="#">MS 26603</a> / DF - 2007</li> <li>18. <a href="#">MS 26604</a> / DF - 2007</li> <li>19. <a href="#">ADI 3105</a> / DF - 2007</li> <li>20. <a href="#">MI 712</a> / PA - 2007</li> <li>21. <a href="#">MI 670</a> / ES - 2007</li> <li>22. <a href="#">RE 415454</a> / SC - 2007</li> <li>23. <a href="#">RE 215107 AgR</a> / PR - 2006</li> <li>24. <a href="#">ADI 2591</a> / DF - 2006</li> <li>25. <a href="#">ADI 3128</a> / DF - 2004</li> <li>26. <a href="#">ADI 2993</a> / MG - 2003</li> <li>27. <a href="#">ADI 2345 MC</a> / SC - 2002</li> <li>28. <a href="#">RMS 22470 AgR</a> / SP - 1996</li> <li>29. <a href="#">Ext 662 QO</a> / PU - 1996</li> <li>30. <a href="#">ADI 1050 MC</a> / SC - 1994</li> <li>31. <a href="#">MI 284</a> / DF - 1991</li> <li>32. <a href="#">MS 21564</a> / DF - 1992</li> <li>33. <a href="#">HC 68793</a> / RJ - 1992</li> <li>34. <a href="#">ADI 74 MC</a> / RN - 1992</li> </ol>
	TEORIA JURÍDICA	Juspositivismo Incluyente		
	BUSCA PALAVRA-CHAVE	"BOBBIO" "Norberto Bobbio"		
	OBRAS	"Teoria do Ordenamento Jurídico", "Teoria da norma jurídica", "Teoria Geral do Direito", "O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito"		

<b>NEOPOSITIVISTA</b>	AUTOR	Luigi Ferrajoli	30 acórdãos do STF mencionam Luigi Ferrajoli e 27 acórdãos referenciam em seus fundamentos, as obras: "Direito e Razão: teoria do garantismo penal"; "Garantismo: Uma discussão sobre direito e democracia" e "O Direito como sistema de garantias", como doutrinas utilizadas na decisão judicial.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. RE 638491 / PR - 2017</li> <li>2. Pet 6351 AgR / DF - 2017</li> <li>3. ADI 5487 / DF - 2016</li> <li>4. ADI 5577 / DF - 2016</li> <li>5. HC 127900 / AM - 2016</li> <li>6. HC 126869 / RS - 2015</li> <li>7. RE 586224 / SP - 2015</li> <li>8. HC 111567 AgR / AM - 2014</li> <li>9. MS 23262 / DF - 2014</li> <li>10. AP 470 / MG - 2014</li> <li>11. ADI 4414 / AL - 2012</li> <li>12. ADC 29 / DF - 2012</li> <li>13. ADC 30 / DF - 2012</li> <li>14. ADI 4578 / AC - 2011</li> <li>15. RE 631102 / PA - 2011</li> <li>16. RE 630147 / DF - 2010</li> <li>17. HC 95009 / SP - 2008</li> <li>18. HC 94016 / SP - 2008</li> <li>19. ADPF 144 / DF - 2008</li> <li>20. HC 84223 segundo julgamento / RS - 2008</li> <li>21. HC 88914 / SP - 2007</li> <li>22. ADI 3112 / DF - 2007</li> <li>23. HC 87343 / SP - 2007</li> <li>24. HC 84311 / SP - 2007</li> <li>25. ADI 3684 MC / DF - 2007</li> <li>26. HC 87041 / PA - 2006</li> <li>27. RHC 81057 / SP - 2004</li> </ol>
	TEORIA JURÍDICA	Juspositivismo reforçado		
	BUSCA PALAVRA-CHAVE	"Ferrajoli"		
	OBRAS	"Direito e Razão: teoria do garantismo penal". "Garantismo: Uma discussão sobre direito e democracia". "O Direito como sistema de garantias".		
<b>PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO</b>	AUTOR	Robert Alexy	71 acórdãos do STF mencionam Robert Alexy, dentre os quais 62 acórdãos referenciam em seus fundamentos as obras "Teoria dos Direitos Fundamentais" e "Constitucionalismo discursivo" como doutrinas utilizadas na decisão judicial.	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. ADI 4923 / DF - 2017</li> <li>2. ADI 5526 / DF - 2017</li> <li>3. AC 4327 AgR-terceiro-AgR / DF 2017</li> <li>4. RE 870947 / SE - 2017</li> <li>5. ADI 4066 / DF - 2017</li> <li>6. RE 638491 / PR - 2017</li> <li>7. ADI 5062 / DF - 2016</li> <li>8. ADI 4983 / CE - 2016</li> <li>9. ADI 5491 / DF - 2016</li> <li>10. ADI 5488 / DF - 2016</li> <li>11. ADI 5423 / DF - 2016</li> <li>12. ADI 5487 / DF - 2016</li> <li>13. ADI 5577 / DF - 2016</li> <li>14. HC 124306 / RJ - 2016</li> <li>15. RE 841526 / RS - 2016</li> <li>16. ADPF 378 MC / DF - 2015</li> <li>17. ADI 5394 MC / DF - 2015</li> <li>18. ADI 4650 / DF - 2015</li> <li>19. ADI 5240 / SP - 2015</li> <li>20. ADI 4815 / DF - 2015</li> <li>21. RE 586224 / SP - 2015</li> <li>22. HC 122694 / SP - 2014</li> <li>23. RE 635739 / AL - 2014</li> <li>24. RE 583523 / RS - 2013</li> <li>25. AP 470 AgR-vigésimo quinto /MG 2013</li> <li>26. ADI 1842 / RJ - 2013</li> <li>27. ADPF 186 / DF - 2012</li> <li>28. DPF 54 / DF - 2012</li> <li>29. ADI 4029 / AM - 2012</li> <li>30. MS 28594 / DF - 2011</li> <li>31. MS 28603 / DF - 2011</li> <li>32. RE 363889 / DF - 2011</li> <li>33. ADPF 132 / RJ - 2011</li> <li>34. ADI 4277 / DF - 2011</li> <li>35. HC 93930 / RJ - 2010</li> <li>36. ADI 4451 MC-REF / DF - 2010</li> <li>37. SL 47 AgR / PE - 2010</li> <li>38. STA 175 AgR / CE - 2010</li> <li>39. RE 511961 / SP - 2009</li> <li>40. ADPF 130 / DF - 2009</li> <li>41. HC 84078 / MG - 2009</li> <li>42. RE 466343 / SP - 2008</li> <li>43. RE 349703 / RS - 2008</li> </ol>
	TEORIA JURÍDICA	Neoconstitucionalista		
	BUSCA PALAVRA-CHAVE	"Alexy" "ALEXY, Robert"		
	OBRAS	"Teoria dos Direitos Fundamentais"; "Constitucionalismo discursivo"		

**PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO**

				44. ADPF 144 / DF - 2008 45. ADI 2716 / RO - 2007 46. ADI 3070 / RN - 2007 47. ADI 3976 MC / SP – 2007 48. ADI 3853 / MS - 2007 49. ADI 1923 MC / DF - 2007 50. ADI 3689 / PA - 2007 51. ADI 3489 / SC - 2007 52. ADI 3316 / MT - 2007 53. ADI 2240 / BA - 2007 54. RE 146331 EDv / SP - 2006 55. ADI 3305 / DF - 2006 56. HC 82959 / SP – 2006 57. HC 84862 / RS - 2005 58. ADI 3324 / DF - 2004 59. ADI 3105 / DF - 2004 60. HC 82424 / RS - 2003 61. MS 24547 / DF - 2003
AUTOR	Ronald Dworkin		28 acórdãos mencionam do STF mencionam Ronald Dworkin e 13 acórdãos o referenciam em seus fundamentos as obras: “O Império do Direito” e “Levando o Direito a sério” como doutrinas utilizadas na decisão judicial.	1. HC 152752 / PR - 2018 2. Rcl 22328 / RJ - 2018 3. ADC 41 / DF - 2017 4. RE 638491 / PR - 2017 5. RHC 131544 / PR - 2016 6. RE 778889 / PE - 2016 7. HC 126292 / SP - 2016 8. ADI 4815 / DF - 2015 9. ADPF 186 / DF - 2012 10. ADPF 54 / DF - 2012 11. ADI 4638 MC-Ref / DF - 2012 12. ADI 4264 MC / PE - 2011 13. HC 84078 / MG - 2009
TEORIA JURÍDICA				
BUSCA PALAVRA-CHAVE	“Dworkin” “Dworkin, Ronald”			
OBRAS	“O Império do Direito”. “Levando o Direito a sério”			
AUTOR	Richard Posner		12 acórdãos mencionam do STF mencionam Richard Posner e 9 acórdãos referenciam em seus fundamentos as obras: “How judges think”; “The economic approach to law”; “Law, Pragmatism and Democracy”; e “Economic Analysis of Law” como doutrinas utilizadas na decisão judicial.	1. RE 574706 / PR - 2017 2. RE 661256 / SC - 2016 3. RE 827833 / SC - 2016 4. RE 848826 / CE - 2016 5. RE 240785 / MG - 2014 6. ADI 2340 / SC - 2013 7. ADI 1842 / RJ - 2013 8. ADI 2077 MC / BA - 2013 9. AP 470 / MG - 2012
TEORIA JURÍDICA				
BUSCA PALAVRA-CHAVE	“Posner” “Richard Posner”			
OBRAS	“How judges think”, “The economic approach to law” “Law, Pragmatism and Democracy”, “Economic Analysis of Law”			
AUTOR	Lênio Luiz Streck		52 acórdãos do STF mencionam Lênio Luiz Streck e 16 acórdãos referenciam em seus fundamentos, as obras: “Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito” e “Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas” como doutrinas utilizadas na decisão judicial.	1. AR 2436 AgR / SC - 2017 2. Rcl 14872 / DF - 2016 3. ADI 2418 / DF - 2016 4. ADI 5127 / DF - 2015 5. Rcl 4335 / AC – 2014 6. HC 104410 / RS - 2012 7. HC 96759 / CE - 2012 8. HC 102087 / MG - 2011 9. RE 600885 / RS - 2011 10. ADI 4451 MC-REF / DF – 2010 11. RE 353508 AgR / RJ - 2007 12. AI 589789 AgR / RJ - 2006 13. AI 582280 AgR / RJ - 2006 14. RE 395902 AgR / RJ - 2006 15. AI 453071 AgR / RJ - 2006 16. RE 341717 AgR / SP – 2003
TEORIA JURÍDICA				
BUSCA PALAVRA-CHAVE	“Streck” “Streck, Lênio Luiz”			
OBRAS	“Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito”; “Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas”			
Observação: Utilizando-se recursos de pesquisa voltados para as Teoria Jurídicas citadas no desenvolvimento científico, apontas-se que nenhum julgado do STF com os enfoques da pesquisa foi encontrado para os seguintes perfis de busca: 1. Teoria Jurídica de Manuel Atienza, com a busca em palavra-chave “Atienza”; 2. Teoria Jurídica de Orlando Luiz Zanon Jr., com a busca em palavra-chave “Zanon”; 3. Teoria Jurídica de John Finnis, com a busca em palavra-chave “Finnis”.				

Tabela 1

Em pesquisa sobre a aplicação do positivismo jurídico nas decisões judiciais do STF, observa-se Hans Kelsen, Herbert Hart e Norberto Bobbio. No que se refere a teoria juspositivista pautada em Hans Kelsen, aponta-se 72 (setenta e dois) acórdãos que o mencionam em seus fundamentos, e de tal número, 30 (trinta) acórdãos se referenciam as obras “Teoria Pura do Direito” e “Teoria geral das Normas” como doutrinas utilizadas nos fundamentos da decisão judicial da Supremo Tribunal do Brasil. Sobre a teoria juspositivista hartiana, o autor é apontado em 28 (vinte e oito) acórdãos do STF, dentre os quais 3 (três) acórdãos mencionam Herbert Hart e também referenciam em seus fundamentos a obra “O conceito do direito” como doutrina de base utilizada nos fundamentos da decisão judicial. Assinala-se que a teoria juspositivista de Kelsen foi desenvolvida para sistema jurídico legislado (*civil law*) e a teoria juspositivista de Hart criada em vista de sistema jurídico consuetudinário (*common law*), isto conforme o ordenamento jurídico presente em seu contexto social de estudo. O ordenamento jurídico brasileiro apresenta a peculiaridade de se constituir com características de ambos os sistemas, *civil law* e *common law*, porquanto além de se formar por sistema legislado, também se prepondera dos precedentes para respaldar a segurança jurídica. Fato que reflete as teorias juspositivistas kelsiana e hartiana serem adotadas na prática jurisdicional brasileira, apesar de comporem sistemas jurídicos distintos. Ademais, tal reflexo demonstra que o sistema legal tem mais vigor, o que justifica a uso da teoria kelsiana ser consideravelmente maior como doutrina de fundamento utilizada nas decisões judiciais do STF. A versão bobbiana da teoria juspositivista, por sua vez, apresenta densidade na prática deliberativa do Órgão de Cúpula. Aponta-se 87 (oitenta e sete) acórdãos do STF que mencionam Norberto Bobbio e destes, 34 (trinta e quatro) acórdãos referenciam em seus fundamentos as obras como “Teoria do Ordenamento Jurídico”, “Teoria da norma jurídica”, “Teoria Geral do Direito”, e o “O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito”, tais como as doutrinas de base nas suas decisões judiciais proferidas.

Consabido que o STF constitui órgão que se atribui guarda da Constituição, acionável pelas tutelas jurisdicionais de violação aos preceitos constitucionais. Assim grande volume de matérias o legitima proteger, porquanto a CRFB/1988 constituiu extenso rol de direitos. Por compor diversos direitos fundamentais, decorrem muitas tutelas jurisdicionais sobre a consecução de

garantias individuais acessando o Poder Judiciário. Tal busca sugere a inclinação em motivar as decisões judiciais através de novas Teorias Jurídicas, além do positivismo jurídico clássico, para focar na materialidade do texto normativo.

Assim, a busca pelo Direito como instrumento de tutela aos direitos dispostos como garantias constitucionais encontra sucedâneo nos ideais da teoria neopositivista do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli, principalmente o garantismo penal. Em pesquisa da aplicação do neopositivismo jurídico nas decisões judiciais do STF, 30 (trinta) acórdãos mencionam Luigi Ferrajoli, dentre os quais 27 (vinte e sete) o citam como doutrina aplicada nos fundamentos da decisão judicial. São as obras referenciadas: “Direito e Razão: teoria do garantismo penal”; “Garantismo: Uma discussão sobre direito e democracia”, e “O Direito como sistema de garantias”, obras que expõem a teoria neopositivista do garantismo jurídico.

Ora, a CRFB/1988 inaugura o constitucionalismo contemporâneo na Teoria Política do Brasil. Segundo Ronald Dworkin, a efetividade do constitucionalismo se perfaz no posicionamento ativo dos tribunais a fim de julgar as cláusulas constitucionais consideradas vagas de acordo com a visão moral da sociedade contemporânea, respeitando a moralidade política e alcançando a legitimidade democrática da função judicante, a fim de proteger os interesses das minorias<sup>233</sup>. Dworkin produziu as primeiras críticas de ruptura ao modelo juspositivista, pois inferiu a essencialidade da Moral no Direito. Em análise ao sistema jurídico consuetudinário norte-americano (common law), fortemente de precedentes, o autor aponta que os problemas de Teoria do Direito possuem estrita relação com a moralidade política, não se tratando de problemas

---

<sup>233</sup> “O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso. [...] O constitucionalismo – a teoria segundo a qual os poderes da maioria devem ser limitados para que se protejam os direitos individuais – pode ser uma teoria política boa ou má, mas foi adotada pelos Estados Unidos, e não parece justo ou coerente permitir que a maioria julgue em causa própria. Dessa forma, os princípios de justiça parecem posicionar-se contra o argumento derivado da democracia, e não a seu favor”. [...] Portanto, um tribunal que assume o ônus de aplicar plenamente tais cláusulas como lei deve ser um tribunal ativista, no sentido de que ele deve estar preparado para formular questões de moralidade política e dar-lhes uma resposta”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 215-231.



relacionáveis a estratégias ou fatos jurídicos, portanto insolúvel apenas em tal esfera<sup>234</sup>.

Em pesquisa da aplicação do pós-positivismo jurídico nas decisões judiciais do STF, 28 (vinte e oito) acórdãos mencionam Ronald Dworkin, destes 13 (treze) acórdãos referenciam em seus fundamentos as obras: “O Império do Direito” e “Levando o Direito a sério”, isto como doutrina de base nas suas decisões judiciais proferidas.

Ademais, a CRFB/1988 inaugura teor com vários princípios dispostos como preceitos constitucionais. Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro compreende densa base principiológica conjunta ao seu sistema legislado, o que faz olhar para a necessidade de Teoria do Direito aberta a compreensão dos princípios inseridos no sistema jurídico. Os princípios jurídicos já não são mais vistos como mero fator de influência do julgador, isto é, um instrumento à margem dos fundamentos da decisão judicial, como descrito pela visão hartiana de norma jurídica, mas sim como parte do núcleo central na aplicação do direito.

Desta feita, a teoria da argumentação jurídica desenvolvida por Robert Alexy, que operacionalizou a aplicação dos princípios jurídicos pela teoria da ponderação, é largamente aceita nos tribunais brasileiros, tal fato é reflexivo no STF. Em pesquisa da aplicação do pós-positivismo jurídico nas decisões judiciais do STF, 71 (setenta e um) acórdãos mencionam Robert Alexy, dentre os quais 62 acórdãos utilizam as obras: “Teoria dos Direitos Fundamentais” e “Constitucionalismo discursivo” como fundamento doutrinário de suas decisões judiciais. Trata-se da corrente pós-positivista mais predominante na prática jurisdicional do órgão de cúpula.

No mesmo movimento reflexivo, o pós-positivismo jurídico desponta nos tribunais pelas teorias jurídicas de Richard Posner e do jurista brasileiro Lênio Luiz Streck. Pela perspectiva pragmática aplicável na prática jurisdicional do STF, 12 (doze) acórdãos mencionam o autor Richard Posner em seu corpo de decisões, dentre os quais 9 (nove) acórdãos citam o mesmo e

---

<sup>234</sup> “Assim, as diversas correntes de abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 12.

referenciam suas obras: “*How judges think*”; “*The economic approach to law*”; “Direito, pragmatismo e democracia”; e ainda, “Análise Econômica do Direito”, todas como doutrinas de base ao fundamento da decisão judicial. Na perspectiva da hermenêutica jurídica, 52 (cinquenta e dois) acórdãos mencionam Lênio Luiz Streck em suas decisões judiciais, das quais 25 (vinte e cinco) acórdãos referenciam as obras “Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica ao direito” e “Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas” como doutrina aplicada nos argumentos da decisão judicial.

O quadro quantitativo em observância<sup>235</sup>, ainda que sem análise dos fundamentos decisórios, constrói aspectos gerais que permitem observar os precedentes advindos do STF como posicionamentos que pendem de maneira contingencial entre pautas de argumentos juspositivistas e pós-positivistas. Severa complexidade há de se firmar única Teoria Jurídica na prática jurisdicional brasileira e isto é reflexivo ao cenário de transição paradigmática que a Filosofia do Direito vem rompendo, isto além dos limites internos de cada sistema jurídico adotado.

Ainda que não constitua problema apenas de natureza intrínseca, cada ordenamento jurídico haverá de mitigar a volatilidade de suas decisões judiciais e trazer maior segurança jurídica se a Teoria do Direito for pensada estritamente para as necessidades do contexto sócio-político que constrói o ordenamento jurídico interno, buscando em que lugar do dualismo se encontra o ordenamento jurídico brasileiro, como é objeto do caso em análise.

Curial achar o ponto de equilíbrio. Não ignorar o desenvolvimento da Ciência Jurídica, e observar os avanços de outros sistemas jurídicos aos novos anseios da complexa sociedade contemporânea. Ao mesmo passo que não se aderirá a simples posição de transplantar teorias jurídicas destoantes do cenário jurídico interno.

Oportunamente, pondera-se que há diferença entre ser adepto de determinada corrente de teoria jurídica –, jusnaturalista pela teoria de Finnis, ou juspositivista pela teoria hartiana, ou juspositivista pela teoria kelsiana, ou neopositivista pela teoria de ferrajoli, ou pós-positivista pela teoria dworkinana, ou ainda pós-positivista pela teoria alexyana, etc. – e apenas se utilizar de

---

<sup>235</sup> Observa-se o quadro na Tabela 1.

interpretação jurídica com enfoque de análise em determinada corrente, sem romper com a axiológica jurídica em quadrante de outra Teoria do Direito fixada.

Assim, exemplifica-se que o jurista de posicionamento pós-positivista mais tendente a teoria de Alexy pode se utilizar de interpretação jurídica de cunho pragmático pelo viés econômico sem se tornar adepto a análise econômica do direito, Teoria Jurídica construída por Posner. Trazendo à luz o caso, o jurista pós-positivista com tendência a teoria alexyana apregoa a ingerência moral para corrigir a aplicação do Direito e considera a diferença entre regras e princípios, estes como mandamentos de otimização, aplicáveis por ponderação e aqueles como mandamentos definitivos, aplicáveis por subsunção, e para ponderar os princípios faz uso da proporcionalidade e da lei da colisão. Frente ao cerne de lide que envolva resultados preponderantes na economia de sua sociedade, é viável que o jurista aplique o direito nos conformes da teoria jurídica do qual comunga, dando relevância em ponderar pelo princípio econômico, aplique a regra mediante subsunção e a interprete do modo que a a decisão judicial siga critério pragmático da economia para sua solução. A decisão judicial do dito jurista não resvalará na visão posneriana de que a decisão judicial é pautada na análise de maximização de riquezas, a qual aceita a inobservância de estatutos escritos e de precedentes jurisprudenciais anteriores desde que seja pela promoção de consequências sistêmicas razoáveis. Com isso, alerta-se que as vertentes interpretativas podem variar, mas a integridade da aplicação do Direito se perfaz na observância dos principais postulados que nuclearam a Teoria Jurídica que desponta como a base do sistema jurídico adotado em cada ordenamento.

Compreender a estabilidade das bases teóricas que norteiam o Direito é o ponto fulcral que permitirá saber se há a possibilidade de abertura do sistema jurídico para as demais disciplinas nos fundamentos da decisão judicial, bem como analisar os limites das ingerências interdisciplinares para aplicação do direito.

Um sistema jurídico que adote Teoria de Direito com postulados fechados abrangerá zero incidência de conhecimentos interdisciplinares dentro da decisão judicial como ponto argumentativo do intento decisório. Entretanto, um ordenamento que adote Teoria de Direito com sistema jurídico aberto precisará delinear os níveis de abertura que a interdisciplinaridade implicará no

processo decisório.

Curial entender que o estudo da teoria jurídica no positivismo jurídico pressupõe indagar as influências externas para saber a finalidade da norma. A interpretação de elementos problemáticos dependerá da análise de outros conteúdos disciplinares, “as características fronteiriças da teoria do direito impõem uma abordagem interdisciplinar e comparativa que permite a crítica (e autocrítica)”, aduz Dimitri Dimoulis<sup>236</sup>, mas a interdisciplinaridade da teoria jurídica não é o mesmo que afirmar a aceitação da interdisciplinaridade do direito, pois esta infere o sentido de incluir os conhecimentos interdisciplinares como legítimo critério de fundamentação na decisão judicial sem resvalar na derrotabilidade da norma.

Afinal, inegável hoje reconhecer que o Direito sofre ingerências externas. Nem mesmo a teoria purista de Kelsen, ao tempo em que fora criada, ignorou o fato de que o homem julgador sofrerá influências de outros fatores além da norma prescritiva para formar a convicção decisória, mas a questão é a legitimidade de aparecerem diretamente como elementos decisórios e formarem a decisão judicial como fontes jurídicas adjuntas ao texto normativo.

Neste diapasão, curial é o ensejo a demonstrar que frente a dualidade paradigmática que atribula os tribunais, o cíclico desenrolar evolutivo dos modelos teóricos da Ciência Jurídica voltam a demonstrar progressiva abertura do sistema jurídico –, ainda que em diferentes níveis, – para a incidência de valores axiológicos, como é o subterfugio do conhecimento interdisciplinar na forma de fonte decisória.

Por esta linha de raciocínio, passa-se a expor no presente capítulo o destoar com a qual a interdisciplinaridade é tratada nos modelos teóricos juspositivista e pós-positivista, utilizando-se de análise com enfoque nas teorias jurídicas que aparecem como fundamento decisório na prática jurisdicional do STF; para, adiante, compreender noções sobre o Direito e sua interdisciplinaridade, e dentre as disciplinas que incidem fatores de influência no Direito, tratar da moralidade política.

---

<sup>236</sup>“Quando o estudioso não pergunta simplesmente 'o que prevê a lei?', mas deseja analisar sua finalidade e estrutura, deve realizar estudos comparativos e utilizar elementos de outras disciplinas” In: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2015. p. 38- 39.

## 2.1 A INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO E O POSITIVISMO JURÍDICO

Ainda que hajam variadas generalizações de pressupostos defensáveis ao progresso da Ciência Jurídica, um ponto de similitude possui clarividência entre as Teorias do Direito desenvolvidas até a contemporaneidade. Aparente desde a tese desenvolvida por Hans Kelsen, os estudiosos do tema percorrem caminhos distintos com a motivação de alcançar o mesmo objetivo: maior previsibilidade e integridade para as decisões judiciais. A causalidade do Direito é buscar a segurança jurídica.

Pela evidência de ruir a premissa de que a moral é absoluta e universalmente válida<sup>237</sup> e que não mais poderia conduzir o Direito com estabilidade, direcionou-se a confiança dos limites decisórios para a positivação das leis. Assim, o marco paradigmático do positivismo jurídico é a força conferida às normas jurídicas. O intento de expurgar a coercibilidade que o Direito instrumentaliza na mão de poucos para depositar a força coercitiva nas leis, mitigando-a de quem a operacionaliza.

Superado o pensamento difundido pela teoria jusnaturalista que as fontes jurídicas decorrem de fontes naturais, transpassou-se para a consciência que as fontes jurídicas são sociais, típico da teoria juspositivista<sup>238</sup>. O juspositivismo exclusivo, por seu turno, adota a tese das fontes sociais da forma mais rígida, ou seja, conecta ao ideal de fonte artificial criada socialmente ao argumento de total separação entre o Direito e os princípios morais, de modo que “algo é juridicamente válido quando (e porque) corresponde a fatos sociais que podem lhe conceder essa validade, nunca adquirindo os mandamentos

---

<sup>237</sup> “A tese, rejeitada pela Teoria Pura do Direito mas muito espalhada na jurisprudência tradicional, de que o Direito, segundo a sua própria essência deve ser moral, de que uma ordem social imoral não é Direito, pressupõe, porém, uma Moral absoluta, isto é, uma Moral válida em todos os tempos e em toda parte”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 78.

<sup>238</sup> Anuncia, Joseph Raz a tese das fontes sociais demarca os juspositivista e é ponto rejeito aos jusnaturalistas, a defesa das fontes sociais significa que “as razões jurídicas são tais que sua existência e seu conteúdo podem ser estabelecidos com fundamento nos fatos sociais, sem que seja necessário recorrer a argumentos morais”. In: RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 283.

morais relevância jurídica”, sintetiza Dimitri Dimoulis<sup>239</sup>, para tanto, as fontes sociais no positivismo jurídico exclusivo ganham a abordagem que “a moral não pode ser utilizada em nenhuma hipótese como critério de identificação do direito positivo (reconhecimento de sua validade e realização da sua interpretação)”.

Por tal contexto jurídico, Hans Kelsen se dedicou ao desenvolvimento da Teoria Pura do Direito, crente de que o Direito deve se pautar sem qualquer interdisciplinaridade, isto é, removido de todas as interferências externas de ideologias políticas, morais, metafísicas, de outras disciplinas ou ramos do saber. O propósito de purificar o Direito de todos os elementos externos é o recurso para a objetividade e exatidão da ciência<sup>240</sup>.

Para Kelsen, ao reduzir o sentido de Direito como norma jurídica, limitou-se o enfoque de pesquisa para o elemento hipotético de enunciados descritivos. O método assemelhou a ciência normativa pelo viés das ciências naturais, como a matemática que afere a veracidade pelo método de testes de coerência<sup>241</sup>. Assim, a previsibilidade do Direito alcançável através da preposição hipotética da norma é o que possibilita tratar o conhecimento jurídico como científico <sup>242</sup>.

Ao compor o conceito de Ciência Jurídica como a visão pura do Direito, Kelsen não ignorou o fato que as práticas jurisprudenciais ocorrem

---

<sup>239</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 276.

<sup>240</sup> “Há mais de duas décadas que empreendi desenvolver uma teoria jurídica pura, isto é, purificada de toda a ideologia política e de todos os elementos de ciência natural, uma teoria jurídica consciente da sua especificidade porque consciente da legalidade específica do seu objeto. Logo desde o começo foi meu intento elevar a Jurisprudência, que - aberta ou veladamente - se esgotava quase por completo em raciocínios de política jurídica, à altura de uma genuína ciência, de uma ciência do espírito. Importava explicar, não as suas tendências endereçadas à formação do Direito, mas as suas tendências exclusivamente dirigidas ao conhecimento do Direito, e aproximar tanto quanto possível os seus resultados do ideal de toda a ciência: objetividade e exatidão. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. VII

<sup>241</sup> SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009. 57.

<sup>242</sup> “Determinando o Direito como norma (ou, mais exatamente, como um sistema de normas, como uma ordem normativa) e limitando a ciência jurídica ao conhecimento e descrição de normas jurídicas e às relações, por estas constituídas, entre fatos que as mesmas normas determinam, delimita-se o Direito em face da natureza e a ciência jurídica, como ciência normativa, em face de todas as outras ciências que visam o conhecimento, informado pela lei da causalidade, de processos reais”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 84.

pautadas em conhecimento interdisciplinar, tampouco negou a conexão entre disciplinas tão próximas como a psicologia, a sociologia, a ética, a política, mas optou por limitar tais interferências através da separação total do Direito, isto é, apregoou que a redução dos limites discricionários da decisão judicial só é possível a partir deste isolamento, a fim de que o julgador somente utilize da norma jurídica como justificação<sup>243</sup>.

Para respaldar tal preposição, Kelsen trata que a Ciência Jurídica e o Direito são distintos no sentido de que a Ciência Jurídica produz o Direito, mas não se faz o contrário. “Em todo o caso, não são - como, por vezes, identificando Direito com ciência jurídica, se afirma - instruções (ensinamentos). O Direito prescreve, permite, confere poder ou competência - não “ensina” nada”<sup>244</sup>. A aplicação do Direito através da prática jurisdicional objeta a ciência normativa, pois os tribunais criam direito novo e os precedentes podem servir como parâmetro aos advogados sob a provável resolução judicial de caso semelhante, mas não devem ser o objeto de estudo da Ciência Jurídica, haja vista que o conhecimento científico não se preocupa com a causalidade dos fatos com as preposições, mas estuda a exatidão imperativa da norma<sup>245</sup>.

---

<sup>243</sup> “De um modo inteiramente acrítico, a jurisprudência tem-se confundido com a psicologia e a sociologia, com a ética e a teoria política. Esta confusão pode porventura explicar-se pelo fato de estas ciências se referirem a objetos que indubitavelmente têm uma estreita conexão com o Direito. Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 12.

<sup>244</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 51.

<sup>245</sup> “Na medida em que os tribunais, nas suas decisões, criam Direito novo, a sua predição é tão pouco possível como a predição das normas gerais a produzir pelo órgão legislativo. Estas normas jurídicas, porém, formam a maior parte do Direito, que é o objeto da ciência jurídica. Mas, mesmo que a predição seja em certa medida possível, ela não constitui tarefa da ciência do Direito, a qual somente pode descrever as normas individuais, produzidas pelos tribunais, e as normas gerais, produzidas pelos órgãos legislativos e pelo costume, depois de elas serem vigentes. A predição de uma futura decisão judicial pode ser própria da função de um advogado que aconselha os seus clientes. O conhecimento jurídico, porém, não deve ser confundido com a atividade do juriconsulto (Rechtsberatung). Mesmo se uma ordem jurídica que, globalmente considerada, é eficaz, pode ser descrita em proposições que afirmem, como as leis naturais, que sob certos pressupostos se verificam efetivamente certas conseqüências - que, quando algo acontece e esse algo é qualificado pelos órgãos aplicadores do Direito, de conformidade com tal ordem jurídica, como fato ilícito, intervém de fato a conseqüência do ilícito fixada pela mesma ordem jurídica -, não é, no entanto, a ciência jurídica que se propõe uma tal descrição. A ciência jurídica, com efeito, não pretende, com as proposições jurídicas por ela formuladas, mostrar a conexão causal, mas a conexão de imputação, entre os elementos do seu objeto.” In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 63.

Desta feita, cabe a Ciência Jurídica estudar a pluralidade de normas gerais e individuais para garantir a continuidade de um sistema unitário, ou seja, isento de contradições e determinante da ordem jurídica<sup>246</sup>, deste conhecimento produzido advém o Direito e sua aplicação. O sistema jurídico, portanto, é estruturado segundo ordem de normas escalonadas pelo critério de validade formal, cuja hierarquia, em sequência sucessiva, compreende a Constituição como norma fundamental e superior, até chegar à norma individual e inferior, aplicada mediante decisão dos agentes públicos no exercício de suas funções<sup>247</sup>.

Neste interim, fonte jurídica é a norma que deriva da ordem positiva estatal, vinculando-se na Norma fundamental (*Grundnorm*)<sup>248</sup>. Isto é, a norma superior formalmente válida é a única fonte jurídica. Logicamente, se Kelsen diz que o conceito de Direito se reduz em norma jurídica, “num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito”<sup>249</sup>.

---

<sup>246</sup> “Também é verdade que, no sentido da teoria do conhecimento de Kant, a ciência jurídica como conhecimento do Direito, assim como todo o conhecimento, tem caráter constitutivo e, por conseguinte, “produz” o seu objeto na medida em que o apreende como um todo com sentido. Assim como o caos das sensações só através do conhecimento ordenador da ciência se transforma em cosmos, isto é, em natureza como um sistema unitário, assim também a pluralidade das normas jurídicas gerais e individuais postas pelos órgãos jurídicos, isto é, o material dado à ciência do Direito, só através do conhecimento da ciência jurídica se transforma num sistema unitário isento de contradições, ou seja, numa ordem jurídica”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 52

<sup>247</sup> “Constituição é a fonte das normas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária; e uma norma geral é a fonte da decisão judicial que a aplica e que é representada por uma norma individual. Mas a decisão judicial também pode ser considerada como fonte dos deveres ou direitos das partes litigantes por ela estatuídos, ou da atribuição de competência ao órgão que tem de executar esta decisão”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 163.

<sup>248</sup> “Mas a indagação do fundamento de validade de uma norma não pode, tal como a investigação de causa de um determinado efeito, perde-se no interminável. Tem de terminar numa norma que se pressupõe a última e a mais elevada. Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser posta por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada. A sua validade já não pode ser derivada de uma norma mais elevada, o fundamento de sua validade já não pode ser posto em questão. Uma tal norma pressuposta como a mais elevada, será aqui designada como norma fundamental (*Grundnorm*)”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 217.

<sup>249</sup> Num sentido jurídico-positivo, fonte do Direito só pode ser o Direito. Mas a expressão é também empregada num sentido não jurídico quando com ela designamos todas as representações que, de fato, influenciam a função criadora e a função aplicadora do Direito, tais como, especialmente, os princípios morais e políticos, as teorias jurídicas, pareceres de especialistas e outros. Estas fontes devem, no entanto, ser claramente distinguidas das fontes de Direito positivo. A distinção reside em que estas são juridicamente vinculantes e aquelas o não são enquanto uma norma jurídica positiva não delegue nelas como fonte de Direito, isto é, as torne vinculantes. Neste caso, porém, elas assumem o caráter de uma norma jurídica



Os princípios morais e políticos, os conhecimentos interdisciplinares influenciam a função criadora e a aplicação do Direito, mas não servem como critério de julgamento, somente as fontes do direito positivo vinculam a consciência dos juízes na estipulação dos fundamentos decisórios. A inserção dos conteúdos axiológicos na decisão judicial dependerá da introdução de tais conceitos na formação da norma superior, à medida que tais valores se tornam normas, alcançam o patamar de fonte e podem ser aplicados na decisão judicial<sup>250</sup>.

A norma jurídica é enunciado hipotético com força coercitiva, trata-se do “dever ser”, isto é, a previsão do ideal das condutas humanas antes da sua ocorrência. Quando a situação fática acontece em consonância com a norma jurídica, trata-se de comportamento de caráter lícito. Todavia quando o fato jurídico ocorre em desacordo com o “dever ser” previsto na norma jurídica, configura-se em situação fática de violação ao direito, apresentando antijuridicidade. A aplicação do Direito se perfaz em interpretar a norma jurídica, a norma superior é moldura (*Rahmen*) que através da subsunção fixa a correspondência lógica com a norma inferior, criação da decisão judicial<sup>251</sup>.

---

superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior. A equivocidade ou pluralidade de significações do termo “fonte de Direito” fá-lo aparecer como juridicamente imprestável. É aconselhável empregar, em lugar desta imagem que facilmente induz em erro, uma expressão que inequivocamente designe o fenômeno jurídico que se tem em vista”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.163.

<sup>250</sup> “Como princípios do 'Direito' podem-se indicar os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume, só enquanto eles influenciem a produção de normas jurídicas pelas competentes autoridades do Direito. Mas eles conservam seu caráter como princípios da Moral, Política e Costume, e precisam ser claramente distinguidos das normas jurídicas, cujo conteúdo a eles corresponde. Que eles são qualificados como princípios de 'Direito', não significa – como a palavra parece dizer – que eles são Direito, que têm o caráter jurídico. O fato de que eles influenciem a produção de normas jurídicas não significa – como Esser aceita – que eles estejam 'positivados', i.e., sejam partes integrantes do Direito positivo. [...] A produção de normas jurídicas também é influenciada por fatores diferentes dos princípios da Moral, da Política, do Costume, p.ex., por interesses de certos grupos de subordinados do Direito, sem que se conceda a estes interesses caráter de 'Direito'”. KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986. p. 145-156, em especial p. 148.

<sup>251</sup> “uma ordem jurídica é um sistema de normas gerais e individuais que estão ligadas entre si pelo fato de a criação de toda e qualquer norma que pertence a este sistema ser determinada por uma outra norma do sistema e, em última linha, pela sua norma fundamental. Uma norma somente pertence a uma ordem jurídica porque é estabelecida de conformidade com uma outra norma desta ordem jurídica. [...] Todo ato criador de Direito deve ser um ato aplicador de Direito, quer dizer: deve ser a aplicação de uma norma jurídica preexistente ao ato, para poder valer como ato da comunidade jurídica. Por isso, a criação jurídica deve ser concebida como aplicação do Direito, mesmo quando a norma superior apenas determine o elemento pessoal, o indivíduo que tem de exercer a função criadora de Direito”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 163-164.

Em síntese, no que concerne a decisão judicial, os tribunais devem justificar suas decisões apenas nas fontes de direito positivo, pois são fontes artificialmente criadas, ou seja, fontes sociais que exercem vinculação e protegem a pureza do Direito, aumentando a previsibilidade decisória e a segurança jurídica. Não compete ao intérprete questionar os valores éticos ou de justiça que permeiam o caso, porquanto a interpretação do direito se direciona em questionar a validade do enunciado imperativo e em sequência utilizar da subsunção. Neste segmento, o positivismo jurídico exclusivo impossibilita a interdisciplinaridade do Direito<sup>252</sup>.

A concepção nuclear de Kelsen está na tentativa de separar o Direito das ingerências externas, e não parece descabido conjecturar que o contexto desencadeador do receio de Kelsen adveio do cenário político-social vivenciado no ordenamento jurídico de sua época, frente ao período antecedente à chamada Segunda Guerra Mundial, as opções axiológicas e políticas de grande projeção levaram-no a construir um ideal de ceticismo como meio de segurança ao Direito<sup>253</sup>.

Questionar a justeza de determinada norma, ou alavancar a discussão de validade da norma para o critério material, expõem fatores que

---

<sup>252</sup> “Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito. A tal propósito deve notar-se que, no uso corrente da linguagem, assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito freqüentemente confundida com a Ética, e afirma-se desta o que só quanto àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida. A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas - muito mais ainda - pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 42.

<sup>253</sup> “Não seria desarrazoado supor que tal entendimento decorreu de seu pessimismo com relação às opções axiológicas e políticas de grande projeção em sua época (notadamente no período prévio à chamada Segunda Guerra Mundial), a qual recomendou a opção ideológica pela formulação de uma proposição teórica que as eliminasse do âmbito de abrangência da Teoria do Direito” In: STRECK, Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 458.

dependem de análise axiológica, ou seja, dependem da moral<sup>254</sup>. Portanto, o positivismo jurídico exclusivo não aceita a moral como parâmetro para a validade e interpretação da norma, ainda que tenham vislumbrado os espaços de discricionariedade judicial sem informar como devem ser preenchidos. As vertentes de teoria jurídica posteriores ao positivismo jurídico exclusivo, tais como o positivismo jurídico inclusivo, neopositivismo e o pós-positivismo aceitam a interação em menor ou maior grau do direito com a moral a fim de limitar os espaços de liberdade decisória.

A aplicação do direito pela perspectiva do positivismo jurídico exclusivo deflagrou o direito posto a serviço de arbitrariedades. Diante do cenário da segunda guerra mundial, a separação entre Direito e Moral fez encarar a inadmissibilidade de leis como as de *Nuremberg*: válidas, porém flagrantemente injustas<sup>255</sup>.

Em contraponto, Dimitri Dimoulis explica que o positivismo jurídico não é teoria que legitimou as aberrações políticas de seu tempo, majoritariamente não carrega elementos para convencer os demais sobre qual ordem normativa merece ser obedecida. Destarte, a teoria pura de Kelsen se atenta ao fato que o Direito deve se preocupar com a validade formal das normas, mas não lhe cabe obrigar ou desobrigar a validade do sistema jurídico, onde o ordenamento precisa materialmente reconhecer eficácia no seio da sociedade que fora inserido<sup>256</sup>.

Por este sentido, a aplicação do Direito não intervém na legitimidade

---

<sup>254</sup> A reflexão de Jeremy Waldron cabe nesse contexto: “Quero dizer que uma grande parte da autoridade, da legitimidade – se permitirem, da simples atração – de um sistema jurídico é que podemos nos considerar sujeitos ao governo por leis, não por homens. [...] O raciocínio judicial coloca um desafio especial para a jurisprudência no que se refere a esta questão [distinção entre os tradicionalistas jurídicos e os seguidores dos Estudos Jurídicos Críticos]. Supõe-se que os processos pelos quais os tribunais chegam a suas decisões sejam especiais e distintos, não diretamente políticos, mas que expressem certo espírito subjacente de legalidade. Trata-se de questão de certa importância para a jurisprudência descobrir se essas afirmações a respeito do caráter especial do raciocínio judicial podem ser sustentadas”. In: WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 29.

<sup>255</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. A desvinculação da tese das fontes sociais do argumento da separação entre moral e direito. p. 20. In **Revista Direito & Paz**. São Paulo: Lorena. 1º Semestre, 2018. Ano X. n. 38. p. 41-61.

<sup>256</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 266-267

democrática de sua função judicante, mantém-se neutra a voz do povo para remodelar as razões substanciais-legitimadoras de sua validade como ordenamento. Assim, as críticas ao modelo jurídico ponderam que a moral é indesatável ao conceito de Direito. Por novo norte, um mínimo de moralidade precisava ser resgatado para a aferição de validade da norma.

Em reação, Herbert Hart desenvolve pensamento mediante a proposta de remodelar o juspositivismo em perspectivas mais brandas, capazes de incorporar a Moral dentro do campo de estudos da Ciência Jurídica<sup>257</sup>, por lógica denominado positivismo jurídico inclusivo<sup>258</sup>. Importante considerar que o positivismo jurídico inclusivo não rompe com a separação entre Direito e Moral apenas reconhecer interconexões entres os fenômenos.

O juspositivismo, portanto, rejeita as tentativas de legitimação do sistema jurídico e se limita a descrever o direito positivo como o mérito da Ciência Jurídica<sup>259</sup>. A influência da moral ingressa no Direito, mas há que deixar espaço suficiente para não confundir as condutas morais e as condutas obrigatórias que são positivas. Segundo Hart, são reconhecíveis as diferenças entre regras de espécies morais e jurídicas, “assim a asserção de que <uma lei injusta não é lei> tem o mesmo timbre de exagero e paradoxo, se não de falsidade, que as afirmações <as leis do parlamento não são leis> ou <o direito constitucional não é direito>”<sup>260</sup>.

Os argumentos do positivismo jurídico postulam cuidar da legalidade das normas e não concebem a Teoria jurídica como agente de mudança. A população quem aceitou por maioria apoiar ativa ou passivamente o regime de normas a que se sujeita, então legitimamente se obriga nela. Tal visão do Direito se mostra pela leitura da estrutura do Direito sem buscar sua identidade

---

<sup>257</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 12.

<sup>258</sup> “O direito de todos os Estados modernos mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moral social aceita quanto de ideias morais mais abrangentes. Essas influências ingressam no direito quer abrupta e explicitamente, através da legislação, quer silenciosamente e pouco a pouco, através do processo judicial”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 263.

<sup>259</sup> HART, H. L. A. **Direito, liberdade e moralidade**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

<sup>260</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 339

finalística ou buscar compreender sua função social<sup>261</sup>.

Em retomada ao ponto que fez despontar o positivismo inclusivo: as críticas de formar normas legais, porém flagrantemente injustas, concorda-se que o positivismo jurídico assume um papel de descrever o direito positivo e não argumenta legitimidades que ativamente autorizem regimes jurídicos autoritários, mas a postura neutra sobre o sistema jurídico resulta numa posição omissa que reduz o estudo do Direito a critérios simples de validade, a ponto que o viés prático, de maior relevância a ordem social, atesta a aplicação do Direito pautada em preceitos objetivos prescindindo a que caminho se levará o sistema jurídico.

Neste contexto, o juspositivismo inclusivo é responsável por incluir a influência dos princípios morais nas atividades do legislador e dos juízes, de modo a concebê-los como ingerências que se relacionam com o Direito dentro da Ciência Jurídica, ou seja, abrandou a separação da Direito e a Moral a ponto de compreender a implicância dos padrões morais como algo accidental ao Direito, reconhecendo que pode ou não ocorrer a sobreposição de ambos<sup>262</sup>.

A finalidade dos estudos desenvolvidos por Hart tinha por propósito impulsionar o desenvolvimento da Teoria de Direito mediante a apresentação das características que esclarecem a estrutura do sistema jurídico interno e das semelhanças e diferenças entre o Direito, a coerção e a Moral. Para tanto, a partir das críticas tecidas por Dworkin<sup>263</sup> em desfavor da sua vertente juspositivista, Hart pontua que os princípios ocupavam lugar na aplicação do Direito, ainda que de maneira residual quando comparado com o protagonismo das regras. Até porque sua proposta de pensamento buscava a superação das teorias jurídicas reducionistas realizadas por Jeremy Bentham e John Austin, e até mesmo seus estudos já reconheciam a influência da opinião moral na criação

---

<sup>261</sup> “O positivismo somente afirma que é possível entender a positividade do direito e o sentido de certas normas jurídicas, independente de análises sobre sua função social”. In: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 40.

<sup>262</sup> “existe, em todas as comunidades, uma sobreposição parcial dos conteúdos das obrigações morais e jurídicas, embora as exigências das normas jurídicas sejam mais específicas e cercadas de exceções mais minuciosas que as de suas equivalentes morais” In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. p. 221 e 263.

<sup>263</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 339

do sistema jurídico<sup>264</sup>. Para além, Hart identifica de maneira inovadora a zona de incerteza que as normas jurídicas terão diante de casos difíceis, dificultando a operacionalização do Direito apenas por dedução lógica.

Assinala-se novamente que Hart retrata a Moral e Direito como esferas distintas, porquanto abarca a vertente separatista típica do juspositivismo. A separação conceitual entre Direito e Moral já se estampa no prefácio de sua obra “O conceito de Direito”, Hart assenta que Direito e moral são fenômenos sociais relacionados, porém distintos<sup>265</sup>. Assim, compreende que tais fenômenos sofrem eventuais influências recíprocas, ainda que tal correlação seja meramente eventual, e acaso presente o influxo em algum aspecto e momento histórico, os princípios morais ingressam nas fronteiras do sistema jurídico, razão pela qual se pode afirmar que não é uma relação necessária, mas apenas contingencial. Hart afere argumento de indiferença à tese das fontes sociais, segundo o qual a moralidade não está necessariamente afastada ou inserida no âmbito do Direito, consubstanciando isto como fonte jurídica em questão meramente contingente, a depender do que o texto legal expressa<sup>266</sup>.

Assim, o sistema jurídico do positivismo jurídico inclusivo é formado por normas primárias e secundárias, mas “embora a combinação de normas primárias e secundárias mereça o lugar central que ora lhe é concedido, por explicar muitos aspectos do direito, ela não pode, por si só, esclarecer todos os problemas”. Os princípios jurídicos existem e podem influir na decisão do juiz, mas são periféricos se comparados com a centralidade das normas, pois “a junção das normas primárias e secundárias se situa no centro de um sistema jurídico; mas não constitui o todo, e, à medida que nos afastarmos do centro,

---

<sup>264</sup> “Em primeiro lugar, eles [Bentham e Austin] jamais negaram que, como fato histórico, o desenvolvimento de sistemas jurídicos tivesse sido fortemente influenciado pela opinião moral e, inversamente, que os padrões morais tivessem sido profundamente influenciados pelo Direito, de modo que o conteúdo de muitas leis refletisse normas ou princípios morais”. In: HART, H. L. A. **Ensaios sobre teoria do direito e filosofia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 59.

<sup>265</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. IX.

<sup>266</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. A desvinculação da tese das fontes sociais do argumento da separação entre moral e direito. p. 51. In **Revista Direito & Paz**. São Paulo: Lorena. 1º Semestre, 2018. Ano X. n. 38. p. 41-61.

teremos de conciliar [...] elementos de natureza diferente”<sup>267</sup>.

A complexidade do sistema jurídico faz classificar as normas em primárias e secundárias<sup>268</sup>. Em primeira ordem se constrói o grupo mandamental, tais normas são formadas precipuamente por diretivas que impõem deveres, ou seja, são normas primárias que regulam as condutas de maneira coercitiva, proibindo ou autorizando condutas humanas. Ao passo que por normas secundárias se entende as diretrizes que outorgam poderes públicos ou privados, ou seja, tem natureza regulatória das próprias normas, sendo normas: de reconhecimento<sup>269</sup>, pois reconhecem a validade das normas primárias; de modificação<sup>270</sup>, pois dão dinâmica ao sistema jurídico e servem para alterar as normas primárias existentes; e de julgamento, pois regulam o processo judicial como um todo e assim garantem a eficácia ao sistema<sup>271</sup>.

Segundo os escritos de Hart, a norma jurídica depende de validade em caráter externo e interno<sup>272</sup>. Assim, a norma jurídica se valida formalmente,

---

<sup>267</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 128.

<sup>268</sup> “[...] a necessidade de discriminar, se quisermos fazer justiça à complexidade de um sistema jurídico, entre dois tipos diferentes de normas, embora relacionados. As normas de um tipo, que pode ser considerado o tipo básico ou primário, exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos, quer queiram, quer não. As normas do outro tipo são, num certo sentido, parasitárias ou secundárias em relação às primeiras, pois estipulam que os seres humanos podem, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas normas do tipo principal, extinguir ou modificar normas antigas ou determinar de várias formas sua incidência, ou ainda controlar sua aplicação. As normas do primeiro tipo impõem deveres; as do segundo tipo outorgam poderes, sejam públicos ou privados”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.105.

<sup>269</sup> “A forma mais simples de solução para a *incerteza* própria do regime de normas primárias é a introdução de algo que chamaremos ‘norma de reconhecimento’. Essa norma especifica as características que, se estiverem presentes numa determinada norma, serão consideradas como indicação conclusiva de que se trata de uma norma do grupo, a ser apoiada pela pressão social que este exerce”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. p. 122.

<sup>270</sup> “A solução para o caráter *estático* do regime de normas primárias consiste na introdução do que denominaremos ‘normas de modificação’. A forma mais elementar de uma norma desse tipo é a que autoriza algum indivíduo ou grupo de pessoas a introduzir novas normas primárias para orientar a vida do grupo, ou de uma classe dentro dele, e a eliminar as normas antigas”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. p. 124.

<sup>271</sup> “O terceiro suplemento ao regime simples de normas primárias, que visa remediar a *ineficiência* de sua pressão social difusa, consiste em normas secundárias que capacitem alguns indivíduos a solucionar de forma autorizada o problema de saber se, numa ocasião específica, foi violada uma norma primária. A forma mínima de julgamento consiste nessas determinações, de modo que denominaremos ‘normas de julgamento’”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. p. 125.

<sup>272</sup> Por outro lado, para que exista uma norma social, é preciso que pelo menos algumas pessoas encarem o comportamento em questão como um padrão geral a ser seguido pelo grupo como um todo. Uma norma social tem um aspecto ‘interno’, além do aspecto externo que compartilha com um hábito social e que consiste no comportamento costumeiro e uniforme que

quando se externa em consonância a estrutura hierárquica do sistema jurídico, em adequação a norma de reconhecimento. Tal estrutura escalonada se assemelha ao marco teórico de Kelsen, entretanto, a norma de reconhecimento se diferencia da norma fundamental porque não é expressamente pressuposta, sua existência se demonstra através da prática dos tribunais e dos operadores do direito, ganhando clarividência pela vivência prática de sua aceitação social, inauferível apenas pelo direito posto<sup>273</sup>. Por conseguinte, Hart constitui a necessidade de averiguar a validade da norma em caráter interno, ou seja, se a mesma assiste ao padrão social manifestado nos juízos pela experiência de aplicação da norma de reconhecimento<sup>274</sup>. A norma precisa encontrar aceitação social, isto é, ter a prática compartilhada como hábito social para legitimar tal regramento como algo certo para ordenar determinada sociedade<sup>275</sup>.

No que concerne a teoria da decisão judicial, operador se utiliza do silogismo para verificar o fato e a norma jurídica. Desta feita, a adequação entre a conduta omissiva ou comissiva aos moldes do suporte fático ante previsto como padrão de conduta na norma jurídica gera a resposta e os fundamentos da decisão judicial. Ocorre que o Direito não acompanha a dinâmica dos fatos sociais, e alguns acontecimentos não encontram previsão normativa que delinee suas particularidades, gerando imprecisão para a aplicação. Isto porque os padrões de conduta regulam os fatos relevantes ao Direito ao inserir suas consequências dentro da ordem jurídica, instrumentalizando tal regulação mediante diretrizes expressadas por lei, que se manifestam através da linguagem, dependendo da interpretação para se operacionalizar. Ocorre que a eficácia social depende da compreensão dos padrões de conduta com relação

---

um observador poderia registrar”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 75.

<sup>273</sup> “Em geral, a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica demonstrada pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 131.

<sup>274</sup> “Em geral, a norma de reconhecimento não é explicitamente declarada, mas sua existência fica demonstrada pela forma como se identificam normas específicas, seja pelos tribunais ou outras autoridades, seja por indivíduos particulares ou seus advogados e assessores jurídicos”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 131.

<sup>275</sup> “A norma de reconhecimento que estabelece os critérios para avaliar a validade de outras normas do sistema é, num sentido importante, que procuraremos esclarecer, uma norma última (ultimate rule); e quando, como geralmente ocorre, houver critérios hierarquizados por ordem de subordinação e primazia relativa, um deles será considerado supremo (supreme)”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 126.



ao caso fático, e nem sempre haverá clarividência para tal aplicação devido aos limites da linguagem. Os casos de imprecisão inserem o Direito na zona de incerteza, que se corrige mediante a textura aberta da norma<sup>276</sup>.

Por esta linha de raciocínio, Hart reconhece que o Direito se limitará às fronteiras da linguagem. A expressão linguística da norma nem sempre será clarividente, e quando resultar em sentido indeterminado, desencadeará ampla margem decisória, de tal modo que sua aplicação dependerá da escolha do juiz, resultando na discricionariedade judicial. Nos casos duvidosos ao sentido da norma, a aplicação do Direito incidirá em zona de incerteza<sup>277</sup>, impossibilitando uma decisão judicial silogística. Em tal contexto, o método de correção do Direito será a decisão discricionária, que não ensejará em arbitrariedade. Assim, a discricionariedade judicial corrigirá a imprecisão normativa determinando o conteúdo jurídico pelo uso de valores axiológicos. Por este modo que as fronteiras do Direito se abrem para os valores morais, na produção da norma geral e da norma individual<sup>278</sup>.

Assinala-se a abertura do sistema jurídico para a interdisciplinaridade em grau mínimo, isto em referência aos seus escritos sobre abrandamento da separação entre o Direito e Moral, por considerar que os influxos morais poderão incidir sobre a norma jurídica, quer seja na formação da lei, quer seja como ponto de influência periférica como princípios na tomada de decisão judicial. A abertura consiste em grau mínimo porque distancia os princípios morais da centralidade das regras jurídicas para a aplicação do direito<sup>279</sup>.

A principal característica do Positivismo Jurídico inclusivo é

---

<sup>276</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 161-166.

<sup>277</sup> “Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. [...] Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência 'mecânica'”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 166-167.

<sup>278</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 228-229.

<sup>279</sup> “O direito de todos os Estados modernos mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moral social aceita quanto de ideias morais mais abrangentes. Essas influências ingressam no direito quer abrupta e explicitamente, através da legislação, quer silenciosamente e pouco a pouco, através do processo judicial”. In: HART, H. L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 263.

justamente a aceitação de que os influxos morais são participantes de maneira mínima na aplicação do Direito, isto porque ainda persiste o ceticismo moral, entendendo-a como ordem social distinta e separada e, também porque o texto normativo possui primazia hierárquica sobre os ditames morais. Destarte, apesar da influência reflexiva existente entre Direito e Moral, estes fenômenos podem ser diferenciados, especialmente, pelo modo de como as normas jurídicas são produzidas.

Considera-se que o Direito, segundo Hart, opera com normas primárias e secundárias, as quais exercem funções distintas no ordenamento jurídico. Apesar do Direito e a Moral constituírem fenômenos sociais que apresentam elementos de aproximação, sendo reflexivamente influenciados, especialmente em face da textura aberta do ordenamento jurídico, distinguem-se pelo modo de criação e identificação. Destarte, Ronald Dworkin destaca que a vertente do positivismo jurídico inclusivo “permite a introdução de critérios morais no texto para identificar o direito válido, mas somente se a comunidade jurídica tiver adotado uma convenção que assim o determine”<sup>280</sup>.

Assim, a visão nuclear persiste na percepção de primazia das normas jurídicas, portanto se aponta que a teoria jurídica do juspositivismo inclusivo admite o critério interdisciplinar como critério decisório em grau mínimo, servindo o princípio moral de fundamentação jurídica corretiva para os casos difíceis ao direito, sem mencionar o conhecimento informativo de outras disciplinas como fonte jurídica.

Neste interím, Noberto Bobbio aponta críticas para o desenvolvimento e a manutenção do juspositivismo. Firmado pelos postulados do positivismo jurídico presentes no marco teórico descrito por Kelsen e sob olhar dos elementos adicionais de Hart, o estudo de Bobbio sobre a Teoria do Direito é composto em duas partes, teoria da norma jurídica e a teoria do ordenamento jurídico<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup>DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 266.

<sup>281</sup> BOBBIO, Noberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 11. Ademais, “os temas próprios do positivismo jurídico estão continuamente presentes em minhas aulas, tanto que a etiqueta sob a qual eu mesmo rotulei a concepção do direito neles representada é a do positivismo, embora teoricamente não rígido nem ideologicamente

A sociedade se vê permeada num mundo de normas, há variedade e multiplicidade de regras que influenciam comportamentos, são regras morais, religiosas, regras sociais, de costumes, éticas, e as regras jurídicas, assim, Norberto Bobbio define o direito como “um conjunto de normas ou regras de conduta”, ora, a “experiência jurídica é uma experiência normativa”<sup>282</sup>. Assim, normas jurídicas são proposições prescritivas<sup>283</sup>, exteriorizada mediante sanção institucionalizada por autoridade competente dentro de um ordenamento<sup>284</sup>. Ademais, coloca-se em consonância com o posicionamento de Hart em distinguir as normas de conduta e as normas de estrutura<sup>285</sup>.

Em avanço, Bobbio aponta que existem muitos estudos particulares sobre a natureza da norma jurídica, mas sequer um estudo completo e orgânico sobre todos os problemas que a existência de um ordenamento jurídico suscita. Isto se relaciona com a Nomoestática, que considera os problemas individuais relativos à norma jurídica; e a Nomodinâmica, aqueles relativos ao ordenamento jurídico<sup>286</sup>. Assim, orienta que o problema da definição do Direito encontra o seu âmbito apropriado na teoria do ordenamento, e não na teoria da norma<sup>287</sup>. Importa entender o ordenamento jurídico como sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. O sistema equivale a validade do princípio que

---

conotado, que chamei de 'crítico". In: BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 187

<sup>282</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 15.

<sup>283</sup> “A tese aqui sustentada é a de que as normas jurídicas pertencem à categoria geral das proposições prescritivas. [...] Quando afirmamos que uma norma jurídica é uma proposição, queremos dizer que ela é um conjunto de palavras que possuem um significado”. Diferente do que se entende por 'enunciado'. Enunciado compreende a forma gramatical e linguística que um determinado significado é expresso, motivo pelo qual a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 64-66.

<sup>284</sup> “Nesse critério, chamaremos de 'normas jurídicas' aquelas cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada. Não pretendemos alçar este critério a critério exclusivo. Vamos nos limitar a dizer que ele serve para circunscrever uma esfera de normas que em geral são chamadas de jurídicas, talvez melhor do que qualquer outro critério” In: BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 152.

<sup>285</sup> “Em todo ordenamento, ao lado das normas de conduta, existe um outro tipo de normas, que se costuma chamar de normas de estrutura ou de competência. São aquelas normas que não prescrevem a conduta que se deve ter ou não mas prescrevem as condições e os procedimentos por meio dos quais são emanadas normas de conduta válidas”. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 198.

<sup>286</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 186.

<sup>287</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 194.

exclui a incompatibilidade das normas, se num ordenamento passam a existir norma incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas<sup>288</sup>.

A dificuldade de identificar todas as normas que constituem um ordenamento jurídico resulta do fato de que geralmente essas normas não derivam de uma única fonte. Pode-se distinguir os ordenamentos jurídicos em simples e complexos, conforme as normas que os compõem sejam derivadas de uma única fonte ou de várias fontes<sup>289</sup>. Segundo Bobbio, “as ‘fontes do direito’ são aqueles fatos e aqueles atos de que o ordenamento jurídico depende para produção de normas jurídicas”<sup>290</sup>. Por tal ponderação, Bobbio faz considerar que as normas advêm de fontes religiosas, morais, comportamentais já preexistente na sociedade, e se inserem nas fronteiras do Direito em conformidade aos limites internos de validez, assim, gera-se a complexidade de compatibilizar o sistema jurídico repleto de normas distintas<sup>291</sup>.

Ao passo que a aplicação do Direito ocorre mediante o silogismo jurídico, o sistema jurídico precisa ser completo. Por 'completude' do sistema se entende a propriedade pela qual o ordenamento jurídico encontra norma para regular cada caso. A ausência de uma norma costuma ser chamada de 'lacuna' (em um dos sentidos do termo 'lacuna'), 'completude' significa 'ausência de lacunas'. Em outras palavras, um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele norma para regular cada caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com norma extraída do sistema. Ora, o ordenamento jurídico considerado estaticamente não é completo, a não ser por meio da norma geral exclusiva, todavia, dinamicamente considerado, pode ser

---

<sup>288</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 239

<sup>289</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 201.

<sup>290</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 208.

<sup>291</sup> “nenhum ordenamento nasce num deserto; metáforas à parte, a sociedade civil em que se vai formando um ordenamento jurídico, como o do Estado, não é uma sociedade natural, absolutamente desprovida de leis, mas uma sociedade em que vigem normas de vários tipos, morais, sociais, religiosas, comportamentais, costumeiras, convencionais e assim por diante. O novo ordenamento que surge nunca elimina completamente as estratificações normativas que o precederam: parte daquelas regras passa a integrar, através de uma recepção expressa ou tácita, o novo ordenamento, que, desse modo, surge limitado pelos ordenamentos anteriores. [...] Podemos falar nesse caso de um limite externo do poder soberano”. In: BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 205.

completado<sup>292</sup>.

Assim, a teoria da decisão judicial, segundo Bobbio, considera que o ordenamento jurídico não é composto apenas por regras. “Os princípios gerais, a meu ver, são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema. [...] Para mim não resta dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras”<sup>293</sup>. Ao passo que incidem no ordenamento jurídico como normas, ao lado das regras positivas, os princípios gerais do Direito relativizam a visão exclusivista do juspositivismo. Assim, os princípios despontam implicitamente da integridade do sistema, e são elementos internos ao ordenamento jurídico que auxiliam os tribunais na função interpretativa de suprimir as lacunas, com a função corretiva da ordem jurídica.

Em estudos derradeiros, Bobbio apontou críticas ao método apenas estrutural de teorizar o Direito<sup>294</sup>, demonstrando que a cientificidade do estudo jurídico precisa alcançar, além dos postulados de forma e conteúdo, os aspectos funcionais pelo qual o Direito é criado. “Creio, portanto, que hoje seja mais correto definir o direito, do ponto de vista funcional, como forma de controle e de direção social”<sup>295</sup>. O Direito refletido no valor de trazer confiança à ordem social.

Para tanto, Bobbio analisa que a função sancionadora do Direito pode ter o cunho negativo que já desempenha, incidente nas violações da juridicidade, como também alçar a sanção positiva pautada na obediência do dever social, cumprindo o propósito de regular benefícios às condutas lícitas dentro da ordem social. Isto posto, partirá do ideal de dispor normas com incentivos como instrumento para alcançar a função jurídica de promover mais condutas sociais

---

<sup>292</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do direito**. 3. Ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 271-299.

<sup>293</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 308-311.

<sup>294</sup> “O predomínio da teoria pura do direito no campo dos estudos jurídicos teve por efeito que os estudos de teoria geral do direito foram orientados, por um longo período, mais em direção à análise da estrutura dos ordenamentos jurídicos do que à análise de sua função”. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. XII.

<sup>295</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 79.

favoráveis, dando relevância ao bom intento do agente<sup>296</sup>.

A postura do Direito que progride em construir um direito promocional, influi na economia e impulsiona a passagem de um Estado protecionista para um Estado programático<sup>297</sup>. Desta forma, a observância da direção em que vai a norma jurídica é imponente, porquanto os postulados normativos têm o poder de regular a ordem pública e, por sua vez, direcionar o controle da ordem econômica.

Diante da concepção funcional que o Direito exerce, Bobbio<sup>298</sup> traça os contornos sobre a necessidade de um olhar da Teoria Jurídica para além dos limites do Direito, no foco de compreender o papel do sistema jurídico como subsistema dentro de outros sistemas, tal qual o político, cultural e econômico. Veja-se:

Em relação ao sistema social considerado em seu todo, em todas as articulações e inter-relações, o direito é um subsistema que se posiciona ao lado dos outros subsistemas, tais como o econômico, o cultural e o político, e em parte se sobrepõe e contrapõe a eles. Ora, aquilo que o distingue dos outros subsistemas, junto aos quais constitui o sistema social em seu todo, é a função.

Destarte, o Direito não está sozinho e as ações do subsistema jurídico implicam diretamente nos demais sistemas, a função vinculativa do ordenamento jurídico é grande fator de mudança, e implica consequências nas demais disciplinas.

Assim, a norma jurídica e a tomada de decisão judicial são os resultados finalísticos do Direito que precisam carregar concordância com sua estrutura, a fim de manter a segurança jurídica, bem como retratar a

---

<sup>296</sup> “Na literatura filosófica e sociológica, o termo 'sanção' é empregado em sentido amplo, para que nele caibam não apenas as consequências desagradáveis da inobservância das normas, mas também as consequências agradáveis da observância, distinguindo-se no genus sanção, duas species: as sanções positivas e as sanções negativas”. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 7.

<sup>297</sup> “O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático”. In: BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. 71.

<sup>298</sup> BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: Novos estudos de teoria do direito**. Barueri: Manole, 2007. p. XIII.

funcionalidade que compõe a essência do Direito, caminhando, portanto, da estrutura para a sua função.

Pela luz do positivismo jurídico inclusivo, constata ser inescapável reconhecer que os fatores que hoje influenciam a atividade decisória não são somente os princípios morais, políticos e os estudos sociológicos, mas também outros elementos que se ingerem na atividade jurisdicional.

Neste diapasão, Dimoulis reconhece que a atividade decisória se influencia com cinco categorias de fatores externos, quais são: primeira categoria são os fatos da vida real; segunda categoria é a moral; terceira categoria é a política; quarta categoria são os fatores pessoais do operador; e quinta categoria são as disposições jurídicas que vigoram em determinado ordenamento jurídico, e “na medida que tais influências são autorizadas por uma norma jurídica, temos um problema jurídico”<sup>299</sup>. Depara-se com ‘problema’ da interdisciplinaridade do Direito.

Ainda que se reconheça que a moral, a política e os fatores pessoais são fortes fios influenciadores na tomada de decisão, a teoria do juspositivismo não admite o grau elevado de interdisciplinaridade na teoria decisória. Para tanto, argumenta que é sempre sobressalente a influência da disposição jurídica contida na norma. Isto pela posição de que o importante ao Direito é a percepção se a decisão é ou não contrária a lei, e havendo norma prevendo o contexto, não importa ao Direito a possível influência dos demais fatores externos, pois se vinculam a categoria dominante que é a norma. Neste discurso, segue a explicação de Dimitri Dimoulis<sup>300</sup>:

“quando, por exemplo, se estabelece que a educação é dever do Estado (art. 205 CF) as medidas que, a juízo dos governantes, permitem atingir esse objetivo não decorrem de decisões políticas, morais e, afinal de contas, pessoais. Justificam-se em razão do

---

<sup>299</sup> “Podemos identificar cinco categorias de fatores que influenciam a atividade decisória. Primeiro, fatos da vida real. Segundo, mandamentos da moral. Terceiro, considerações de oportunidade política. Quarto, fatores pessoais, relacionados com a mentalidade, as experiências, a cultura, Quinto, disposições jurídicas que vigoram em determinado ordenamento jurídico. [...] a segunda, a terceira e a quarta categorias influenciam fortemente as decisões jurídicas”. In: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 225-226.

<sup>300</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 226-227.

comando da Constituição Federal que impõe aos governantes cuidar da educação e, ao mesmo tempo, atribui-lhes um amplo poder discricionário. O fato jurídico absorve (ou encobre) os demais fatores determinantes. [...] A decisão do governo talvez se justifique mediante considerações políticas e econômicas. Mas do ponto de vista jurídico só interessa o fato de contrariar o texto constitucional. [...] O aplicador pode ser influenciado por diversos fatores: medo, conformismo, convicção moral, patriotismo, cálculo e interesse econômico. Mas isso não justifica uma postura de resignação perante o caráter inevitavelmente político e subjetivo das decisões do intérprete, nem invalida as tentativas de elaborar critérios de objetividade na interpretação.

Entretanto, a prática deliberativa é mais complexa e a interferência interdisciplinar é atuante e não somente influenciadora e periférica para a realidade da ordem jurídica brasileira. Isto porque o sistema legal brasileiro dispõe de textos normativos que abrem o discurso jurídico para a análise da principiologia, inserindo valores, que por sua natureza carregam teor de subjetividade. Quando se percebe a inteireza do ordenamento, a legitimidade de tais exigências cria discussões de complexidade aos tribunais, ainda que defronte a legitimidade da norma primária.

A constitucionalização de tantos direitos traz efeitos para a aplicação descritiva do positivismo jurídico, visto que o número de preceitos constitucionais de baixa densidade normativa<sup>301</sup> que dispõem garantias, resultam em textos normativos subjetivos a serem tuteláveis de modo jurisdicional, inibindo o comando objetivo típico da decisão judicial advinda do silogismo jurídico.

Na mesma perspectiva, a garantia das tutelas jurisdicionais de direitos fundamentais<sup>302</sup> é comando normativo indisponível, pois a determinação jurídica

---

<sup>301</sup> “Densidade normativa. Critério quantitativo que permite classificar as disposições jurídicas de acordo com seu grau de concretude (porosidade, abertura). Quanto maior for o número de interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo, menor será sua densidade normativa (e vice-versa)”. In: DIMOULIS, 275.

<sup>302</sup> Complementa-se que os direitos fundamentais consistem em direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados pelo espaço-tempo, ou seja, são direitos objetivamente vigentes em uma determinada ordem jurídica concreta. Fundamentais, portanto, são os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado. In: CANOTILHO José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003. p. 393.

Ademais, a CRFB/1988 dispõe no seu Título II, um rol exemplificativo de direitos e garantias fundamentais, sistematizados em cinco capítulos: (I) Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; (II) Dos Direitos Sociais; (III) Da Nacionalidade; (IV) Dos Direitos Políticos e (V) Dos Partidos Políticos. Assim, o rol dos direitos fundamentais indicados expressamente na própria Constituição, em razão desta previsão, são definidos e identificados como formais. Destarte, os direitos fundamentais de aspecto formal consistem naqueles que abarcam proteção disposta pela Constituição, isto por serem eleitos pelo Poder Constituinte Originário como fundamentais,



prevista no art. 5º, §1º, da CRFB/1988 dispõe que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ao passo que a premissa a ser adotada para a preservação da coerência do sistema jurídico será que a densidade normativa dos enunciados prescritivos veiculadores de direitos fundamentais é sempre plena, ainda que baixa devido as variadas interpretações divergentes que podem ser sustentadas em relação a determinado texto normativo.

Retoma-se, por ora, a argumentação juspositivista de que a determinação jurídica é o único fator sobressalente e vinculante para a tomada de decisão, inobstante haja influência dos demais fatores externos. Em contraponto, colaciona-se a simbólica Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF julgada pelo STF. Trata o simbólico julgamento colegiado sobre discussão moral da possibilidade de interrupção da gravidez em razão da anencefalia. O cerne da lide gerou a derrota dos enunciados normativos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, que proíbem o aborto, salvo nos casos de gravidez decorrente de estupro ou para salvar a vida da gestante, hipóteses excludentes em que o quadro de anencefalia não se subsumiu. Objetivamente aplicando o Direito, o silogismo jurídico não autoriza discussão sobre o teor do caso em análise, nota-se que o tipo penal não fora revogado e o crime de aborto continua em vigor nos casos tipificados pelo Código Penal, mas o julgamento colegiado decidiu superar o texto normativo do direito penal válido e eficaz (consustanciado pelos fundamentos constitucionais do direito fundamental e primário a expectativa de vida do feto), que apresenta clarividente interpretação e alta densidade normativa atuante, para dar primazia aos princípios de liberdade sexual e reprodutiva da mulher, isto é, por fortes critérios interdisciplinares atuantes pautados nos fatos da vida real, nos mandamentos da moral, nos conhecimentos informativos interdisciplinares sobre a expectativa de sobrevivência do feto e os riscos a saúde da gestante e pautados na aplicação da

---

mas o direitos fundamentais não se esgotam naqueles direitos reconhecidos no momento constituinte originário, e estão submetidos a um permanente processo de expansão conforme a preceito constitucional previsto, consoante a determinação jurídica prevista no art. 5º, §2º, da CRFB/1988, que expõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

proporcionalidade pela ponderação dos valores de ambos os lados<sup>303</sup>.

Por tal apontamento fático, apropriado assinalar que o ‘problema’ da interdisciplinaridade do Direito, como aduz a vertente do positivismo jurídico, é o fator que alcança os motivos de superação desta linha paradigmática. Trava novas teorias jurídicas, além do juspositivismo, sem romper com os critérios de avanço herdados da teoria positiva, é o fato que reconecta o Direito com seus pressupostos arraigados.

As correntes jurídicas vindouras compreendem os reflexos que a relação entre o Direito e a Moral implicam na decisão judicial.

Diante do cenário do constitucionalismo contemporâneo, Luigi Ferrajoli retrata que muitos Estados incorporaram postulados morais nos ordenamentos jurídicos, sob a forma de princípios jurídicos, notadamente aqueles que exprimem direitos fundamentais<sup>304</sup>.

Neste quadro, a construção neopositivista de Luigi Ferrajoli busca a abertura do sistema jurídico para o conhecimento interdisciplinar em maior grau que o juspositivismo<sup>305</sup>. Apresenta visão favorável sobre a inclusão de princípios morais no ordenamento jurídico<sup>306</sup>, sem ser como critério corretivo ao Direito. A

---

<sup>303</sup> Ementa: “ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal”. STF ADPF 54 / DF - DISTRITO FEDERAL. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAI. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO. Julgamento: 12/04/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

<sup>304</sup> “o resultado deste processo de positivação do direito natural tem sido uma aproximação entre a legitimação interna ou dever ser jurídica e a legitimação externa ou dever ser extrajurídico”, ou seja, trata-se “da interiorização no direito positivo de muitos dos velhos critérios e valores substanciais de legitimação externa que foram expressados pelas doutrinas iluministas do direito natural” In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 328. FERRAJOLI, 2011, p. 461-462; Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011.

<sup>305</sup> “Bajo este aspecto el constitucionalismo es un perfeccionamiento del positivismo jurídico y el estado constitucional de derecho una prolongación del estado legislativo de derecho”. In: FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 414-415 e, também, p. 469.

<sup>306</sup> “Com ‘separação entre direito e moral’ deve-se entender, a meu juízo, não a negação de qualquer conexão entre direito e moral, claramente insustentável uma vez que qualquer sistema jurídico exprime ao menos a moral dos seus legisladores, mas sim a tese já recordada segundo a qual juridicidade de uma norma não deriva da sua justiça e a sua justiça não deriva

teoria jurídica neopositivista em Ferrajoli instrumentaliza o ideal de garantismo jurídico, a fim de efetivar os valores axiológicos incorporados como direito fundamentais<sup>307</sup>.

Em seguimento, a proposta de Ferrajoli é ordem jurídica jusconstitucionalista que embasa a ideia de direitos fundamentais no critério de titularidade universal, propondo uma definição teórica puramente formal ou estrutural. Para o autor, os direitos fundamentais são todos aqueles direitos individuais que correspondem, universalmente, a todos os seres humanos enquanto dotados do status de cidadãos; entendido por direitos individuais qualquer expectativa positiva (de benefícios) ou negativa (para evitar lesões) prevista em regra positiva de direito como pré-requisito para ser o titular das situações jurídicas e /ou autor dos atos que estiver exercendo<sup>308</sup>.

Considerando a Ciência jurídica, o marco teórico neopositivista enuncia que os princípios morais absorvidos pela ordem normativa se transformam em princípios jurídicos e a partir deste ponto ingressam como fonte jurídica em igualdade com as regras. Assim, a Ciência Jurídica se ocupa do estudo da ordem normativa: regras e princípios jurídicos, advindos dos postulados morais e formalmente incorporados ao sistema jurídico<sup>309</sup>.

---

da sua juridicidade” In: FERRAJOLI, **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 14.

<sup>307</sup> “Garantismo para designar o conjunto de limites e vínculos impostos a todos os poderes – públicos e privados, políticos (ou de maioria) e econômicos (ou de mercado), no plano estatal e no internacional – mediante os quais se tutelam, através de sua sujeição à lei e, em concreto, aos direitos fundamentais nela estabelecidos, tanto as esferas privadas frente aos poderes públicos, como as esferas públicas frente aos poderes privados.” In: FERRAJOLI, Luigi.

**Principia Iuris**. Madri: Trotta, 2008, p. 61.

<sup>308</sup> “[...] propongo una definición teórica, puramente formal o estructural, de <derechos fundamentales>: son todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <todos> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por norma jurídica y por status lá condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas. In: FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009. p. 19.

<sup>309</sup> A proposta teórica de Ferrajoli é “um reforço do positivismo jurídico, por ele alargado em razão de suas próprias escolhas – os direitos fundamentais estipulados em normas constitucionais – que devem orientar a produção do direito positivo”, tratando-se assim do “resultado de uma mudança de paradigma do velho positivismo, que se deu com a submissão da própria produção normativa a normas não apenas formais, mas também substanciais, de direito positivo”. In: FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo ga- rantista*. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.).

A visão neopositivista sobre a relação entre Direito e Moral pondera os fenômenos como ordens sociais diferentes, que podem se relacionar, podem se influenciar reciprocamente, e ainda, podem identificar o mesmo padrão axiológico como valor para as duas ordens, desde que os postulados morais recebam validade formal pelo legislador<sup>310</sup>.

Neste diapasão, Ferrajoli pauta-se pela ponderação que o Direito é dinâmico e funciona pela sistêmica formal das normas escalonadas, já a Moral é estática e consiste em ordem social com padrões axiológicos que perduram no tempo, caracterizando-se pela imutabilidade de determinados valores. A dinâmica jurídica resulta na inserção dos postulados morais mediante a formação legislativa<sup>311</sup>.

Assim, o Direito encontra independência da Moral porque não precisa dos padrões morais para ser justo<sup>312</sup>, mas é “a negação de qualquer conexão entre direito e moral, claramente insustentável uma vez que qualquer sistema jurídico exprime ao menos a moral dos seus legisladores”. A Moral, por sua vez, não possui juridicidade em si mesma, mas quando os princípios morais se transformam em jurídicos, pela disposição em lei, que ocorre a conexão entre os dois fenômenos<sup>313</sup>.

Por derradeiro, a vertente jusconstitucionalista de Ferrajoli aponta que a aplicação do Direito por princípios jurídicos ou regras jurídicas é igualitária, a diferença entre as regras e os princípios está no estilo de redação que compõe seus conteúdos e ambas podem ser aplicadas mediante a subsunção, afastado o emprego de ponderação<sup>314</sup>.

---

**Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo.** Porto Alegre: Do Advogado, 2012. p. 22.

<sup>310</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 199- 205.

<sup>311</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia.** V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 801-804

<sup>312</sup> Ora, a “juridicidade de uma norma não deriva da sua justiça e a sua justiça não deriva da sua juridicidade” In: FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 14.

<sup>313</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia.** V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 15-16.

<sup>314</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia.** V 1. Madrid: Trotta, 2011. p. 532-533.

Assim, a Moral é o *standard* representativo da Interdisciplinaridade no Direito. Por ser a disciplina mais próxima ao sistema jurídico. Moral e Direito, duas ordens sociais reguladoras com o propósito de encontrar o bom convívio nas práticas de uma sociedade. As influências entre ambas são inegáveis em todos os contextos de Teorias Jurídicas.

Assim, a construção histórica que a Teoria do Direito sofreu através dos preceitos mistifórios do jusnaturalismo fez repercutir no tratamento impermeável dado à Moral inicialmente pelo juspositivismo. Consequentemente, ocupou em segundo plano tratar da ingerência que os demais ramos da sabedoria atuam ao Direito, diante da discussão advinda primeiro da moralidade.

Ao se investigar qual a aceitação da Moral nas teorias juspositivistas, notadamente percebe-se a evolução que a Teoria Jurídica se correlaciona com os aspectos axiológicos. O juspositivismo partiu do pensamento separatista, que visava o exclusivismo do Direito, caminhou para o argumento inclusivo de indiferença com a moral ou de contingência entre ambos, e adiante desenvolveu-se o novo pensamento de mera diferença entre os institutos. Neste interím, a lógica dos fatos permite ponderar que “gradativamente, os adeptos do Juspositivismo foram assimilando as críticas propostas pelos pós-positivistas, notadamente Ronald Dworkin, no sentido de admitir um estreitamento entre as esferas da Moral e do Direito”<sup>315</sup>.

Ora, a Interdisciplinaridade do Direito na construção clássica da teoria do positivismo jurídico exclusivo parte da separação do Direito, inadmitindo o fenômeno, porquanto estabelece que a aplicação se restringe a norma como fonte jurídica e fecha o sistema jurídico para inserção de conhecimentos externos nos fundamentos da decisão judicial. Em avanço, o positivismo inclusivo já apregoa um nível mínimo de abertura ao sistema jurídico, aceitando que a Moral faça a correção do Direito em casos imprecisos da norma jurídica e também suplante o Direito mediante o uso de conhecimentos interdisciplinares nos fundamentos decisórios. Em seguimento, o neopositivismo jurídico estabelece

---

<sup>315</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. A desvinculação da tese das fontes sociais do argumento da separação entre moral e direito. p. 41. In **Revista Direito & Paz**. São Paulo: Lorena. 1º Semestre, 2018. Ano X. n. 38. p. 41-61.

um nível maior de abertura ao sistema jurídico por admitir os princípios jurídicos que inserem a Moral ao Direito como fonte jurídica em igualdade com as regras, a fim de aplicar o novo positivismo jurídico com enfoque numa visão jusconstitucionalista.

Outrossim, a aceitação progressiva da Interdisciplinaridade nas versões juspositivistas revela a pertinência de investigar qual a aceitação nas teorias pós-positivistas<sup>316</sup>. Isto pelo intento de tecer análise teórica aos fundamentos que concernem a dualidade dos modelos teóricos utilizados na prática jurisdicional.

## 2.2 A INTERDISCIPLINARIDADE DO DIREITO NAS CORRENTES PÓS-POSITIVISTAS

O reconhecimento do Direito como válido não se desapega do juízo moral, pois é inescapável admitir que há relação entre o Direito e a Moral, e que a Moral é essencial ao Direito. Por sua vez, o reconhecimento da realidade jurídica pela lei válida não pode ser feito sem recorrer à moralidade, uma vez que a aceitação da regra do reconhecimento do sistema (ao contrário do que Hart acreditava) implica em julgamento moral. Assim, a realidade jurídica praticada pelos operadores do Direito só se opera diante desta relação, vincular a lei à moral é necessário para o funcionamento dos sistemas legais. Ademais, os julgamentos morais podem ser necessários para realizar as operações de produzir, aplicar e/ou interpretar a lei. Portanto, a Teoria do Direito que visa servir à prática não pode se limitar a descrever a lei a partir do exterior, mas deve assumir, pelo menos em certa medida, uma perspectiva interna ou hermenêutica<sup>317</sup>.

---

<sup>316</sup> Em análise da Interdisciplinaridade frente as Teorias pós-positivistas, considera-se o pós-positivismo jurídico como o “conjunto de diversas propostas que visam substituir o Paradigma do Positivismo Jurídico, mediante a superação de seus principais problemas, com o objetivo de reger a Ciência Jurídica com hegemonia, por relevante período de tempo”, dentre estas teorias de direito estão as que coadunam com o pragmatismo jurídico, procedimentalismo jurídico, o substancialismo jurídico. In: ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 230.

<sup>317</sup> “Pues bien, si prescindimos de la cuestión terminológica, lo que queda es la necesidad de vincular el Derecho con la moral, si se quiere comprender (no sólo describir o explicar externamente) el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos y operar en ellos. El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido, no puede hacerse sin

A correlação entre Direito e Moral é ponto destacável pelos expoentes do Pós-positivismo jurídico, muito embora haja diferenças substanciais entre as correntes. Importa, portanto, compreender a Interdisciplinaridade nas correntes pós-positivistas.

Partindo da Teoria do Direito “não positivista” desenvolvida por Robert Alexy<sup>318</sup>, depreende-se o cenário que desencadeou seu marco teórico. Frente aos direitos fundamentais e do sopesamento dos princípios jurídicos advindos do constitucionalismo contemporâneo, parte-se da análise da questão acerca da decisão correta da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais<sup>319</sup>. Para tanto, o autor: a) rejeita existir uma única resposta jurídica devido a ponderação de interesses que se faz mediante a decisão judicial; b) aduz ser indispensável aos sistemas jurídicos justificarem as normas e as decisões judiciais de seu ordenamento, pois “a pretensão de correção é um elemento necessário do conceito de direito”<sup>320</sup>; e c) aponta que os argumentos justificantes da correção do Direito advêm da Moral<sup>321</sup>.

Neste interím, nota-se que a tese de Alexy não vincula a moralidade apenas a correção do Direito. Mesmo que hajam dispositivos legais expressos que fundamentem as decisões<sup>322</sup>, a concepção de Direito inclui a Moral.

---

recurrir a la moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (a diferencia de lo que opinaba Hart) implica necesariamente en un juicio moral. Y los juicios morales son también necesarios para llevar a cabo las operaciones de producir, aplicar e interpretar el Derecho. Además, una teoría del Derecho verdaderamente interesante, que pretenda servir para la práctica, no puede limitarse a describir el Derecho desde fuera, sino que tiene que asumir, al menos hasta cierto punto, una perspectiva interna o hermenéutica”. In: ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 6 ed. Barcelona: Ariel, 2010. p. 112-113.

<sup>318</sup> “Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal deve afirmar que, nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não a estipular de modo coercitivo”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 11-12.

<sup>319</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43.

<sup>320</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 41

<sup>321</sup> “[...] os participantes de um sistema jurídico nos mais diversos níveis formulam necessariamente uma pretensão à correção. Se e na medida em que essa pretensão tem implicações morais, fica demonstrada a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 47.

Ademais, “Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente uma pretensão à correção não são sistemas jurídicos”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 152.

<sup>322</sup> “Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a tese da vinculação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos

Constrói-se, portanto, a tese de vinculação em contraponto ao ideal separatista do positivismo jurídico<sup>323</sup>, no sentido que o Direito deve ser definido de modo a se compor de elementos morais.

Desta feita, Alexy inaugura nova faceta na conexão entre a moralidade e a juridicidade, porquanto sustenta que o preceito moral, justificante do Direito, pode suprimir determinada lei acoimada de injustiça<sup>324</sup>. A fórmula *Radbruch*, no que lhe diz respeito, consiste no limiar que identifica as regras que perdem seu caráter jurídico em face do valor axiológico que ferem. A inércia do legislador não é sucedânea para a prevalência de injustiças, portanto, as regras que alardem crítico teor de injustiça não são parte do Direito. O constitucionalismo contemporâneo prevê expressamente os princípios morais, bem como dispõe o controle judicial de constitucionalidade, como mecanismos garantidores dos direitos fundamentais, portanto é com legitimidade democrática que os tribunais atuam contra as regras flagrantemente injustas pautados nos padrões morais para a derrocada da norma<sup>325</sup>.

Ao se admitir que normas radicalmente injustas podem ser suprimidas em casos morais, aumenta-se a subjetividade das deliberações, o que acarreta aos juspositivistas a adução que o uso de critérios morais gera a falta de clareza do ordenamento jurídico, causando imprevisibilidade e insegurança jurídica. Entretanto, Alexy rebate as incertezas suscitadas ao defender que a fórmula *Radbruch* dá primazia ao valor da segurança jurídica, mitigando-a em prol da justiça material por excepcionalidade, em casos de flagrante reconhecimento da regra injusta, ou seja, quando a preservação absoluta do dispositivo legal refletir formalismo vazio<sup>326</sup>.

---

morais". In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 4.

<sup>323</sup> "Todas as teorias positivistas defendem a tese da separação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais". In: ALEXY, Robert.

**Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 3.

<sup>324</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 49-51.

<sup>325</sup> "Nessa versão [do argumento da injustiça], as normas individuais de um sistema perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto. Sua variante mais conhecida é a fórmula de Radbruch [...]". In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 48 -71.

<sup>326</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 52-64.



No que concerne às normas jurídicas, Alexy distingue-a entre regras e princípios. As regras configuram suporte fático e as consequências jurídicas por elas prescritas de forma fechada, de modo que fornecem razões definitivas, pois, uma vez realizado o seu suporte fático, devem ser obrigatoriamente aplicadas, em outras palavras, são mandados definitivos, positivados, e sua aplicação ocorre mediante a subsunção<sup>327</sup>. Os princípios, por sua vez, configuram as condições de sua aplicação de forma aberta; por isso, não são razões definitivas, mas pensamentos diretores e causas de justificação de uma regulação ou de uma decisão jurídica. Em outras palavras, são pontos de partida para o raciocínio e para fundamentação jurídica, ou seja, normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, constituem mandados de otimização. Os princípios exteriorizam o elo entre a ordem moral e jurídica, de modo que são aplicados para resolução de casos difíceis<sup>328</sup>, por isso podem estar positivados ou despontar de precedentes, ou tradições judiciais, e “a ponderação é a forma característica de aplicação dos princípios”<sup>329</sup>.

Na aplicação do Direito, incumbe-se aos tribunais a obrigação de apresentar os princípios morais contrapostos à incidência da regra jurídica, com vistas a satisfazer a pretensão de correção, e, conseqüentemente, de definir qual o comando jurídico apto para resolver a controvérsia<sup>330</sup>. Cabe ao juiz ponderar, mediante sopesamento dos valores relevantes para a solução do problema apresentado na realidade fática, para formar decisão jurídica capaz de efetivar a

---

<sup>327</sup> “Sua forma característica [das regras] é a subsunção”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 85.

<sup>328</sup> “Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com a tese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar, de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram uma moral. Essa dupla propriedade de pertencer ao mesmo tempo à moral e ao direito significa que a decisão do juiz em casos duvidosos deve ser interpretada de forma diferente do que acontece nas teorias positivistas”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 92.

<sup>329</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 85.

<sup>330</sup> Ora, o intérprete deve obrigatoriamente se valer dos Princípios Jurídicos para resolver os casos difíceis, não lhe sendo facultado desconsiderá-los, nem quando diante de uma zona de textura aberta. “Em contrapartida a isso [ao modelo juspositivista], o argumento dos princípios diz que o juiz também estão legalmente vinculado no âmbito da abertura do direito positivo, ou seja, do direito estabelecido e eficaz, e isso de uma maneira que cria uma vinculação necessária entre direito e moral”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 84

moral correta<sup>331</sup>, pautando-se na lei de colisão e na proporcionalidade<sup>332</sup>.

Sobre a teoria da decisão judicial, Alexy aceita a Interdisciplinaridade do Direito com a moralidade e com os conhecimentos de outros ramos do saber, pois os princípios e outros elementos informativos que servirem para formar a convicção dos tribunais passam a integrar o sistema jurídico. Alexy estabelece que faz parte do Direito o conhecimento interdisciplinar que conceder sucedâneo com a finalidade de formular a razão decisória, no âmbito de abertura do Direito consistente na margem de manobra ou zona de textura aberta<sup>333</sup>.

Neste interím, a teoria da argumentação jurídica de Alexy busca a aplicação racional do Direito mediante procedimento que comungue regras e princípios com o propósito de estabelecer a melhor decisão para o caso em concreto. Para tanto, abrirá o Direito para outras “formas de discurso jurídico”<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> "Ao menos uma parte dos argumentos com os quais o juiz fundamenta a conclusão é o de sua ponderação tem, quanto ao seu conteúdo, o caráter de argumentos morais. Disso resulta que a pretensão a correção jurídica necessariamente vinculada à decisão inclui uma pretensão à correção moral. Nesse sentido, nos sistemas jurídicos cujos princípios jurídico-positivos possuem um conteúdo moralmente exigido ou ao menos admissível, existe uma conexão necessária entre o direito e a moral correta". In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 93-94

<sup>332</sup> "Decisões sobre direitos pressupõem a identificação de direitos definitivos. O caminho que vai do princípio, isto é, do direito prima facie, até o direito definitivo, passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei da colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto". In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108. Outrossim, "com a ajuda da lei de colisão pôde ser definida a conexão entre as normas de direitos fundamentais enquanto princípios e regras de direitos fundamentais que se relacionam com a decisão: as condições sob as quais um princípio prevalece sobre outro constituem o suporte fático de uma regra, a qual expressa as consequências jurídicas do princípio prevalente". In: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 121.

<sup>333</sup> "incorpora-se ao direito o procedimento de sua aplicação, pois tudo aquilo em que se apoia ou que tem que se apoiar alguém que aplica o direito almejando sua correção o direito abarca. Ou seja, que princípios não identificados como jurídicos sobre as bases da validade de uma constituição bem como demais argumentos normativos fundamentadores de decisões pertenceriam ao direito". In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 126. Outrossim, "no âmbito de abertura do direito, tudo aquilo em que se apoia e/ou deve apoiar-se quem aplica o direito para satisfazer a pretensão à correção integra o direito. Assim, os princípios – ainda que não possam ser identificados como princípios jurídicos em virtude dos critérios de validade da constituição – e outros argumentos normativos que fundamentam a decisão tornam-se componentes do direito". In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.154-155.

<sup>334</sup> "A explicação do conceito de argumentação jurídica racional se dá nesta investigação mediante a descrição de uma série de regras a serem seguidas e de formas que devem ser adotadas pela argumentação para satisfazer a pretensão que nela se formula. Se uma

Assim, Alexy traz a perspectiva do Direito ser designado como sistema normativo com pretensão de correção, integrador de uma Constituição com eficácia social e global, sem alarmantes regras injustas, estabelecido em parâmetros de uma norma fundamental pressuposta<sup>335</sup> cuja aplicação se pautará em princípios ou em outros argumentos normativos que satisfaçam a pretensão de alcançar a correção moral<sup>336</sup>.

Por derradeiro, o marco teórico disposto por Alexy constrói discurso sobre a vinculação necessária e permanente entre Direito e Moral. Na positivação das regras, bem como na interpretação jurídica, há influência determinante da moralidade sobre a tomada de decisão judicial, portanto, a moral incide como conhecimento interdisciplinar que se infere aberto no sistema jurídico. Ademais, perante a excepcionalidade de casos graves, as razões morais ponderam sobre regra injusta posta, portanto, quando verificável alarmante situação de injustiça, conforme a fórmula Radbruch, os princípios jurídicos de valores axiológicos contrários ponderam com os princípios jurídicos implícitos no texto normativo, analisando-se o gravame de injustiça sob discurso. À medida que a proporcionalidade faz sobrepor os valores realmente importantes ao caso, exsurge nova regra a partir do processo de análise, havendo a sobreposição de padrões morais, ainda que advindos de mandados de otimização, em face das razões definitivas e na derrocada da prescrição fechada típica das regras.

---

discussão corresponde a essas regras e formas, o resultado alcançado pode ser designado como “correto”. As regras e formas do discurso jurídico constituem por isso um critério de correção para as decisões”. In: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. São Paulo: Landy, 2005, p. 280.

<sup>335</sup> “A definição do *status* de uma norma fundamental é dificultada pelo fato de ela ter três funções completamente diversas a cumprir. [...] A primeira função consiste em possibilitar a transição de um ser para um dever. [...] Por isso, à norma fundamental compete uma segunda função. Ela precisa determinar quais fatos devem ser vistos como criadores de direito. Ao fazê-lo, estabelece os critérios do que é direito. [...] A terceira função está na instituição da unidade”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 126-127.

<sup>336</sup> “O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 151.

Em avanço, assinala-se que a vertente teórica de abertura do Direito, por uma visão pluridimensional da decisão judicial, não é exclusividade de Alexy. Curial, portanto, travar os pressupostos clareadores da perspectiva teórica desenvolvida por Ronald Myles Dworkin, o precursor do discurso crítico de superação ao positivismo jurídico e, assim como Alexy, jurista adepto a compreensão do Direito em composição aos elementos morais<sup>337</sup>.

A Teoria Jurídica de Dworkin é a que mais aproxima a correlação entre Moral e Direito. O autor reconhece que os fenômenos designam dois conjuntos de normas muito diferentes entre si, mas considera insustentável separar ambos em ordens distintas, como insistem o juspositivistas<sup>338</sup>. Outrossim, é insuficiente encontrar o ponto de ligação entre os elementos morais e jurídicos quando se supõe que estão em duas ordens sociais distintas, haja vista que reside na Moral a essência dos valores que conceituam o Direito<sup>339</sup>

Neste diapasão, Dworkin defende que não se pode ignorar o papel que a Moral desempenha no raciocínio jurídico e a necessidade de interconectar ambos recai em falha fatal quando se considera a imagem de dois sistemas, pois obstaculiza que exista um ponto neutro capaz de unir Moral e Direito quando se constrói o argumento de serem fenômenos decorrentes de sistemas separados<sup>340</sup>.

---

<sup>337</sup> “Quero lançar um ataque geral contra o positivismo e usarei a versão de H. L. Hart como alvo, quando um alvo específico se fizer necessário”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. VII e p. 35. Outrossim, “a mais influente versão contemporânea do positivismo e a proposta por H. L. A. Hart e é essa versão que este livro critica”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. IX.

<sup>338</sup> “o positivismo declara independência absoluta entre os dois sistemas. O direito depende somente de questões factuais históricas: depende, em última análise, daquilo que a comunidade para determinar o que é direito – se foi promulgada por um órgão legislativo e todos os juízes concordam em que esse órgão legislativo tem o poder supremo de fazer as leis – a lei injusta é lei e ponto-final.” In: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 614.

<sup>339</sup> Outrossim, “as palavras ‘direito’ e ‘moral’ designam conjuntos de normas muito diferentes. Essas diferenças são profundas e importantes. [...] como esses dois conjuntos normativos diferentes se relacionam ou se interligam? Uma das interligações é óbvia. Quando a comunidade decide quais normas jurídicas vai criar, deve ser orientada e balizada pela moral”. In: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 612-613.

<sup>340</sup> “A falha fatal. Há uma falha na imagem de dois sistemas. Quando partimos do princípio de que o direito e a moral constituem sistemas normativos separados, já não há nenhum ponto de

Ao se pensar na ordem social composta por uma estrutura em forma de árvore, o autor considera que a Moral e o Direito pertencem ao mesmo sistema, em que o Direito é parte da Moralidade Política, como um galho que se liga a árvore<sup>341</sup>.

A teoria da árvore moral constitui nova abordagem que permite solucionar alguns dos problemas que o modelo de separação entre Direito e Moral não comporta resolução. Os aspectos morais nas fases de positivação e de interpretação apresentam a causalidade de sua inerência conceitual, uma vez que a conexão entre a moralidade e juridicidade deixa de ser vista como interfeirência entre institutos de sistemas distintos<sup>342</sup>.

Em suma, a estrutura da árvore traz clarividência para a relação entre a Moral e o Direito, pela razão de compreender que o texto normativo, as normas jurídicas nascem da moralidade política que se especializa na legítima fonte social coercitiva prescrita como Direito. Ademais, as normas jurídicas brotam da moral tanto na fase de positivação, quanto na fase de aplicação do direito<sup>343</sup>.

Assim, sobrepõe novo olhar que consiste na compreensão de uma ordem social que se especializa no teor jurídico, cuja as raízes ainda emanem do mesmo teor constitutivo da moralidade política. Neste diapasão, a estrutura sugerida por Dworkin permite superar as dificuldades de se estabelecer quais as

---

vista neutro a partir do qual os vínculos entre esses dois sistemas supostamente separados possam ser avaliados". In: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 616

<sup>341</sup> "Já nos livramos da antiga imagem que entende o direito e a moral como dois sistemas separados e busca então afirmar ou negar, em vão, possíveis interligações entre eles. Substituímo-la pela imagem de um só sistema: agora tratamos o direito como uma parte da moral política. [...] é fácil situar o conceito doutrinário de direito nessa estrutura em forma de árvore: o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política". In: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 620.

<sup>342</sup> "será melhor para o tônus moral da comunidade que o direito e a moral se mantenham separados, como insistem os positivistas? Essas perguntas têm sentido e são, de fato, perguntas essenciais na filosofia do direito. Porém, de acordo com a imagem dos dois sistemas, elas só produzem argumentos circulares. Se o direito e a moral são dois sistemas separados, incorremos em petição de princípio quando supomos que a melhor teoria acerca do direito depende de questões morais como essas: já está embutida aí uma decisão prévia contra o positivismo". In: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 617.

<sup>343</sup> "A teoria do direito é um exercício de moralidade política substantiva". In: DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 252.

correlações admissíveis entre duas ordens apartadas, pois como uma subdivisão do campo mais amplo da Moral, a proposição dworkiniana permite compreender que os postulados jurídicos são meros reflexos de valorações com influxos morais efetuadas nas fases de positivação e de aplicação do Direito.

Inobstante a pertinência do marco teórico de Dworkin sobre o conceito de Direito pela teoria da árvore, a construção da proposição merece compreender qual a visão interdisciplinar do autor sobre outros ramos do saber.

Destarte, observa-se que Dworkin abre o Direito para a visão pluridimensional da decisão judicial em uso de outras disciplinas, pois considera que todos os argumentos passíveis de sustentar um julgamento moral ou jurídico, desde que elaborados de acordo com a melhor interpretação das práticas jurídicas, serão fontes jurídicas articuláveis na aplicação do Direito, inexistindo um número fixo de padrões de julgamento<sup>344</sup>.

Assim, a decisão judicial se constrói mediante a subsunção de regras jurídicas e mediante a operação argumentativa de balanceamento dos demais padrões de julgamento menos densos, interpretando de maneira criativa as decisões anteriores e as novas práticas jurídicas que abarcam o futuro da comunidade, dando integridade ao Direito<sup>345</sup>. Admite-se, portanto, ao julgador se utilizar do conhecimento interdisciplinar como outros elementos decisórios<sup>346</sup> em defesa da moralidade constitucional<sup>347</sup>.

---

<sup>344</sup> “O meu ponto não é que o 'direito' contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que o 'direito' é um conjunto de padrões fixos de algum tipo”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 119.

<sup>345</sup> “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que por este motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam a prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas. In: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

<sup>346</sup> “Concluo que, se tratamos os princípios como direito, devemos rejeitar a primeira doutrina positivista, aquela segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais através de algum teste que toma a forma de uma regra suprema”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 70.

<sup>347</sup> “Os indivíduos têm direito à uma aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a

Adiante, o marco teórico desenvolvido por Richard Posner é o que mais antagoniza com o conceito de Direito construído nas demais vertentes pós-positivista que se traz a baila. Trata-se de corrente de pensamento pragmática, a qual é voltada à análise das futuras consequências econômicas que decorrerão na tomada de decisão judicial, com escopo de instrumentalizar o Direito em promover o mercado.

É indiscutível o caráter interdisciplinar que o Direito alcança pela Teoria Jurídica proposta em Posner, pois idealiza uma teoria econômica unificada ao Direito, – de abordagem do tipo ambiciosa como o próprio autor denomina, – com escopo de facilitar operações de livre mercado mediante a decisão judicial<sup>348</sup>.

O entendimento de Posner admite um complexo entrelaçamento entre Direito e Moral, em que o autor reconhece que a manifestação da opinião pública<sup>349</sup> retrata a moral e é elemento não jurídico legítimo na construção decisória<sup>350</sup>, entretanto não adota método de decisão judicial pautado na moralidade política, por considerar a fragilidade que o raciocínio moral apresenta para solucionar os debates jurídicos<sup>351</sup>. Porquanto, para o autor, “o mais

---

moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deverá defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 197.

<sup>348</sup> “O aspecto *teórico* mais ambicioso da abordagem econômica do direito é a proposta de uma teoria econômica unificada do direito, no âmbito da qual se considera que a função desta é a de facilitar a operação do livre-mercado e, nas áreas em que os custos das transações mercadológicas são proibitivos, a de ‘mimetizar o mercado’ por meio de determinações, mediante decisão judicial, do desfecho que seria mais provável caso as transações do mercado fossem viáveis”. In: POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XIII- XIV.

<sup>349</sup> “Nietzsche tentou destruir o *status* ontológico da moral cristã ao argumentar que as crenças morais refletem as necessidades e circunstâncias dos grupos dominantes nas comunidades que porventura a sustentem. Em outras palavras, a moral é relativa e não absoluta; na verdade, moral é opinião pública”. POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 321.

<sup>350</sup> “o juiz tenta obter o melhor resultado a partir dos diferentes materiais que tem em mãos, materiais que incluem não apenas os precedentes, a linguagem legal e outros materiais especificamente ‘jurídicos’, mas também elementos de moralidade política. Esse é um retrato preciso do juiz norte-americano e concordo com Dworkin quanto ao fato do juiz assim representado não ser um juiz juridicamente ilegítimo.” POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 321.

<sup>351</sup> “os métodos da filosofia moral e política não são poderosos o bastante para solucionar os debates morais que afetam profundamente as pessoas, nem para oferecer bases sólidas para os julgamentos legais depois de tê-los resolvido. Na verdade, por mais frágeis que sejam os métodos de raciocínio jurídico, não são mais frágeis do que os métodos de raciocínio moral”. In: POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 472.

importante campo interdisciplinar dos estudos jurídicos é a análise econômica do direito, ou, em sua definição mais comumente conhecida, 'teoria econômica do direito'<sup>352</sup>, isto devido a ponderação que a economia é a estrutura implícita de todo raciocínio jurídico<sup>353</sup>.

No que concerne a interpretação e aplicação do Direito, a teoria de Posner sustenta seu raciocínio em bases pragmáticas de análise as consequências da decisão judicial. Pautando-se na razoabilidade dos resultados, busca reconstruir a situação fática do caso e os efeitos decisórios futuros para maximizar as riquezas<sup>354</sup>.

Nesta medida, a razoabilidade é o limite segundo o qual o conhecimento interdisciplinar se delinea na construção decisória, porquanto, “a teoria jurídica interdisciplinar é inevitável”<sup>355</sup>. Assim, a interpretação se perfaz indispensavelmente de larga abertura disciplinar para argumentar todos os possíveis efeitos decisórios.

Assim, a dependência do Direito com as demais dimensões toma grandes proporções no marco teórico desenvolvido em Posner, “a análise econômica do direito, quase por definição, nega a autonomia do direito”<sup>356</sup>, haja

---

<sup>352</sup> POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 3.

<sup>353</sup> POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 19.

<sup>354</sup> “A razoabilidade como norte judicial. Onde fica o juiz em tudo isso? Não me ocorre nenhuma abordagem melhor, para os juízes, do que conceberem sua tarefa, em cada caso, como a de empenhar-se para chegar ao resultado mais razoável nas circunstâncias – que incluem, embora não estejam a eles limitados, os fatos do caso, as doutrinas jurídicas, os precedentes e virtudes do Estado de Direito como o *stare decisis*”. In: POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 37.

Outrossim, “Vou mostrar-me favorável a uma teoria do direito como 'atividade' – a teoria que fundamenta a teoria da previsão de Holmes; favorável ao behaviorismo e, portanto, contrário às 'férteis' concepções do mentalismo, da intencionalidade e do livre-arbítrio; favorável ao uso crítico da lógica, por oposição a seu uso construtivo; favorável à ideia de que, nos casos difíceis, o objetivo apropriado do juiz é um resultado razoável, e não um resultado demonstravelmente certo; e favorável a uma concepção do juiz como um agente responsável, e não como um canal de decisões tomadas em outras instâncias do sistema político”. In: POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 174:

<sup>355</sup> POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 587.

<sup>356</sup> POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. VIII.



vista que “outras disciplinas têm muito com que contribuir para a compreensão e o aperfeiçoamento do direito”<sup>357</sup>.

Neste seguimento, pode-se considerar que o pragmatismo de Posner apresenta, dentre as demais vertentes teóricas, o pensamento mais aberto para a interdisciplinaridade do Direito. Ainda que desconsidere a pertinência da moralidade política como critério de razoabilidade e eficiência decisória, não se fecha a sua incidência, apenas desconsidera o elemento como preponderante para a utilidade pragmática, haja vista que o ideal de direito e economia “é hostil à ideia de usar a teoria moral e política abstrata para orientar o processo de tomada de decisão”<sup>358</sup>.

Em avanço, a Crítica Hermenêutica do Direito é Teoria Jurídica pós-positivista que se preocupa expressamente em trazer novo norte ao Direito sob o olhar das consequências trazidas à jurisdição constitucional pelo redimensionamento na práxis político-jurídica decorrente do constitucionalismo contemporâneo. Com peculiar pauta na prática deliberativa dos tribunais e do ordenamento jurídico no Brasil, porquanto o estudo é construído pelo jurista brasileiro Lenio Luiz Streck<sup>359</sup>.

O marco teórico de Streck, ora em apreço, pauta-se em três modificações no plano da teoria do direito, quais são: a teoria das fontes que se legitima na supremacia constitucional; a teoria das normas jurídicas que se colmata pela força dos princípios jurídicos unido às regras; e, ainda, a teoria da interpretação que se blinda do protagonismo judicial, decorrente da discricionariedades e do ativismo, através da hermenêutica jurídica<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 587.

<sup>358</sup> POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 47.

<sup>359</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

<sup>360</sup> “Assim, para efeitos dessas reflexões e a partir de agora, passarei a nominar Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas) o movimento que desaguou nas Constituições do segundo pós-guerra e que ainda está presente em nosso contexto atual, para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo. [...] Nessa medida, pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano 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 à onipresença da

No que se refere às fontes jurídicas, a supremacia da Constituição faz despontar a validade das leis postas em consonância com a defesa dos preceitos constitucionais como fundamento da ordem jurídica, para tanto, busca a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais para efetivar as igualdades<sup>361</sup>, sob a postura substancialista. A função de tal postura materialista é transformar a sociedade, dentro dos quadros principiológicos da Constituição<sup>362</sup>, porquanto o Direito incorporou conteúdo moral que precisa ser tutelado<sup>363</sup>.

No que diz respeito à Norma Jurídica, Streck considera a mesma como “o produto da interpretação da regra jurídica realizada a partir da materialidade principiológica”<sup>364</sup>. Assim, a regra não se despoja do princípio, tampouco existe princípio sem regra por defronte. A norma consiste, portanto, no resultado da aplicação cumulativa de regra e seu princípio indutor, havendo a colmatação entre os dois fenômenos. Considerando que o princípio só se realiza a partir de uma regra prescrita, os princípios possuem força normativa e institucionalizam o mundo prático do Direito. Quando se unificam ao texto normativo prescrito mediante a regra, os princípios alcançam a realidade prática do direito, retirando o formalismo típico da norma vista apenas pela disposição

---

Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que, nos termos que proponho, representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos)”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

<sup>361</sup> “Esse novo modelo constitucional supera o esquema de igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração de novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e critérios de compensação constitucionais”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 296.

<sup>362</sup> “Nesse sentido, deixo claro no desenvolvimento desta obra que assumo uma postura substancialista, para a qual o Judiciário (e, portanto, o Direito) assume especial relevo. [...] Esta postura implica assumir a tese de que, no Estado Democrático de Direito, o Direito tem uma função transformadora”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 295-296.

<sup>363</sup> “O direito incorporou um conteúdo moral, passando a ter um caráter de transformação da sociedade. Esse ideal de 'vida boa' deve ser compreendido como dirigido e pertencente a toda a sociedade (esse é o sentido da moral), sendo a Constituição o modo para alcançá-lo”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 230.

<sup>364</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 549

da regra, típico do ideal juspositivista e somam os conflitos sociais ao direito, materializando o texto<sup>365</sup>.

No que concerne à aplicação do Direito, o julgador se coloca perante a situação fática que o conduz com a pergunta-problema, e procura no Ordenamento Jurídico a regra para resolução da controvérsia, a qual articula em concordâncias com os princípios relacionáveis, o resultado de tal atribuição é a norma jurídica, consiste na resposta decisória. Assim, a subsunção<sup>366</sup> não se aplica na teoria da hermenêutica jurídica em apreço, mas o círculo hermenêutico<sup>367</sup> e a diferença ontológica que auxiliam na construção decisória.

Quanto à interpretação jurídica, consiste nos pré-juízos aplicáveis pelo julgador frente ao texto normativo e com a atribuição dos padrões morais advindos dos princípios regulados, para fechar a interpretação do texto e se chegar na resposta normativa<sup>368</sup>. A interpretação é um processo especulativo,

---

<sup>365</sup> “Relevante, nesse sentido, contestar a tese de Alexy, para quem os princípios são (apenas) mandados de otimização. Tal circunstância enfraquece a força normativa dos princípios, que são, pois, deontológicos, normas jurídicas com ampla força normativa. Mais do que isto, princípios são a institucionalização do mundo prático no direito. Os princípios constitucionais são o modo de superação do mundo das regras do positivismo. Por isso o neoconstitucionalismo resgata a 'realidade perdida', trazendo para dentro do direito os conflitos sociais e todos os demais elementos que não faziam parte, até então, das 'preocupações do positivismo'”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 253.

<sup>366</sup>: “Veja-se aqui como cai por terra qualquer pretensão metódico-dedutivista, assim como as possibilidades de o jurista 'realizar subsunções'. Com efeito, a partir da hermenêutica filosófica e da filosofia hermenêutica, não há como falar de um 'geral-universal' e tampouco de um 'particular-empírico', mas, sim, de um 'termo médio', no qual o ser se manifesta, isto é, onde se dá o acontecimento da verdade. O 'fundamento' desse acontecimento é o modo de ser, que decorre da faticidade e da historicidade do intérprete”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 220. Outrossim, “veja-se a complexidade: assim como não se procede subsuntivamente quanto se interpreta (e, portanto, se aplica) um texto normativo em relação a uma situação fática, também quando se interpreta um texto com base na Constituição não ocorre esse processo subsuntivo/dedutivo. O sentido do texto se dá a partir do modo de ser-no-mundo no qual está inserido o intérprete. Não se percebe o texto primeiramente como 'ser-objeto'. Há um mundo circundante onde acontece essa manifestação. Ao vislumbrar o texto, já há um ter-prévio, um ver-prévio e um pré-conceito acerca da Constituição” In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 281-282.

<sup>367</sup> “não há respostas/interpretações (portanto, aplicações) antes da diferença ontológica ou, dizendo de outro modo, antes da manifestação do caso decidendo” In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 461- 550.

<sup>368</sup> “Do texto sairá, sempre, uma norma. A norma será sempre o produto da interpretação do texto. [...] Mas isto não pode significar que haja uma separação (ou 'independência') entre ambos (texto e norma). [...] Na verdade, o texto não subsiste como texto; não há texto isolado da norma! O texto já aparece na 'sua' norma, produto da atribuição de sentido do intérprete,

não pressupõe significados imutáveis, portanto é ato que não que o resultado não pode ser repetido, gerando novos sentidos ao julgador<sup>369</sup>.

Assim, a hermenêutica do Direito é um modelo construído mediante a articulação das teorias de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e Ronald Myles Dworkin<sup>370</sup>. O círculo hermenêutico e a diferença ontológica são blindagens contra relativismos interpretativos, inibindo a discricionariedade judicial e os ativismos jurídicos<sup>371</sup>.

A interdisciplinaridade do Direito pela hermenêutica do Direito apresenta abertura no sentido de que os padrões morais são insersível na norma jurídica mediante os princípios jurídicos que especulam a correção moral do texto normativo. A formação da decisão judicial depende que a regra se pautem nos princípios reguladores que norteiam seu valor axiológico defensável.

A norma jurídica é construída mediante a articulação entre regras e princípios, com a finalidade de resolver adequadamente um determinado problema emergente na facticidade. Os Princípios não servem como aberturas para tomada de Decisão, mas justamente servem para limitar a atuação dos poderes, fechando os elementos que articulam a resposta normativa e, conseqüentemente, ampliando a previsibilidade decisória. Assim, a hermenêutica protege a autonomia do Direito. De igual forma que visa blindar a discricionariedade judicial e o ativismo jurídico, visa também blindar o Direito da

---

sendo que, para isto, como será demonstrado em seguida, não exist eum processo de discricionariedade do intérprete, uma vez que a atribuição de sentido ex-surgirá de sua situação hermenêutica, da tradição em que está inserido, enfim, a partir de seus pré-juízos". In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 311-312.

<sup>369</sup> "As palavras são especulativas, e toda a interpretação é especulativa, uma vez que não se pode crer em um significado infinito, o que caracterizaria o dogma". In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 184.

<sup>370</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

<sup>371</sup> Ora, "[...] o círculo hermenêutico e a diferença ontológica colocam-se como blindagem contra os relativismos". In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 348. Ainda, "Cada interpretação é uma nova interpretação. Cada texto jurídico gera novos sentidos. Por isto é impossível reproduzir sentidos; sempre atribuímos novos sentidos". In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 222.

Moral, da Política e da Economia que não se insere pelo quadro de articulação<sup>372</sup>.

Nesta entoada, Streck<sup>373</sup> anuncia que o uso da Moral tende as gostos e particularidades e, portanto, não favorece o fortalecimento dos postulados normativos:

Em síntese, e foi exatamente isso que eu disse na Comissão do Novo Código de Processo Penal, eis aí a questão que desde sempre preocupou a Teoria do Direito (portanto, de todos os ramos do Direito): se remetermos a validade de uma norma e a apreciação de provas às opiniões desde um ponto de vista moral, estaremos deixando o Direito refém justamente da divergência entre opiniões morais, com que o Direito, enfim, o que é certo ou errado? dependerá do gosto de cada um. E ao que consta, ainda não inventaram, até hoje, uma TGP. Não, não falo de uma Teoria Geral do Processo. Refiro-me à outra TGP: a Teoria do Gosto Pessoal.

A influência das demais dimensões interdisciplinares é reconhecida pela teoria hermênutica, mas cabe a Teoria do Direito proteger o núcleo de norma fundamental postulado pelo Estado Democrático de Direito. Assim, a incidência dos demais ramos do saber dentro da prática jurisdicional mediante a busca da construção transformativa do Direito e pautados diretamente nos princípios e regras previstos é legítima. Por outro lado, não há justificativas para as demais disciplinas incidirem para a derrotar os preceitos legais instituídos,

---

<sup>372</sup> “A constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos de neoconstitucionalismo é, assim, a manifestação desse grau de autonomia do direito, isto é, deve ser entendido como a sua dimensão autônoma face às outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral. [...] Trata-se de uma autonomia entendida como ordem de validade, representada pela força normativa de um direito produzido democraticamente e que institucionaliza (ess)as outras dimensões com ele intercambiáveis. Em outras palavras, o direito, para não ser solapado pela economia, pela política e pela moral (para ficar nessas três dimensões), adquire uma autonomia que, antes de tudo, funciona como uma blindagem contra as próprias dimensões que o engendraram. [...] Autonomia do direito não pode implicar indeterminabilidade desse mesmo direito construído democraticamente. Se assim se pensar, a autonomia será substituída – e esse perigo ronda a democracia a todo tempo – exatamente por aquilo que a gerou: o pragmatismo político nos seus mais diversos aspectos, que vem colocando historicamente o direito em permanente 'estado de exceção'”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 330-331.

<sup>373</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre Direito e Moral**: os problemas da interpretação e da decisão judicial. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 5.

como dimensões que avançam contra o Direito, isto para que este não resvale em fracassos pela falta de controle das ingerências externas<sup>374</sup>.

Assim, observa-se que todas as propostas pós-positivistas enxergam alguma forma de articulação entre Direito e Moral, notório que o maior impacto da Moralidade é trazido pela tese de valores desenvolvida em Dworkin. Ao passo que as fronteiras do Direito são fortemente alargadas pela relação entre Direito e Economia, desenvolvida em Posner. De todo modo, as teorias pós-positivistas abarcam em algum aspecto a Interdisciplinaridade do Direito e a visão da decisão judicial pluridimensional, típica dos atuais fatos sociais que adentram a juridicidade.

A dinâmica jurídica está permanentemente diante dos influxos Interdisciplinares da Moralidade, da Política e das demais disciplinas. Sem retirar a segurança do cunho normativo, mas considerando a função social que o Estado desempenha, importante notar que “o poder do Estado não deve contentar-se com a legalidade técnico-jurídica; por necessidade da sua própria subsistência, deve também preocupar-se da justificação moral das suas normas jurídicas ou convencionais positivas, procurar a legitimidade”<sup>375</sup>.

Neste contexto, reflexiona-se que a Moralidade Política e o Direito são fenômenos que precisam ser relacionados e discutidos para estabelecer os limites e as legítimas aplicações do Direito quando esses influxos nascem no cenário de debate jurídico.

---

<sup>374</sup> “Refira-se, por derradeiro, que a análise econômica do direito (AED) fragiliza sobretudo a autonomia do direito. Nesse sentido, parece não haver dúvida de que o direito surgido do paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alçada diante dos fracassos da falta de controle da e sobre a política (aqui compreendida também a economia). A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório, é, assim, a manifestação desse acentuado grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma ante as outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há de se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a porta de entrada dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, levando consigo a política e a análise econômica do direito; é nesse contexto em que deve ser vista a 'retomada' da moral pelo direito, a partir daquilo que Habermas tão bem denomina cooriginariedade)”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211.

<sup>375</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 288.

## 2.3 O DIREITO E A MORALIDADE POLÍTICA

Na intenção de esclarecer os valores é indispensável percorrer discursos que reconheçam os postulados da Ética, Moral, Justiça e Direito.

Quando se fala em Moral, designa-se pelo dever de fazer a coisa certa. Trata-se da forma de agir pelo bem, dentro da noção pessoal de certo e errado. A Ética, por sua vez, é a postura reflexiva de lidar com as situações da vida pensando no modo como as responsabilidades pessoais incidem com relação ao outro. O foco da Ética é a conduta dentro da sociedade, buscando razões plurais.

Neste sentido, a Ética transcende os parâmetros valorativos individuais, enquanto que a Moral Privada é a percepção individual de fazer a coisa certa, que retrata a forma como cada pessoa guia sua vida. Já a Moral Pessoal se designa pela ideal crítico da moral dentro cada indivíduo, que sob a visão humanística, todos chegaríamos as mesmas conclusões em condições reflexivas objetivas de análise, o que leva a moral pessoal a ser unívoca.

Assim, a Moral é o conjunto de valores particulares e a Ética conjunto de valores da sociedade. As normas morais, portanto, têm o sentido de uma obrigação interna, fundada na razão escolhida pela consciência pessoal do indivíduo, enquanto que as normas éticas objetam orientar e delimitar as deliberações tomadas perante um grupo social.

Segundo Habermas, a Ética da espécie humana é o princípio que preserva a liberdade de cada indivíduo em compreender criticamente a sua própria história pessoal e formar a Moral privada. As convenções morais se relacionam com a eficácia da vontade individual se estão preenchidas pela autocompreensão da Ética voltada para a preocupação com o bem em si e pelos interesses da justiça<sup>376</sup>. Assim, a reflexão Ética, consciente ou não pelo

---

<sup>376</sup> “Las convicciones morales sólo ligan con eficacia la voluntad si están insertas en una autocomprensión ética que enganche la preocupación por el propio bien al interés por la justicia”. In: HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?** Barcelona: Paidós 2002. p. 14.

Outrossim, “Me parece que hay un argumento al que hay que dar un peso especial en el debate sobre la mejor autocomprensión ética de la especie: no todas las concepciones

indivíduo, é que valoriza a Moral, pois um juízo moral não é o mesmo sem que haja juízo ético<sup>377</sup>.

É consabido de todos que a escolha individual pelo certo ou errado perpassa por divergências sobre as crenças e valores que cada um acredita. Segundo Joshua Greene, a Moral se compõe por várias “tribos” com visões incompatíveis sobre como a sociedade deve ser. Cada grupo que se forma por afinidades de costumes, acredita em si o “senso comum moral” mais adequado para regular a vida em sociedade. A ordem social é o compartilhamento de alguns valores que geram acordo, mas não há uma filosofia moral global para ajeitar as discrepâncias valorativas<sup>378</sup>.

Observa-se que diversos campos discursivos advêm da Moral. A percepção individual de fazer a coisa certa retrata a forma como cada pessoa

---

armonizan de la misma manera con nuestra autocomprensión como personas moralmente responsables, [ . . . ] [porque] la vida en el vacío moral, en una forma de vida que ni siquiera conociera el cinismo moral, no merecería vivirse. Éste no es en sí mismo un argumento moral pero utiliza las condiciones de las que depende la conservación de una autocomprensión moral como argumento para un autocomprensión ética de la especie”. In: HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?** Barcelona: Paidós 2002. p. 121.

<sup>377</sup> “Una valoración de la moral en total no es ella misma un juicio moral sino un juicio ético, un juicio de ética de la especie”. In: HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?** Barcelona: Paidós 2002. p. 98.

<sup>378</sup> “Acho que o que nos falta é uma filosofia moral global e coerente que possa solucionar as discordâncias entre tribos morais em competição. A ideia de uma filosofia moral universal não é nova. Tem sido um sonho dos pensadores morais desde o iluminismo, mas jamais funcionou muito bem. O que temos, em vez disso, são alguns valores partilhados, alguns valores não partilhados, algumas leis com as quais concordamos e um vocabulário comum que usamos para expressar os valores que partilhamos e aqueles que nos dividem”.

Outrossim, a teoria de Joshua Greene considera que: “compreender a moralidade requer duas coisas: primeiro, precisamos compreender a estrutura dos problemas morais modernos [...] segundo, precisamos compreender a estrutura do nosso cérebro moral e como diferentes modos de pensar são adequados para solucionar diferentes tipos de problemas. [...] O primeiro é mais básico. É o problema do ‘eu’ versus ‘nós’: egoísmo versus preocupação com os outros. [...] O segundo tipo de problema moral é indistivamente moderno. É o ‘nós’ versus ‘eles’: nossos interesses e valores versus os deles. [...] o cérebro moral é como uma câmera dual, com um modo automático (como ‘retrato’ ou ‘paisagem’) e um modo manual. [...] O modo automático do cérebro são as emoções morais [...]. O modo manual, em contraste, é a capacidade geral raciocínio prático que pode ser usado para solucionar problemas morais e outros problemas práticos. [...] a moeda comum. Aqui começaremos a busca pela metamoralidade, uma filosofia moral global que possa mediar as moralidades tribais opostas [...] ser pragmatismo profundo: quando devemos confiar em nossos modos automáticos, nossas intuições morais, e quando devemos mudar para o modo manual? E, quando, estamos no modo manual, como devemos usar nossos poderes de raciocínio? Aqui, temos uma escolha: podemos usar nossos grandes cérebros para racionalizar nossas convicções morais intuitivas ou podemos transcender as limitações de nossas reações tribais intuitivas”. In: GREENE, Joshua. **Tribos morais: a tragédia da moralidade do senso comum**. Rio de Janeiro: Record. 2018. p. 3-10.



guia sua vida e é assunto, como visto, que adentra à Moralidade privada. Já a Moralidade Política é um ideal que externaliza determinações valorativas sobre questões políticas, isto é, consiste na interpretação justificadora do Direito e dos comportamentos em favor dos bons preceitos reguladores para a sociedade, com o propósito de estabelecer a integridade política. Deste campo deriva o espaço público que faz nascer a opinião pública, assunto que se aprofundará oportunamente nos próximos capítulos.

Pelo sentido da estrutura da árvore moral, Dworkin sustenta que do ramo da Ética deriva o galho da Moralidade pessoal, e deste galho ramifica a Moralidade Política, por fim, ligado ao último galho da Moralidade Política advém o Direito<sup>379</sup>.

Importante consignar que Dworkin cria um conceito único sobre Ética do qual não se comunga no presente estudo. Para tanto, ao diferenciar esta e Moral (pessoal), diz que ambas se explicam pelo senso de responsabilidade de viver bem como indivíduo e com o próximo, designando a Ética como o julgamento sobre o que é viver bem, por algo que as pessoas tem a responsabilidade de fazer por si mesmas, enquanto a moral é a visão da responsabilidade pelo próximo<sup>380</sup>.

Em suma, Dworkin<sup>381</sup> anuncia que o Direito é a parte da Moral Política que regula os direitos jurídicos, enquanto que a Moralidade Política é o campo

---

<sup>379</sup> Afirma que “a moral pessoal deflui da ética e a moral política, da moral pessoal [...] o direito é um ramo, uma subdivisão, da moral política”. In: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 620.

<sup>380</sup> “A ética estuda como as pessoas devem administrar sua responsabilidade de viver bem, e a moral pessoal, o que cada qual, como indivíduo, deve aos outros indivíduos. A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial”. In: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 500.

<sup>381</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 622. Outrossim, Dworkin explica que: “A moral política, por sua vez, estuda o que todos nós, juntos, devemos uns aos outros enquanto indivíduos quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial [...] os indivíduos têm direitos políticos, e pelo menos alguns deles correspondem não aos deveres de indivíduos particulares, mas aos deveres coletivos da comunidade. [...] Capturando essa ideia, podemos afirmar que os direitos políticos atuam como trunfos contra justificativas de ação política que, de outro modo, seriam adequadas.” In: DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 502-503.

que disciplina responder a seguinte pergunta política normativa: sob quais condições as pessoas adquirem direitos e deveres genuínos que sejam exigíveis e imponíveis? O estudo dos direitos políticos (e não os jurídicos) justificadores que emanam do Estado.

Assim, o Direito se constitui dos valores que compõe a Moralidade Política, que é uma das vertentes do que é a Moral. Somente a interpretação jurídica à luz da Moralidade Política revela a virtude do Direito e o respeito aos valores constituídos, ela é como parte integrante da Teoria Jurídica.

Outrossim, a Moral se relaciona com o conceito de justiça, pois a percepção do outro agir errado no meio social pode refletir o sentimento de injustiça. Para Michael J. Sandel, “justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas”. Existem incontáveis reflexões sobre como os indivíduos tratam uns aos outros, ou ainda, a respeito de como a lei deve ser e como a sociedade deve se organizar. A justiça buscará como prioridade o ideal por equidade ou priorizará o ideal pelo bem-estar. Dentre a vastidão de concepções que se intitulam ao que é justo, ressaltam-se três abordagens principais: 1. a visão utilitarista diz que justiça significa maximizar a utilidade e o bem-estar, a máxima felicidade para o maior número de pessoas. 2. a visão libertária diz que justiça é respeitar a liberdade de escolha e o livre mercado; e também, a visão igualitária liberal diz que justiça é livre escolha em circunstâncias equânimes. Por fim, 3. A visão do bem comum diz que a justiça é o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum<sup>382</sup>. Dentre as abordagens, compreende-se que justiça é mais completa quando vista como o princípio pelo bem comum através do cultivo da virtude cívica.

O entrelaçamento entre a justiça social – ou o sentimento de justiça,

---

<sup>382</sup> “Não se pode alcançar uma sociedade justa simplesmente maximizando a utilidade ou garantindo a liberdade de escolha. Para alcançar uma sociedade justa, precisamos raciocinar juntos sobre o significado da vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente ocorrerão. [...] Se uma sociedade justa requer um raciocínio sobre a vida boa [...] o desafio é imaginar uma política que leve a sério as questões morais e espirituais, mas que as aplique a interesses econômicos e cívicos, e não apenas a sexo e aborto. [...] Como poderia ser uma nova política do bem comum? Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum [...] cultivar virtude cívica”. In: SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. p. 321-325.

– e os valores morais demonstram a insuficiência do paradigma do juspositivismo para a construção de decisões judiciais de casos carregados de valor axiológico.

Para Dworkin<sup>383</sup>, “a teoria do direito é um exercício de moralidade política substantiva”, e as opiniões do julgador sobre a moralidade política influenciam a sua tomada de decisão judicial. Já para Alexy, em contraponto, as considerações de cunho moral somente podem incidir como elementos corretivos do Direito positivo em situações de injustiça extrema, consoante a conhecida Fórmula Radbruch<sup>384</sup>.

Sobre o assunto, Michael J. Sandel narra, por exemplo, que as discussões como o casamento entre pessoas do mesmo sexo; as células-tronco e o aborto são questões políticas que não se resolvem sem que se aborde a controvérsia moral e religiosa implícita ao debate. No caso do aborto, quando se formam argumentos de cunho liberal em favor da neutralidade do Estado, não se tratará de estabelecer critérios neutros em relação a moral. Aceitar as razões que militam pela “pró-escolha” é o mesmo que reconhecer o Estado comopositor aos dogmas religiosos que se pautam no direito à vida do feto. Desta forma, o que se explica é que a neutralidade não existirá, e “o argumento para permitir o aborto não é mais neutro do que o argumento para proibi-lo”<sup>385</sup>, a resposta se conduzirá no contestado terreno Moral, não havendo neutralidade no valor Moral que adentra a juridicidade, mas apenas a neutralidade em construir a decisão judicial que postule uma abordagem de justiça<sup>386</sup>.

---

<sup>383</sup> DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 252. Ademais, “as diversas correntes de abordagem profissional da teoria do direito fracassaram pela mesma razão subjacente. Elas ignoraram o fato crucial de que os problemas de teoria do direito são, no fundo, problemas relativos a princípios morais e não a estratégias ou fatos jurídicos”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 12. Outrossim, “a opinião dos juízes sobre a moralidade política influencia suas decisões constitucionais; e, embora fosse fácil para eles explicar essa influência pelo fato de a Constituição exigir uma leitura moral, eles nunca o fazem”. In: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5.

<sup>384</sup> “Nessa versão [do argumento da injustiça], as normas individuais de um sistema perdem o caráter jurídico quando determinado limiar da injustiça ou da iniquidade é transposto. Sua variante mais conhecida é a fórmula de Radbruch” In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 48.

<sup>385</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. p. 313.

<sup>386</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. p. 312-321.

Enquanto a visão entre Direito e Moral for pautada na ideia de que a Moral é apenas orientações valorativas subjetivas (Moralidade privada), não há racionalidade em legitimar o Direito Positivo. Isto pela falta de aspectos racionais que concedam um sentido prático ao emprego da Moral. Entretanto, os diversos conteúdos valorativos concorrentes formam um núcleo Moral de fundamentos institucionalizados pela Moralidade Política, assim é possível percorrer reflexão sobre processos jurídicos abertos aos discursos Morais que legitimam o Direito.

Segundo Zanon Jr., é inviável que a autoridade pública fuja de questões de Moralidade Política ao estabelecer textos normativos (fase de positivação) ou tomarem decisões (etapa de interpretação e aplicação), porquanto a deliberação a respeito das opções disponíveis e da melhor alternativa a tomar perpassa invariavelmente por análises axiológicas que podem valorar a alternativa mais justa ou a alternativa economicamente mais adequada, dentre outras<sup>387</sup>.

A Interdisciplinaridade, portanto, possibilita que a aplicação do Direito se volte a outros ramos do saber para que alcance a justiça. Ora, “o poder do Estado não deve contentar-se com a legalidade técnico-jurídica; por necessidade da sua própria subsistência, deve também preocupar-se da justificação moral das suas normas jurídicas ou convencionais positivas, procurar a legitimidade”<sup>388</sup>.

Neste diapasão, Habermas<sup>389</sup> atesta que a dominação da legalidade só faz sentido se extrair sua legitimidade de uma racionalidade procedimental com teor Moral. Inegável é a relação interna entre Direito e Moral. Diante disso, a “política e o direito têm que estar afinados com a moral – numa base comum

---

<sup>387</sup> ZANON JR. Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. Florianópolis: Empório do direito, 2016. p. 96.

<sup>388</sup> HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Mestre Jou, 1968. p. 288.

<sup>389</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 194.

Outrossim, “a referência às teorias procedimentalistas da moral e do direito visa apenas esclarecer por que os limites entre o direito e a moral não podem ser estabelecidos unicamente com o auxílio dos conceitos “formal” e “material”. As considerações que tecemos levam [...] à conclusão de que a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; ela resulta [...] de uma relação interna entre o direito e a moral”. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 202.

de fundamentação pós-metafísica –, mesmo que os pontos de vista moral não sejam suficientemente seletivos para a legitimação de programas de direito”. Ademais, a legitimidade que a Moralidade Política garante ao Direito impede que este seja um mero instrumento nas mãos do agente político para qualquer tipo de fins políticos<sup>390</sup>.

Sobre ao aludido, Lenio Streck<sup>391</sup> diz que o conteúdo jurídico é inegavelmente mergulhado nas disciplinas da Política, da Moral e Economia, dentre outras áreas. Entretanto, alerta que o reconhecimento da influência da interdisciplinariedade não admite a diminuição da autonomia do Direito. A independência do Direito é garantida pelo constitucionalismo social e instituída na Constituição, e não deve a interdisciplinaridade servir de porta de entrada para discursos adjudicadores com pretensões corretivas do Direito pela Moral, conferindo meios para a Política e a Economia serem fins em si mesmos.

Assim, a transposição inadequada de teorias jurídicas alienígenas incompatíveis com a experiência jurídica brasileira é ponto de discussão pelos juristas. Olhando a fundo, a abertura do sistema jurídico para elementos externos não se confunde com a abertura da decisão judicial para o estilo ponderativo de argumentação jurisprudencial constitucional. Ora, “a principiologia e o modelo de sopesamento, se adotados de forma muito maleável e tecnicamente imprecisa, atuam como um estimulante de um ‘casuísmo’ descomprometimento com a força normativa da constituição e a autoconsistência constitucional do sistema

---

<sup>390</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 313.

Em favor deste pensamento, Habermas diz que “se a política se servisse da forma do direito para *qualquer tipo de fins*, destruiria a função própria do direito e feriria as condições de criação do direito e do poder político”. In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Vol 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 171.

<sup>391</sup> “[...] parece não haver dúvida de que o direito surgido do paradigma do Estado Democrático de Direito deve ser compreendido no contexto de uma crescente autonomização, alçada diante dos fracassos da falta de controle *da e sobre* a política (aqui compreendida também a economia). A Constituição, nos moldes construídos no interior daquilo que denominamos constitucionalismo social e compromissório, é, assim, a manifestação desse acentuado grau de autonomia do direito, devendo ser entendido como a sua dimensão autônoma ante as outras dimensões com ele intercambiáveis, como, por exemplo, a política, a economia e a moral (e aqui há de se ter especial atenção, uma vez que a moral tem sido utilizada como a *porta de entrada* dos discursos adjudicadores com pretensões corretivas do direito, levando consigo a política e a *análise econômica do direito*”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 211.

jurídico”, alerta Marcelo Neves<sup>392</sup>.

Alerta-se, mais uma vez, que a aplicação Moralidade Política como conhecimento interdisciplinar de influência na decisão judicial é fundamento justificador dos postulados legais. Assim, a aplicação do conhecimento interdisciplinar pelo julgador servirá para legitimar a legalidade e não promover sua inobservância.

Em estudo científico, difundido a partir de uma pesquisa de campo efetuada pelo IDESP<sup>393</sup>, sobre a opinião de parcela dos magistrados brasileiros a respeito da chamada “crise do Judiciário”, demonstrou-se que 73,1% dos magistrados entrevistados são partidários da premissa de que o juiz tem um papel social a cumprir. O estudo apontou que os juízes consideram a importância do Direito Positivo para o alcance da Justiça, entretanto acreditam que a função de julgar vai além da aplicação das leis, implica a satisfação do anseio social. Ademais, alguns magistrados, assinala-se que parcela diminuta, expressaram

---

<sup>392</sup> Observa-se dois polos teóricos aplicáveis ao fundamento de princípios na tomada de decisão judicial, fundamentados por Marcelo Neves a luz da construção feita por Bernstorff, quais são: a) a coerência encontrada no estilo de argumentação orientado pela ponderação categorial, independente de sopesamento, que se direciona a proteção nuclear dos direitos humanos e fundamentais, buscando efeitos independentes aos elementos do caso; e b) a inconsistência do estilo de argumentação com base na ponderação, usualmente aplicada na prática jurisprudencial brasileira, que pode ser classificada como ponderação *ad hoc* ou do tipo extrema, a qual se usa de muitas particularidades do caso sem que os critérios sejam independentes a ponto de servir para outros casos, com efeitos imediatos e de curto prazo, pautados em argumentos de abstrações principiológicas comprometidas com o particularismo encoberto sob manto retórico da justiça inerente aos princípios invocados, sem contornos reais do direito do caso, fragilizando a força de convencimento e de persuasão da decisão de forte relevância jurídica e social, e deslegitimizando a decisão e a credibilidade da corte constitucional. In: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 200-220.

<sup>393</sup> Instituto de Estudos Econômicos e Políticos de São Paulo. Foram entrevistados 570 juízes, sendo 529 da Justiça Comum e 41 da Justiça Federal, distribuídos em cinco estados – Rio Grande do Sul, Paraná, São Paulo, Goiás e Pernambuco –, de maneira rigorosamente proporcional ao total de juízes de cada estado e à respectiva distribuição em instâncias e entrâncias. Procurou-se, ao mesmo tempo, cobrir a diversidade regional do País e eventuais singularidades no pensamento do corpo de magistrados daqueles estados, visto que foram entrevistados cerca de 20% do total de juízes de cada um deles. O questionário aplicado, com 26 questões, procurou colher a opinião dos juízes sobre três áreas temáticas, abrangendo o que se convencionou chamar de “crise do judiciário”: a institucional, a estrutural e a procedimental. Além destas três, solicitou-se também a manifestação dos juízes sobre algumas questões doutrinárias (ou ideológicas) relacionadas à aplicação da justiça, particularmente no que se refere a possíveis tensões entre o direito positivo e o sentimento pessoal de justiça, sob o influxo da realidade social. In: SADEK, Maria Tereza (org). **In Uma introdução ao estudo da justiça** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. A crise do judiciário vista pelos juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa. pp. 17-31. Disponível em: < <http://books.scielo.org> >. Acesso em 26 nov. 2017.

que o Direito posto restringe seu campo de atuação para o alcance da justiça social como primazia<sup>394</sup>.

A pesquisa demonstra que os juízes se importam em responder aos anseios sociais. Tal ponto, por si só, não significa que os juízes deixam de aplicar o direito posto, mas demonstra que eles consideram um ponto de vista favorável as demandas de justiça social dentro da aplicação do Direito. Por esta racionalidade, importa em compreender qual a realidade das decisões judiciais proferidas pela Corte Superior no Brasil perante a aplicação do Direito, o uso da interdisciplinaridade e de argumentos decisórios de satisfação da justiça social.

A opinião pública, que se aprofundará adiante, é o apelo nascido no espaço público que abarca a voz social sobre determinados direitos, valores, condutas, servindo de contraponto aos comandos dos Poderes e legitimando o clamor de justiça social. Ressalta-se que a Interdisciplinaridade não condiz em mecanismo para satisfação da Opinião Pública na tomada de decisões, são pontos distintos. Ora, a Interdisciplinaridade não fortalece que a decisão judicial ceda às pressões sociais, mas que o conhecimento interdisciplinar seja instrumento para a melhor decisão judicial, a fim de que satisfaça a justiça e os interesses reais da sociedade, mesmo que não sejam identificados de tal forma pela mesma. Consiste em dizer que a decisão judicial que garante a justiça poderá ser contrária à Opinião Pública.

Assim, quando se toma ciência da Opinião Pública, detem-se um conhecimento justificador da moralidade política. A Opinião Pública se vincula ao campo do saber que disciplina a moralidade política. A Opinião Pública poderá ser utilizada como conhecimento interdisciplinar, mas a Interdisciplinaridade não deve servir a Opinião Pública, como esta fosse um fim

---

<sup>394</sup> Considerando, a afirmação que segue: “o compromisso com a justiça social deve preponderar sobre a estrita aplicação da lei (37,7% de concordância)”; e “[...] No que se refere precisamente ao Direito positivo – a norma legal que orienta a aplicação da justiça – é notável o grau de apreço manifestado pela grande maioria dos juízes. Apenas 11,1% dos entrevistados concordam com a afirmação de que “o Direito positivo não permite o espírito crítico”, e isto embora 73,7% julguem que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, tem que ser sensível aos problemas sociais”. In: SADEK, Maria Tereza (org). *In Uma introdução ao estudo da justiça* [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. A crise do judiciário vista pelos juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa. pp. 17-31. Disponível em: < <http://books.scielo.org> > Acesso em 26 nov. 2017. p. 30.

em si mesma para buscar a satisfação do sentimento de justiça social.

Assim, denota-se a importância que há na Ciência Jurídica refletir estudos que norteiem os critérios de conhecimento moral, ético e de justiça que adentram a juridicidade. O preceito normativo que é firmado em consonância com os postulados éticos, resultará em maior eficácia, porque a ética transparece um núcleo moral aceito prevalentemente no contexto social. O postulado ético que consubstancia conteúdo de lei gera o sentimento de justiça em seu cumprimento, isto por causa da maior aceitação social com os valores axiológicos firmados. De igual ponto figura a aplicação do Direito em julgamentos de conteúdo moral, quando o julgador escrutina a éticidade que adentra o direito como aspecto justificador do texto normativo.

Ora, os postulados éticos são difíceis de serem identificáveis com objetividade, mas quando possível, garantem que os julgamentos carregados de baixa densidade normativa e alto conteúdo axiológico alcancem resposta jurídica com legitimidade democrática.



## CAPÍTULO 3

### A DECISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA MULTIDIMENSIONAL

É possível aos estudiosos da Filosofia Jurídica encontrar um mínimo de elementos estruturais em comum, presentes nas Teoria Jurídicas adotadas nos mais variados ordenamentos jurídicos existentes, o que permite identificar um paradigma, como o juspositivismo. No entanto, a complexidade do Direito transparece no caráter político que possui e na tomada de posição em cada tempo e espaço. Ao estudioso não compete ignorar o conteúdo que o origina, pois, o Direito não é ordem lógica formal, tampouco é estrutura constituída de maneira simplista, razão pela qual é preciso adentrar no caráter substancial que propicia cada ambiente jurídico<sup>395</sup>.

Considerando a análise do dualismo entre Positivismo e Pós-positivismo e a consequente Interdisciplinaridade do Direito advindo da crise do Direito Unidimensional, a problemática jurídica encaminha o estudo ao consequente discurso sobre a decisão judicial. “Assim como a prática jurídico-constitucional condiciona a sua reconstrução jurídico-dogmática e jurídico-teórica, esta influencia aquela, sendo fundamental para o seu aprimoramento”, considera Marcelo Neves<sup>396</sup>.

O pós-positivismo não carrega o ímpeto de desconstruir os avanços relativos ao ordenamento positivo<sup>397</sup>, mas veio para desconstruir o pensamento convencional sobre o Direito e a formação da decisão judicial, isto porque busca

---

<sup>395</sup> “O direito não é uma ordem lógica nem uma simples estrutura. Possui caráter político que se exprime em tomadas de posição, em práticas e teorias situadas no tempo e no espaço e apoiadas em opções substanciais ('de conteúdo') que o estudioso não pode ignorar, mesmo quando se preocupa com a análise de elementos estruturais, comuns em vários ordenamentos”. In: DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006. p. 38.

<sup>396</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 202.

<sup>397</sup> “O discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples do jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva In: BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional”. Brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 225. P. 5-37, Jul. –Set., 2001.

reintegrar os ideais de justiça e legitimidade ao processo deliberativo<sup>398</sup>.

A decisão judicial é o resultado da aplicação do Direito. As decisões proferidas pelo Órgão de Cúpula do Poder Judiciário implicam em precedentes dentro do cenário jurídico brasileiro<sup>399</sup> e, por sua vez, retornam ao Direito por servir como fontes jurídicas. Em vertente cíclica, o Direito forma a decisão judicial e a decisão judicial implica na formação do Direito.

Em perspectiva ao imponente papel do STF no sistema de precedentes brasileiro, denota-se que “a instituição tem sua história escrita dia a dia por meio dos processos que aprecia e das decisões que profere”<sup>400</sup>. Não fugindo a obviedade do sentido lógico da prática jurídico-dogmática, quer seja nos processos de deliberação colegiada dos Tribunais, quer seja em julgamentos concedidos em instância de primeiro grau, o decisório depende da atuação técnico-psíquica do julgador. Ademais, a aplicação do Direito, que resulta na decisão judicial, compõe-se de fatores intrínsecos e extrínsecos ao julgamento, cujo discurso é o intento capitular.

O julgador é quem forma a decisão judicial, e sua função judicante constrói, em corpo, da própria história do Poder Judiciário. O acesso à justiça e a busca dos indivíduos em efetivar sua tutela jurisdicional impulsionam o início do procedimento, formando a relação processual do qual o fim enseja no deslinde da lide: a decisão judicial.

Para tanto, sob a análise da Teoria do Direito, a presente tese destaca duas esferas distintas de análise do processo construtivo da decisão judicial: a

---

<sup>398</sup> “O pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas com uma desconstrução do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”. In: BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 225. P. 5-37, Jul. –Set., 2001. p. 30

<sup>399</sup> “O precedente também ocupa um lugar importante em nossas práticas: as decisões passadas de tribunais contam como fontes de direito. Assim, toda concepção competente deve oferecer alguma resposta à questão de por que uma decisão judicial do passado deve, em si mesma, oferecer uma razão para um uso semelhante do poder de Estado por parte de outras autoridades no futuro”. In: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 123.

<sup>400</sup> Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). **Catálogo de processos históricos do Supremo Tribunal Federal** [recurso eletrônico]: Biblioteca / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017. p. 4.

primeira, de caráter antecedente, consiste no ambiente jurídico propiciado pela jurisdição constitucional; a segunda, de caráter ocorrente, consiste nos fatores intrínsecos e extrínsecos que formam a decisão judicial.

Neste diapasão, a decisão judicial objetiva a resposta jurídica dada pelo julgador no múnus da função judicante, que se perfaz dentro do cenário jurídico que o antecede e o condiciona para o contexto atual, pautado nas prestações jurisdicionais que tal ambiente legitima enquanto tutelas, porquanto constitucionalizada como direitos.

O ambiente jurídico vivenciado pela atualidade preexiste ao nascedouro da lide, isto é, antes do processo deliberativo se firmar o julgador se circunda dos postulados que envolvem a função judicante: envolve-se do modo de compreender o dever institucional exercido pelo Poder Judiciário; envolve-se do que compreende como legitimidade democrática. Dito contexto não é inexpressivo para formar a decisão judicial. A decisão judicial se amolda ao ordenamento jurídico e também se condiciona aos dogmas jurídicos do agente em função judicante.

Nos últimos anos, o julgador exercita a função judicante inserido no cenário de ascensão institucional do Judiciário, isto no Brasil e em outras ordens jurídicas. Hoje a jurisdição constitucional é o ambiente que propicia a decisão judicial no Brasil e também na Espanha.

Destarte, o reconhecimento de força normativa à norma constitucional resvala no sentido de jurisdição constitucional, que é a interpretação e aplicação da Constituição por órgãos judiciais. Antes a Constituição consistia apenas na carta política, hoje a Constituição se apresenta no centro do ordenamento jurídico. A jurisdição constitucional se designa pelo poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e, ainda, na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição<sup>401</sup>.

---

<sup>401</sup> In: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. p. 4.

Por este raciocínio, o presente capítulo adentrará, precipuamente na primeira esfera: sobre o ambiente da decisão judicial constituído pelo constitucionalismo contemporâneo. Em seguida, abordará a segunda esfera: a respeito dos fatores intrínsecos e extrínsecos que constroem a decisão judicial.

### 3.1 O AMBIENTE JURÍDICO DO JULGADOR: EFEITOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A constitucionalização do ordenamento jurídico, a judicialização da política e o protagonismo judicial são fenômenos em ocorrência na Corte Superior Nacional após o implemento da CRFB/1988 e constituem o cenário que ambienta a função judicante, portanto, interferem na decisão judicial. Ora, “exemplos numerosos e inequívocos de judicialização ilustram a fluidez da fronteira entre política e justiça no mundo contemporâneo, documentando que nem sempre é nítida a linha que divide a criação e a interpretação do direito”, anuncia Barroso<sup>402</sup>.

Nota-se que a constitucionalização do ordenamento jurídico não é fenômeno exclusivamente típico da CRFB/1988, também se apresenta no Estado Social e Democrático de Direito da Espanha, promulgado pela Carta do Tribunal Constituinte de 1978, a constitucionalização dos direitos fundamentais e a proteção incumbida ao Judiciário, adotando um modelo próprio de controle de constitucionalidade associado à criação de tribunais constitucionais <sup>403</sup>.

O fenômeno em comento é herança do constitucionalismo advindo do processo histórico pós-guerra, recorrente em diversos ordenamentos jurídicos de países europeus e latino-americanos, como a Espanha e o Brasil. Tal movimento constitucional desponta até os dias atuais e está produzindo profunda transformação na concepção do Estado de Direito. Nessa

---

<sup>402</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. p. 5.

<sup>403</sup> “Artículo 1. 1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” In: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Constitución Española**. Madrid. Disponível: <<https://www.boe.es/Legislacion/Documentos/Constitucioncastellano.Pdf>>. Acesso em 2018.

transformação do Estado de Direito, que pode ser resumida na fórmula "do Estado de Direito ao Estado Constitucional de Direito" ou "do Estado de Direito" ao "império da Constituição"<sup>404</sup>.

Segundo Riccardo Guastini<sup>405</sup>, o processo histórico de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos, em geral, decorre de várias causas combinadas, como: a) formar constituição rígida que regule os direitos fundamentais; b) constituir os conteúdos com reserva constitucional, que não podem ser modificados ou alterados por leis de hierarquia inferior a Constituição; c) constituir força normativa vinculante ao texto da constituição; d) utilizar da 'sobreinterpretação' constitucional, que significa a utilização da interpretação extensiva ao invés da interpretação literal, isto para extrair grande quantidade de normas e princípios implícitos ao texto constitucional; e) a aplicação direta das normas constitucionais pelos juízes em todos os tipos de caso – seja de direito público ou de direito privado; f) interpretar as normas infraconstitucionais sob a rege constitucional; g) ocorrer a forte influência constitucional no debate e no processo político, caracterizando-se tal influência pelo fato dos atores políticos se utilizarem da constituição para aclamar seus discursos políticos, pelos conflitos e disputas políticas entre órgãos distintos do governo serem dirimidos jurisdicionalmente e ainda, pela tendência dos juízes em não demonstrar atitudes de autolimitação ou auto restrição sobre as questões políticas que julgam.

---

<sup>404</sup> "La expresión «constitucionalización del orden jurídico», en el sentido que aquí nos va a interesar, alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latinoamericanos, que es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula «del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho» (o «del imperio de la ley» al «imperio de la constitución»), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista". In: AGUILÓ REGLA, Josep. Positivism y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. In: **Doxa**. Alicante. N. 30, p. 665-675. 2007. Disponível em <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55>. Acesso em 18/11/2016. p. 1.

<sup>405</sup> "[...]En un orden jurídico no constitucionalizado el Derecho constitucional tiene un radio de acción limitado: por un lado, disciplina los aspectos fundamentales de la organización del Estado (la distribución de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial [...]); por otro, determina los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos [...]. Por el contrario, en un orden constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, en estilo doctrinal, las acciones de los actores políticos, las relaciones privadas". In: GUASTINI, Riccardo. **Lezioni di teoria del diritto e dello Stato**, Turín: Giappichelli Editore, 2006, p. 240.

No Brasil, a constitucionalização do ordenamento jurídico se perfaz da análise decorrente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que diante de seu processo histórico constituidor, é responsável por pormenorizar de maneira obstinada a regulamentação de direitos vinculados aos campos das relações sociais, econômicas e públicas, em uma espécie de compromisso máximo com a totalidade das garantias e direitos tratados como fundamentais<sup>406</sup>.

A CRFB/1988 assegurou a autonomia financeira e administrativa ao Judiciário, cabendo a este a competência para elaborar o seu próprio orçamento, a ser submetido ao Congresso Nacional com o orçamento do Executivo, deste modo, “a Constituição de 1988 representou um passo importante no sentido de garantir a independência e a autonomia do Judiciário. O princípio da independência dos poderes tornou-se efetivo e não meramente nominal”, assevera Maria Tereza Sadek<sup>407</sup>.

Sobre o ‘processo emancipatório’ do Poder Judiciário e a ampla abrangência de conteúdos normativos a serem controlados por este, Oscar Vilhena Vieira<sup>408</sup> orienta que a “hiper-constitucionalização da vida contemporânea, no entanto, é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa”. A tentativa da Constituinte em assegurar o modelo constitucional garantidor que se dava início em 1988 já retratava a desconfiança na democracia representativa, no sentido de cercar o exercício democrático das representações políticas para estas não serem a causa de futuras perdas e o desmantelamento das conquistas inauguradas.

---

<sup>406</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 38-46.

<sup>407</sup> SADEK, Maria Tereza (org.). Uma introdução ao estudo da justiça [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. In: **A crise do judiciário vista pelos juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa**. p. 11. Disponível em: < <http://books.scielo.org> >. p. 17-31.

<sup>408</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. p. 444-445. In: Revista de Direito FGV. São Paulo, 4. p. 441-464, Jul-Dez, 2008. Disponível em <file:///Users/julieteuanamafra/Documents/Proposta%20de%20tese/Artigo%20Supremocracia.pd>.

Ademais, o referido autor alerta que “uma vez realizada a opção institucional de ampliação do escopo das constituições e de reforço do papel do judiciário, como guardião dos compromissos constitucionais, isto evidentemente contribuirá para o amesquinamento do sistema representativo”.

Quando se optou por instituir a constitucionalização dos direitos e atribuir o controle de constitucionalidade à mesma Instituição, conseqüentemente, tomou-se a opção constitucional de reforçar a atuação do Judiciário em proteção à democracia<sup>409</sup>. Em seguimento ao cenário político-jurídico existente se denota a visão do Poder Judiciário como o guardião dos compromissos constitucionais e, conseqüentemente, o exercício da valorização de tal poder.

Neste íterim, a separação dos poderes e a função regulatória do Poder Judiciário são pressupostos que coincidem com a atual visão de Protagonismo Judicial. A CRFB/1988 não consiste apenas em sistema organizacional do Estado, estruturado em ordem, unidade e harmonia, mas também no modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito, segundo Zanon Jr., todo o ordenamento jurídico é lido sob as luzes da constituição, trata-se da força irradiante do sistema jurídico orbital, do qual todos os demais elementos decisórios dependem de conformidade<sup>410</sup>.

Por esta análise, reconhecer o protagonismo judicial resvala em compreender que o Poder Judiciário atua através do STF acumulando três funções pelo arranjo institucional: Tribunal Constitucional, Órgão de Cúpula do Poder Judiciário e foro especializado.

Sob a pertinência da atuação democrática do STF cunhou de ser adjetivá-lo como 'Supremocracia' por Oscar Vilhena Vieira. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal do Brasil nem sempre alçou a efetividade dos seus

---

<sup>409</sup> Anota-se que a realidade jurídico-constitucional do Brasil e da Espanha enfocam a jurisdição constitucional com o papel de legitimar a democracia, mas outros ordenamentos jurídicos como a Holanda e o Reino Unido não adotam o controle de constitucionalidade e apresentam o caráter democrático, portanto, a jurisdição constitucional não é incompatível e nem indispensável ao constitucionalismo democrático, trata-se de uma escolha da carta política se servir da jurisdição constitucional para tanto. In: V. GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. p. 9. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro. out/dez. 2006. v.1, n. 4. p. 3-22. Tradução de Bianca Stamato Fernandes.

<sup>410</sup> O sistema jurídico é conjunto de todos os padrões de julgamento que podem ser legitimamente empregados na aplicação normativa, qual são as fontes jurídicas. O sistema jurídico na vertente constitucional contemporânea se organiza na forma de um sistema orbital, composto por subsistemas e microssistemas e, satélites ainda menores - devido aos elementos que compõe o julgamento com menor força, isto a depender das tradições jurídicas de cada ordenamento. De todo modo, a Constituição é o subsistema central, a qual implica correspondência nuclear. In: ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 190.

compromissos constitucionais, apesar de “criado há mais de um século (1891). O Supremo Tribunal Federal sempre teve uma enorme dificuldade em impor suas decisões, tomadas no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, sobre as instâncias judiciais inferiores”, observa. A fragilidade da Corte Suprema persistia pela falta de uma doutrina que vinculasse os demais membros do Poder Judiciário às decisões do STF, a fim de que o órgão efetivasse sua legitimidade democrática. Em 2005, com a adoção da súmula vinculante se possibilitou a concentração do poder nas mãos do Supremo Tribunal Federal<sup>411</sup>.

Ademais, em espreito aos desenhos institucionais da Carta Constituinte, há que se concluir que a judicialização das políticas é consequência direta do meio, proveniente do cenário de jurisdição constitucional. “A judicialização brasileira decorre, sobretudo, de dois fatores: o modelo de constitucionalização abrangente e analítica adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós”, sintetiza Luís Roberto Barroso. Portanto, verificar hoje o protagonismo do Poder Judiciário é reconhecer um *fato* inelutável advindo de suas atribuições. Não se trata, necessariamente, da postura do julgador, tampouco é uma opção política do Judiciário, mas consiste em circunstância decorrente do desenho institucional vigente, que propicia tal ambiente<sup>412</sup>.

Universitat d'Alacant

---

<sup>411</sup> “processo de expansão da autoridade dos tribunais ao redor do mundo ganhou, no Brasil, contornos ainda mais acentuados. A enorme ambição do texto constitucional de 1988, somada à paulatina concentração de poderes na esfera de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, ocorrida ao longo dos últimos vinte anos, aponta para uma mudança no equilíbrio do sistema de separação de poderes no Brasil. O Supremo, que a partir de 1988, já havia passado a acumular as funções de tribunal constitucional, órgão de cúpula do poder judiciário e foro especializado, no contexto de uma Constituição normativamente ambiciosa, teve o seu papel político ainda mais reforçado pelas emendas de no. 3/93, e no. 45/05, bem como pelas leis no. 9.868/99 e no. 9.882/99, tornando-se uma instituição singular em termos comparativos, seja com sua própria história, seja com a história de cortes existentes em outras democracias, mesmo as mais proeminentes. Supremocracia é como denomino, de maneira certamente impressionista, esta singularidade do arranjo institucional brasileiro. In: VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. p. 444-445. In: **Revista de Direito FGV**. São Paulo, 4. p. 441-464, Jul-Dez, 2008. Disponível em <file:///Users/julieteuanamafra/Documents/Proposta%20de%20tese/Artigo%20Supremocracia.pd>.

<sup>412</sup> Assinala-se que o controle de constitucionalidade brasileiro “combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto – e a matriz europeia, que admite ações diretas ajuizáveis perante a corte constitucional. Nesse segundo caso, a validade constitucional de leis e atos normativos é discutida em tese, perante o Supremo Tribunal Federal, fora de uma situação concreta de litígio. Essa fórmula foi maximizada no sistema brasileiro pela admissão de uma variedade de ações diretas e pela previsão constitucional de amplo direito de propositura. Nesse contexto, a judicialização



No que diz respeito a judicialização da política e o ativismo judicial<sup>413</sup>, inobstante serem fenômenos jurídicos que guardam certa similitude, são termos que, a rigor, possuem significados distintos, à medida que naquele, a decisão judicial decorre do sistema, sem alternativas a prestar o modelo constitucional adotado, ao passo que, neste, há “[...] uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, orienta Luís Roberto Barroso<sup>414</sup>.

Atualmente, quando se menciona a ocorrência de ativismo judicial, refere-se ao juiz que ultrapassa as linhas demarcatórias da função que exerce, em detrimento da função administrativa, da função do governo e, principalmente, da esfera contida na função legislativa, em descaracterização da típica função judicante, levando o Poder Judiciário em incursão insidiosa sobre as competências de outros Poderes, isto é, atacando o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas<sup>415</sup>.

Por sua vez, a linha que diferencia os institutos é tênue. Ao passo que se designa a judicialização da política como a decisão judicial decorrente do modelo constitucional que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo judicial se apresenta na ação ativista do julgador no sentido de transpassar seus limites funcionais, ao compor decisões judiciais com medidas que satisfaçam o anseio social sobre a função que compete aos demais poderes. Caso a norma constitucional permita que dela se deduza uma

---

constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário”. In: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. p. 7.

<sup>413</sup> No mundo jurídico, a expressão “ativismo judicial” despontou a partir da publicação de reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos na revista americana Fortune, a qual foi de autoria do historiador americano Arthur Schlesinger. Neste artigo, o autor traçou o perfil dos nove juízes da Suprema Corte, considerando alguns como ativistas judiciais em razão da atuação ativa em prol de efetivar medidas visando o bem-estar social. Desde o ocorrido, o termo vem sendo utilizado, normalmente, na perspectiva crítica de referenciar à atuação do Poder Judiciário. In: VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009. p. 21

<sup>414</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade**

**Democrática.** Disponível em:<

[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf.>](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf.>)

Acesso em dezembro 2018.

<sup>415</sup> RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-117

pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. São os casos em que o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer sem alternativa. Isto é judicialização<sup>416</sup>.

Para Miarelli e Rogério, o ativismo judicial ocorre onde a lei não se mostra suficiente ou diante de necessidades que forjam uma determinada interpretação do texto de lei. Diante da insatisfação e do clamor social, a decisão judicial ativista dá ensejo ao esforço do intérprete de escolher um modo proativo de interpretar ao expandir o sentido e alcance do texto constitucional. Trata-se da energia emanada dos tribunais no processo da criação do próprio direito<sup>417</sup>.

Na Espanha, por sua vez, o Tribunal Constitucional é órgão constitucional de caráter jurídico-político, porquanto atribui características funcionais advindas da Constituição que o atribui pela interface entre Direito e Política. A eminente função orgânica do Tribunal Constitucional é ser o intérprete supremo da Constituição e a exemplo do que ocorre no artigo 5º da Constituição brasileira, a Constituição espanhola dá grande ênfase aos direitos fundamentais e às garantias individuais da pessoa humana, a constitucionalizando os direitos.

Neste diapasão, o Tribunal Constitucional espanhol é órgão judicial, ainda que seja órgão independente do Poder Judiciário –, diferentemente do STF no Brasil, porque o órgão de Cúpula do Poder Judiciário é o *Consejo General del Poder Judicial*. Ao Tribunal Constitucional espanhol compete fazer o controle de constitucionalidade concentrado, pelo modelo europeu-kelseniano. Ainda que a *judicial review* seja diferente entre as ordens jurídicas espanhola e brasileira, no modelo de controle concentrado europeu se têm introduzido elementos do controle difuso, existindo uma colaboração muito necessária na justiça constitucional entre Brasil e Espanha, assinala María Emilia Casas Baamonde,

---

<sup>416</sup> Neste interim, o ativismo judicial “é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais”. In: BARROSO, Luis Roberto.

Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. In: **Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed. Jan/Fev 2009. p. 3. Disponível em: < [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>.

<sup>417</sup> MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. *Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012. p. 16.

outrora presidente do Tribunal Constitucional da Espanha. Em ambos os órgãos coincide o propósito institucional, a jurisdição constitucional busca “sustentar a Constituição e o que a Constituição, por si só, significa na criação de um Estado democrático; defender o Estado, defender a Nação, sua unidade; defender as regras do povo até que sejam modificadas por quem pode modificá-las”<sup>418</sup>.

Ademais, Pablo Lucas Verdú assinala que o Tribunal Constitucional espanhol é um órgão jurídico-político, pois além de assumir formas judiciais, é um órgão constitucional com evidentes características políticas. Assim, o Tribunal Constitucional espanhol é instituído com atribuições que o colocam na qualidade de superpoder<sup>419</sup>, visto sua independência garantida pela carta constitucional da Espanha que lhe atribui a jurisdição constitucional para auxiliar na consecução do viés democrático<sup>420</sup>.

Considerando as funções exercidas pelo Tribunal Constitucional espanhol, o receio da ascensão institucional, as interpelações sobre o governo de juízes, indaga-se: até que ponto esse “superpoder” é congruente com os critérios democráticos e representativos da democracia que caracterizam a Constituição espanhola? Trata-se esta de importante questão que retorna

---

<sup>418</sup> Ainda, sobre a identidade entre a jurisdição constitucional do STF e do Tribunal Constitucional da Espanha, María Emilia Casas Baamonde anuncia que “Isso permite uma colaboração muito necessária na justiça constitucional entre Brasil e Espanha e entre todos os países representados na Conferência Ibero-Americana de Justiça Constitucional, na Conferência Europeia de Justiça Constitucional e entre ambas as conferências”. In: E María Emilia. In: Notícias STF: Tribunal Constitucional da Espanha já sofre de sobrecarga com apenas 27 anos de funcionamento, diz sua presidente. Brasília: STF, 2008. Acesso disponível < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=85225>>.

<sup>419</sup> “De lo dicho se desprende la naturaleza especial de la Jurisdicción constitucional. En España, el Tribunal al que se atribuye esta jurisdicción no está encuadrado en la común organización judicial. Viene a ser un superpoder, al ser independiente —según el artículo 1.º, LOTC— de los órganos constitucionales y estar sometido sólo a la Constitución y a la Ley orgánica”. In: GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. **Derecho procesal constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, S. A. 1980. p. 76.

<sup>420</sup> LUCAS VERDÚ, Pablo. **Política y Justicia Constitucionales: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional**. In: El Tribunal Constitucional. Vol. II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo Contencioso del Estado; 1981, pp. 1487-1550.

Ademais, “La cláusula transformadora de la Constitución, el artículo 9º, 2, confía a los poderes públicos — y el Tribunal Constitucional es un *superpoder* (64) «...proveer las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas...»; luego el mismo texto constitucional reconoce que la libertad y la igualdad no siempre son *reales* y *efectivas*, y añade que hay que remover los obstáculos que impidan o dificulten su *plenitude*”. In: LUCAS VERDÚ, Pablo. **Estado de derecho y justicia constitucional: aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación**. In: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 33. Mayo-Junio 1983. p. 38.

incessantemente ao cenário jurídico espanhol, a qual se revela em dois pontos: 1) que tem havido uma mistificação excessiva sobre a jurisdição constitucional, seja: a) porque se discute o poder judicial como apolítico e esterilizado, fato que é errôneo pela experiência constitucional de vários países, começando pelos Estados Unidos; e seja b) porque, critica-se a indevida intervenção no processo político, e 2) que a qualificação democrática ou antidemocrática atribuída à jurisdição constitucional depende do conceito de democracia e, em última análise, da conjuntura política, do jogo das várias forças políticas que operam no processo político-social<sup>421</sup>.

Em resposta, Pablo Lucas Verdú diz que a jurisdição constitucional exercida pelo Tribunal Constitucional garante a Constituição Espanhola, porquanto busca proteger diretamente a supremacia constitucional na medida em que seu conteúdo é direcionado, independentemente da eficácia das outras garantias para assegurar o desempenho e desenvolvimento constitucional regular, ao tempo em que se visa integrar gradualmente a ordem fundamental, por meio de uma interpretação dinâmica<sup>422</sup>.

---

<sup>421</sup> «Las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado, aprueban su Presupuesto, controlan la acción del Gobierno y tienen las demás competencias que les atribuye al Constitución», con la función de *legislación negativa* (Kelsen) ejercida por el Tribunal Constitucional y con la variada tipología de sentencias que hemos visto dicta la *Corte Costituzionále*. Dicho con otras palabras: ¿En qué medida este *superpoder* es congruente con los criterios democráticos, de democracia representativa que caracterizan tanto a la Constitución italiana como a la española? [...] *gobierno de los jueces, Richtersstaat*. Es una cuestión importante que retorna incesantemente, lo cual demuestra dos cosas: 1) que se ha realizado una excesiva mitificación de la jurisdicción constitucional, sea: a) porque se argumenta su asepsia y apoliticidad, lo cual es inexacto como corrobora la experiencia constitucional de varios países, empezando por los EE. UU.; sea b) porque, al contrario, se critica su indevida intersección en el proceso político, y 2) que la calificación tanto de democraticidad como de no democraticidad atribuida a la jurisdicción constitucional depende del concepto que se tenga de la democracia y, en definitiva, de la coyuntura política, del juego de las diversas fuerzas políticas operantes en el proceso políticosocial». In: LUCAS VERDÚ, Pablo. **Política y Justicia Constitucionales: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional**. p. 43. In: El Tribunal Constitucional. Vol. II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo Contencioso del Estado; 1981, pp. 1487-1550.

<sup>422</sup> “[...] justicia constitucional es la principal y más genuina garantía de la Constitución. En efecto, ha sido creada para proteger de un modo directo la supremacía de la Constitución en la medida en que sus contenidos, se dirigen, con independencia de la efectividad de las otras garantías a asegurar una actuación y desarrollo constitucionales regulares, al tiempo que procuran ir integrando paulatinamente el orden fundamental, por medio de una interpretación dinámica del mismo». In: LUCAS VERDÚ, Pablo. **Política y Justicia Constitucionales: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional**. p. 44. In: El Tribunal Constitucional. Vol. II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo Contencioso del Estado; 1981, pp. 1487-1550.

Destarte, a constitucionalização de direitos e o controle de constitucionalidade atrelam a jurisdição constitucional um caráter político. Isto é, o julgador é agente político, “o Tribunal Constitucional (no caso, o STF) sempre faz política. E isso é inexorável”<sup>423</sup>. Estas são as circunstâncias que propiciam o ambiente jurídico-constitucional do julgador ao olhar o processo decisório, antes mesmo de enfrentar um problema jurídico.

No atual cenário acadêmico e forense brasileiro e espanhol, não há como prevalecer os posicionamentos de alguns juristas dizendo que a preocupação do julgador é formar um julgamento técnico e não político. Zanon Jr. acentua que “os integrantes do poder Judiciário não são meros analistas técnicos de deliberações tomadas em sociedade, mas sim agentes políticos encarregados da atribuição constitucional de conferir a legitimidade jurídica das condutas tomadas em Sociedade”, portanto ao julgador incumbe compreender o ambiente jurídico que o envolve<sup>424</sup>.

Em explicação, o ambiente institucional desenhado advém para o julgador ao passo em que se promove as tutelas jurisdicionais decorrentes da Constituição, incumbindo-o de trazer a força constitucional aos sistemas jurídicos e a legitimidade democrática do seu múnus em traçar a efetividade de tais direitos.

Por tal asserção, os elementos do ambiente que circunda a decisão judicial inferem o acesso às tutelas jurisdicionais constitucionais, com ensejo de judicializar as medidas para galgar consecução, sem transpassar os limites de competência política. Isto porque o caráter político da função judicante não se confunde com exercício das competências atribuídas constitucionalmente aos poderes legislativo e executivo, tampouco com atividades político-partidária<sup>425</sup>,

---

<sup>423</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 191.

<sup>424</sup> ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 208.

<sup>425</sup> “o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda”. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217.

mas o cunho político compreende ao aspecto criativo na atividade judicial<sup>426</sup>.

Observa-se que a visão do processo deliberativo pela perspectiva política é um ganho que se sedimenta pelas correntes pós-positivistas, uma vez que a visão juspositivista sobre o Direito o separa da Política para galgar a objetiva racionalidade científica. O marco teórico desenvolvido em Kelsen e Hart não admite a visão do julgador como agente político, pois afirmar o caráter político da decisão judicial significaria colocá-la fora da Ciência Jurídica<sup>427</sup>.

Neste diapasão, Dworkin aponta que o Supremo Tribunal deve tomar decisões políticas importantes, então os “juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política”, o que confere uma nova visão, o aspecto político de interpretar o Direito<sup>428</sup>.

Pelo esboço feito, a primeira esfera analisável no processo construtivo da decisão judicial é o macro fator do ambiente jurídico. O fato do julgador se contextualizar no ambiente jurídico propiciado pela jurisdição constitucional. O meio de ascensão institucional do judiciário envolve o julgador, que se influencia da postura institucional para exercer a função judicante, em ensejo do caráter político da deliberação judicial e da posição decorrente da

---

<sup>426</sup> “o papel atribuído ao Judiciário exige dos juízes uma nova postura, desafiando-os a exercer seus poderes criativos à luz dos valores extraídos da Constituição. [...] Em síntese, esse novo e mais criativo juiz do qual se está a tratar, ou juiz dos novos tempos – que não nasce pronto e que, por isso mesmo, requer uma formação integral –, não é mais o juiz que apenas julga nem o juiz que só proclama a letra da lei, mas o juiz que administra, que gerencia, que se comunica, que busca inovações na tecnologia e, destacadamente, que é comprometido com a realidade”. In: JACOBSEN, Gilson; LAZZARI, João Batista. **Formação de magistrados: por que almejar cidades e juízes mais criativos?** In: Revista de Doutrina da 4ª Região. n. 74. v. 1. Porto Alegre: EMAGIS. Out. 2016.

<sup>427</sup> “as teorias positivistas eram fundadas em uma divisão binária entre racionalidade e irracionalidade que não levava em conta os modos pelos quais as decisões eram efetivamente tomadas. Kelsen e Hart partiram do pressuposto positivista de que, ou uma questão é científica (e pode ser racionalmente respondida), ou ela é política (e sobre ela a ciência deveria silenciar). Portanto, afirmar o caráter político das decisões judiciais significava colocá-las fora do alcance da Ciência do Direito, dado que o positivismo parte do dogma de que não é possível tratar racionalmente os juízos de valor. Ademais, cabe ressaltar que a redução positivista de todo juízo de valor a um ato de vontade implica uma noção de escolha que não se deixa compatibilizar com os desenvolvimentos científicos que buscam compreender os comportamentos com base em elementos psicológicos ou inconscientes”. In: HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial.** p. 275-276. In: Revista Opinião Jurídica. ano 15, n. 20. Fortaleza, jan/jun. 2017. p. 271-297.

<sup>428</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217.

postura judicial entre os três poderes.

Após tratar a primeira esfera analisável no processo construtivo da decisão judicial, a qual é o ambiente jurídico. A segunda esfera analisável no processo construtivo da decisão judicial envolve o julgador, a relação da pessoa/interprete/aplicador frente ao problema jurídico. Ou seja, a segunda esfera compreende os fatores intrínsecos e extrínsecos que formam a decisão judicial.

### **3.2 A DECISÃO JUDICIAL E OS FATORES INTRÍNSECOS AO JULGAMENTO**

No que consiste em decidir, a formação de convicção faz parte da realidade de qualquer agente para tomar decisões diante dos fatos sociais cotidianos. Independente de sua preocupação com a facticidade ter ou não relevância ao Direito e, assim, adentrar ao mundo jurídico, faz parte da vida do indivíduo tomar decisões e fazer julgamentos.

Ora, a percepção individual de analisar quais são os critérios que se utiliza para julgar suas próprias ações e de terceiros nem sempre são claras. Isto porque as questões filosóficas que justificam para cada indivíduo como fazer a coisa certa não precisam ser explanadas e criteriosamente avaliadas por um crivo de imparcialidade e ética. Os cidadãos tomam decisões sociais ou jurídicas que não precisam ser justificadas, bastam para si que as suas reflexões morais se apresentem acertadas. A partir das consequências jurídicas incidentes na sociedade é que as decisões dos indivíduos são refletidas, e não pelos fundamentos decisórios.

Assim, a decisão jurídica permeia a vida em sociedade e acontece toda vez que indivíduo age pelos limiares da juridicidade. Considera-se que a decisão jurídica é judicial “quando tomada por uma autoridade no exercício da jurisdição, na qualidade de órgão de revisão das condutas praticadas em Sociedade, com poder de imposição mediante emprego da força intimidativa ou física”, conceitua Orlando Luiz Zanon Jr<sup>429</sup>. Portanto, a decisão judicial é espécie

---

<sup>429</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. **Curso de Filosofia Jurídica**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 227.

de decisão jurídica consistente no implemento de conduta de acordo com a norma jurídica dentro da função judicante.

A autoridade que produz a decisão judicial, o faz no exercício da jurisdição, isto é, fora dos preceitos de simples cidadão que busca suas particularidades e dentro do dever de imparcialidade e cumprir com a justiça sem ter interesses em relação à causa, ou as partes a fim de garantir que seus anseios pessoais não adentrem à função judicante.

Pela perspectiva de sondar como o julgador forma sua convicção diante da tutela jurisdicional, há que se entender como se desenvolve a descoberta da resposta jurídica ao cerne da lide e os fundamentos jurídicos explanados no teor decisório, que constroem a justificação. Notório é que o julgador precisa justificar a decisão judicial ao aplicar o Direito.

A aplicação do direito tem critérios diferentes de acordo com cada Teoria Jurídica. A prática jurisdicional pela visão unidimensional ignorava a existência de outros padrões de julgamento além do texto normativo e operava na perspectiva de sistema jurídico fechado. Apresenta-se esta como visão retrógrada do ordenamento jurídico, razão pela qual a decisão judicial ganha cunho multidimensional<sup>430</sup>.

Com a certeza de que a prática jurídico-constitucional multidimensional se utiliza de outros padrões de julgamento para construir a decisão judicial além do texto normativo. Importa apreender como se forma o julgamento com texto normativo mais os princípios jurídicos, padrões morais e éticos, conhecimento interdisciplinar, tecnologia, frente ao contexto de constitucionalização de direitos.

---

<sup>430</sup> Trata-se agora também do reconhecimento, não só de que o sistema jurídico haverá hoje de pensar-se aberto e constituído, mas sobretudo de que deixou ele de ser normativamente unidimensional (i. é, constituído apenas por normas, no sentido dogmático estrito desse conceito, e qualquer que seja a origem dessas normas ou mesmo que não sejam elas exclusivamente normas legais), pois se revela como normativamente pluridimensional – desde logo, e é essencial, com dimensão normativa que transcende, intencional e juridicamente, as normas formais e que é dada pelos valores e princípios normativo-jurídicos, os regulativos e constitutivos fundamentos normativos de todo o sistema juridicamente vigente”. In: NEVES, António Castanheira. **Digesta: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. V 2. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 52.



Assim, a decisão judicial contém fatores intrínsecos e fatores extrínsecos na sua formação. No que concerne aos fatores intrínsecos, o processo decisório é fenômeno que apreende critérios individuais e critérios colegiados para o desenvolvimento.

Os fatores intrínsecos são elementares para a formação decisória, mas eles não são os únicos incidentes. Os fatores extrínsecos se interpõem ao processo de construção da decisão judicial, de maneira adjacente, com força atuante ainda que não sejam elementares a formação da decisão judicial, e são ser critérios negativos que amoldam a convicção firmada pelo julgador, a influir que o processo decisório caminhe ao decisionismo.

Na perspectiva do fator intrínseco da decisão judicial, que se adota na presente tese, o critério individual de cada julgador forma-se através de três pontos elementares: o primeiro ponto está na Teoria Jurídica de base que o julgador se posiciona; por consequência ao primeiro, o segundo ponto está nos critérios de julgamento axiológicos em busca da justiça que o julgador aceita; e por sua vez, o terceiro ponto se relaciona ao problema fático-jurídico, consistindo nas etapas de construir a convicção decisória mediante a justificação (após a descoberta) dos fundamentos jurídicos.

Em seguimento, o caráter colegiado da decisão judicial também é fator intrínseco para o processo de deliberação típico dos julgamentos formados pelos Tribunais. Assim, o critério colegiado da decisão judicial se soma aos critérios individuais acima expostos devido à pluralidade de convicções dos vários julgadores. Neste íterim, a decisão judicial resultante do processo decisório colegiado feito nos Tribunais Constitucionais acrescenta a complexidade da deliberação ser pública ou ser secreta no acordo de vontades em prol do julgamento.

Passa-se, então, a análise dos fatores intrínsecos de critério individual que constroem a decisão judicial.

### **3.2.1 Os fatores intrínsecos de critério individual que constroem a decisão judicial**

Na perspectiva do critério individual de cada julgador, o fator intrínseco da decisão judicial se forma, consoante discurso do tópico acima, através de três pontos elementares que cumprem ser lembrados, os quais são: o primeiro ponto está na Teoria Jurídica de base que o julgador se posiciona; por consequência ao primeiro, o segundo ponto está nos critérios de julgamento axiológicos em busca da justiça que o julgador aceita; e por sua vez, o terceiro ponto se relaciona ao problema fático-jurídico, consistindo nas etapas de construir a convicção decisória mediante a descoberta e a justificação dos fundamentos jurídicos.

No que concerne ao primeiro ponto, a Teoria Jurídica de base que o julgador aceita, depreende-se que a posição do julgador frente ao Direito reflete diretamente na forma pelo qual ele encontra a resposta jurídica no processo deliberativo, porquanto define a pergunta problema e o caminho que o julgador toma até construir a decisão judicial.

O julgador aplica o Direito pautado na teoria de decisão judicial que o fundamenta, porquanto um julgador juspositivista produz decisão judicial assim como o julgador pós-positivista, contudo justificação e a interpretação o levará em caminhos distintos e conseqüentemente alcançará respostas jurídicas distintas. Segundo o tema, Eros Grau diz que a “interpretação é uma *prudência*, de sorte que a decisão jurídica correta a ser tomada em cada caso há de ser aquela que o juiz entende, em sua consciência, que *deve* (não que pode) tomar”<sup>431</sup>.

Neste diapasão, o julgador, ainda que não tenha seus postulados filosófico-jurídicos denominados, militará em favor de um paradigma jurídico dentre o contexto dual encontrado na prática forense: positivismo jurídico e pós-positivismo jurídico. Portanto, sua convicção sobre o que é o Direito e sobre o objeto finalístico da função judicante definem em qual corrente teórico-jurídica o julgador militará.

Dentre suas convicções, o julgador observará o problema-fático que

---

<sup>431</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes? (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 18.

se apresenta mediante o cerne material da lide. Ao considerar, é passível de tomar caminhos distintos: como a visão dicotômica de tratamento de casos fáceis ou difíceis, ou a compreensão contraposta a este intento. Após identificar a pergunta problema, o caminho pelo qual partirá o julgador define seu anseio de buscar a única resposta jurídica correta ou a resposta jurídica adequada dentre várias possibilidades.

Assim, a teoria jurídica que se enquadra o julgador se trata do primeiro ponto que compõe a decisão judicial como fator intrínseco, a fim de determinar a construção decisória.

### **3.2.1.1 A aplicação do direito frente a Teoria jurídica do julgador: a dicotomia entre casos fáceis e difíceis e a busca da resposta jurídica**

Em seguimento, importa mencionar que a atual quadra histórica - em face da constitucionalização do ordenamento jurídico que impõe ao tomador da decisão uma nova carga argumentativa, abrindo espaço para argumentos de moralidade política – coloca-se a decisão judicial no centro das discussões jusfilosóficas, especialmente, sobre os argumentos de legitimação do seu conteúdo.

Assim, a constitucionalização de direitos gera o aumento exponencial de três tipos de enfrentamentos mediante as decisões judiciais: um, casos carregados de moral; dois, casos em que se assenta a colisão entre preceitos constitucionais; e três, casos em que se verifica texto normativo com textura aberta, do qual desencadeia o viés interpretativo sobre seu sentido diante da ambiguidade da linguagem expressa em lei. Os que tais casos têm em comum é o fato de serem reconhecidos por algumas teorias jurídicas como casos difíceis (*hard cases*)<sup>432</sup>. Teorias jurídicas, estas, que apresentam a aceitação da tese que defende a dicotomia na forma de aplicar o direito entre os casos fáceis e

---

<sup>432</sup> “Todas essas hipóteses referidas acima – ambiguidade da linguagem, desacordo moral e colisões de normas– recaem em uma categoria geral que tem sido referida como casos difíceis (*hard cases*). Nos casos fáceis, a identificação do efeito jurídico decorrente da incidência da norma sobre os fatos relevantes envolve uma operação simples, de mera subsunção”. In: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro: UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012. p. 23.

difíceis.

Ao se falar na dicotomia entre casos fáceis e difíceis na perspectiva do julgador, não se coloca em voga a classificação em atos deliberativos simples, que envolvem causas judiciais de reprodução em massa e os atos deliberativos complexos de reprodução artesanal, que servem para administrar o alto volume de litigâncias. O estudo que agora se assenta como fator intrínseco do julgador na tomada de decisão é a classificação dos casos quanto ao problema jurídico. A questão a se considerar é como as teorias jurídicas classificam o grau de dificuldade dos casos jurídicos em busca da resposta jurídica. Em suma, a indagação em levante é: existem várias respostas jurídicas a disposição do julgador ou existirá a resposta jurídica a ser construída pelo mesmo.

Ao passo que se desenvolveu as concretudes sobre a abertura do Direito para Interdisciplinaridade, notou-se que por demasia algumas correntes teórico-jurídicas utilizam do sentido diferenciador entre casos fáceis e difíceis para explicar a sua teoria da decisão judicial.

Curial se perfaz, por ora, em compreender a diferença entre o julgador que adota a tratamento dicotômico entre casos fáceis e difíceis e o julgador que desconsidera tal diferenciação, porquanto o caminho a percorrer para a tomada de decisão se diferencia entre ambos. Assim, a resposta jurídica aplicável frente ao problema jurídico que envolverá o cerne da lide apresentará hipóteses resolutivas distintas entre os dois caminhos percorriáveis.

A dicotomia entre casos fáceis e difíceis desponta na tentativa de firmar a coerência para a aplicação do direito pelo procedimento lógico dedutivo decorrente da subsunção, isto tanto nas teorias juspositivistas, quanto em teorias pós-positivistas que permanecem adotando o método de subsunção para aplicar o direito.

Em síntese, a dicotomia entre casos fáceis e difíceis é atrelável à insuficiência do método de subsunção para construir a decisão judicial.

Por este raciocínio, o positivismo jurídico exclusivo adverte ao julgador para subsumir os fatos do caso em concreto sob as molduras pré-

estabelecidas no enunciado normativo, assim, interpreta-se a resposta jurídica previamente existente no direito posto pelo legislador, ou pela criação de direito advindo de precedentes judiciais. Entretanto, devido ao ceticismo moral pelo qual o Direito é tratado em tal vertente teórica, quando o silogismo lógico detido no procedimento de subsunção não encontrar resposta jurídica adequada para tratar da subjetividade consistente nos casos anunciados, tratar-se-á de caso difícil em que o recurso é a livre apreciação do julgador<sup>433</sup>.

Logicamente, o pensamento de Kelsen leva o julgador ao escrutínio de resposta jurídica plausível ao caso em concreto. Isto porque a livre apreciação do julgador aplicável aos casos difíceis carrega cunho subjetivo, típico da discricionariedade judicial, que dispõe na possibilidade de mais de uma resposta ao mesmo caso, visto as particularidades da pessoa do julgador que livremente o aprecia. A ideia de uma única resposta jurídica na decisão judicial é tratada como falácia por Kelsen, pois “a interpretação jurídico-científica tem de evitar, com máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação ‘correta’”. Assim, o julgador pautado nas diretrizes teóricas do positivismo jurídico exclusivo tratará de escolher uma resposta na tomada de decisão e não buscará a única resposta jurídica, pois é impossível de ser alcançada<sup>434</sup>.

Destarte, quando não há ‘encaixe’ entre o fato e o enunciado normativo, a aplicação do direito se constrói pela visão discricionária do julgador em reputar a solução que considera mais adequada para resolução do caso em concreto.

Em consonância, o positivismo inclusivo pautado em Hart também acentua a dicotomia entre casos fáceis e difíceis. A aplicação do direito para os

---

<sup>433</sup> “A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que se aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 388.

<sup>434</sup> “Isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente”. In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 396.

casos fáceis se perfaz por mero raciocínio lógico dedutivo da hierarquia superior para inferior, típico da subsunção. Já a aplicação do direito para os casos difíceis adentra na zona de penumbra de incerteza, advindo da discricionariedade judicial através do raciocínio dedutivo<sup>435</sup>.

Neste íterim, inelutável à Hart notar a dificuldade do Direito em acompanhar a regulação dos fatos sociais e suas particularidades, razão pela qual os casos difíceis decorrentes de lacunas, antinomias e conflitos entre enunciados normativos são solucionados pela discricionariedade judicial<sup>436</sup>.

Ademais, assinala-se que o positivismo jurídico inclusivo com marco teórico em Hart aceita a derrotabilidade da norma jurídica por circunstâncias excepcionais, de cunho relevante ao caso em concreto, permitindo ao julgador superar a aplicação da subsunção. O que significa o afastamento do texto normativo quando o julgador considerar que está a frente de caso difícil, do qual se designa pela excepcional relevância de superar a previsão legal.

Importante entender que os casos difíceis em Hart têm caráter excepcional, mas não são previstos de forma exaustiva. Assim, a discricionariedade judicial é utilizada pelo julgador para superar o texto normativo, desde que desenvolva a argumentação expositiva da relevância de tal superação, isto de acordo com o caso concreto. Devido à aplicação do direito ser diferente aos casos difíceis e serem estes excepcionais na dinâmica judicial, a norma derrotada para um caso em específico não perde sua validade diante

---

<sup>435</sup> “Se uma zona de penumbra de incerteza deve envolver todas as regras jurídicas, então sua aplicação a casos específicos na área da zona de penumbra não pode ser uma questão de dedução lógica e, assim, o raciocínio dedutivo, que tem sido festejado por gerações como a própria perfeição do raciocínio humano, não pode servir de modelo para aquilo que os juízes ou, na verdade, qualquer pessoa, deveriam fazer para acomodar casos específicos as normas gerais”. In: HART, H. L. A. Ensaios sobre teoria do direito e filosofia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 69- 70.

<sup>436</sup> “Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de características, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. [...] Poder-se-ia tudo saber e, como tudo seria conhecido, algo poderia ser feito em relação a todas as coisas e especificado antecipadamente por uma norma. Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’”. In: HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 166-167.

do ordenamento jurídico<sup>437</sup>.

Neste diapasão, Hart também considera que o julgador buscará a resposta jurídica mais adequada ao caso em concreto pela discricionariedade, desta feita, o positivismo jurídico inclusivo não credita confiança ao fato do julgador encontrar a única resposta ao problema jurídico, mas se baseia na perspectiva de que a textura aberta da norma permitirá a cada julgador encontrar a particularidades da sua decisão judicial, concluindo que é impossível que o julgador resolva o problema jurídico encontrando uma única solução, pois apenas lhe é plausível aplicar o direito representando um equilíbrio razoável para solucionar o conflito<sup>438</sup>.

Em perspectiva da separação entre Direito e Moral pelo qual trabalha o modelo teórico juspositivista, a lide que versa sobre a colisão de critérios axiológicos passa adentrar na zona de incerteza e “a resposta juspositivista quase nunca oferece ao aplicador uma solução imediata e definitiva do caso, pois costuma enumerar várias alternativas decisórias, cabendo ao aplicador escolher”, entretanto, “isso não é admitido pelos moralistas que se referem à resposta certa no sentido de escolha da melhor solução para o caso concreto”, assinala Dimitri Dimoulis<sup>439</sup>.

Em avanço, as teorias pós-positivistas agregam os princípios como fonte jurídica, retratando a inserção de textos normativos com caráter aberto de interpretação. Neste íterim, há divergência entre os teóricos pós-positivista sobre a maneira que os conteúdos morais se inserem na tomada de decisão judicial, ao passo que algumas teorias consideram a existência da diferenciação

---

<sup>437</sup> “Se uma zona de penumbra de incerteza deve envolver todas as regras jurídicas, então sua aplicação a casos específicos na área da zona de penumbra não pode ser uma questão de dedução lógica e, assim, o raciocínio dedutivo, que tem sido festejado por gerações como a própria perfeição do raciocínio humano, não pode servir de modelo para aquilo que os juízes ou, na verdade, qualquer pessoa, deveriam fazer para acomodar casos específicos a normas gerais”. In: HART, H. L. A. Ensaios sobre teoria do direito e filosofia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 69- 70.

<sup>438</sup> HART, H. L. A. O conceito de direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 171: “Nesses casos, a autoridade encarregada de estabelecer as normas deve evidentemente exercer a sua discricionariedade, e não há possibilidade de tratar a questão levantada pelos vários casos como se pudesse ser resolvida por uma única solução correta *a priori*, e não por uma solução que represente um equilíbrio razoável entre diversos interesses conflitantes”.

<sup>439</sup> DIMOULIS, Dimitri. Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006. p. 248.

entre casos fáceis e difíceis e outros assinam pela inadmissibilidade de tal dicotomia.

No contexto pós-positivista, os juristas que defendem a dicotomia entre os casos fáceis e difíceis, o tratamento dos casos em difíceis advém da complexidade enfrentada pelo julgador em utilizar do instrumento da subsunção para analisar o conteúdo axiológico dos direitos tutelados em base principiológica. Portanto, a solução tomada por alguns teóricos pós-positivista na aplicação do direito para casos denominados difíceis tem sido a ponderação de valores<sup>440</sup>.

Na vertente teórica desenvolvida por Alexy, o julgador deve se valer dos princípios jurídicos para resolver os casos difíceis<sup>441</sup>, assim, a aplicação do direito mediante regras ocorre por subsunção<sup>442</sup>. Já os casos difíceis se resolvem pela aplicação da ponderação dos princípios, em vista da lei de colisão e da proporcionalidade.

Destarte, Alexy se posiciona pelo ideal que o julgador buscará a resposta jurídica mais adequada ao aplicar o direito, sendo cético quanto à tese que a decisão judicial se constrói em busca da única resposta jurídica correta. Ao considerar que os casos difíceis se resolvem através da ponderação de princípios, ainda que balizada nos parâmetros da proporcionalidade, a ponderação dependerá do crivo discricionário do julgador para se fazer aplicável, fato que condiciona a resposta as particularidades do problema e da posição do julgador frente ao mesmo, constituindo subjetivismo na análise.

Em contrapartida, pela visão pragmática de Posner, os casos difíceis

---

<sup>440</sup>“Sin embargo, un caso difícil requiere una ponderación que pueda justificar una apartamiento del texto de la ley. [...] En casos extremadamente difíciles, la ponderación conduce a una interpretación contra legem”. In: PECZENIK, Aleksander. Derecho y razón. México: Fontamara, 2000. p. 12-13.

<sup>441</sup> “Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com a tese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar, de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram uma moral. Essa dupla propriedade de pertencer ao mesmo tempo à moral e ao direito significa que a decisão do juiz em casos duvidosos deve ser interpretada de forma diferente do que acontece nas teorias positivistas” In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 92.

<sup>442</sup> “Sua forma característica [das regras] é a subsunção”. In: ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 85.



não necessitam de metodologia específica para serem solucionados<sup>443</sup>. Todos os argumentos que o julgador se utiliza para resolver os problemas cotidianos são fontes jurídicas. As regras e o conhecimento interdisciplinar são levados ao mesmo patamar como fundamento decisório, inclusive as opiniões do julgador pautadas em orientações pretéritas ou pautadas nas consequências futuras do resultado decisório.

Deste modo, Posner considera que a decisão judicial é construção política. Caberá, portanto, ao julgador reconstruir de maneira imaginária as consequências resultantes da decisão judicial que ele tomará, balizando sua opinião decisória em guiar a efetividade dos resultados pelo parâmetro da razoabilidade e com foco na maximização das riquezas. Posner considera que cada julgador desenvolve a sua guia-mestra para construir o julgamento com razoabilidade em parâmetros valorativos, mas apregoa que a maximização das riquezas é o único valor que o julgador deverá considerar como guia-mestra. Assim, a maximização das riquezas e razoabilidade são os nortes argumentativos que balizam a livre escolha do juiz<sup>444</sup>.

Neste contexto, a decisão judicial pragmática na teoria jurídica de Posner é integralmente discricionária e seus parâmetros largamente abertos no processo de aplicação do direito levam o julgador a encontrar diversas soluções razoáveis para o mesmo caso, não estando ele na pretensão de alçar a resposta correta, haja vista que a tese em comento desacredita na percepção de existir uma. Levando em conta a sociedade complexa do atual século e as divergências morais existentes nas diversidades culturais inseridas na mesma sociedade, não é correto utilizar da moralidade como parâmetro no processo decisório, e a ideia de haver uma resposta correta se pauta no realismo moral, razão pela qual

---

<sup>443</sup> “decisão dos casos jurídicos difíceis é, muito frequentemente, uma forma de análise de políticas públicas, e não o produto de uma metodologia específica”. In: POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 179.

<sup>444</sup> “Em segundo lugar, pessoas com formação educacional, política e religiosa semelhante tenderão a interpretar uma obra literária de modo convergente, enquanto pessoas com formação diferente tenderão a interpretá-la de modo divergente; o mesmo acontece no direito”. In: POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 270-271.

“A essência da tomada de decisões interpretativa está em considerar as consequências das decisões alternativas. Não há interpretações 'logicamente' corretas; a interpretação não é um processo lógico”. In: POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 615.

a decisão deve ser política<sup>445</sup>.

Por outra ordem, a teoria jurídica de Dworkin considera a tese de tratamento dicotômico entre casos fáceis e difíceis, mas faz críticas à posição juspositivista de resolver os casos difíceis de modo diferente, ao recair na discricionariedade judicial<sup>446</sup>. Isto porque assevera ser temerário respaldar a aplicação do direito no crivo subjetivista do juiz, deixando-o livre para criar novos direitos que impliquem a negação dos direitos morais já presentes nos princípios jurídicos. Assim, o julgador deverá resolver os casos fáceis e os difíceis com decisões judiciais pautadas nas regras e nos princípios jurídicos, estas são as proposições axiológicas destinadas a descrever direitos individuais já respaldados pelo ordenamento jurídico<sup>447</sup>.

Desta maneira, Dworkin constrói que o julgador aplicará o direito pelas regras mediante o procedimento da subsunção. Já para os padrões decisórios, o julgador aplicará a operação argumentativa do balanceamento, considerando cada decisão judicial como um capítulo com continuidade interpretativa, construindo a história institucional das práticas jurídicas da comunidade<sup>448</sup>, e visando a integridade do sistema pela teia inconsútil<sup>449</sup> em defesa dos aspectos

---

<sup>445</sup> “A ideia de que existem respostas corretas para todas ou para a maioria das questões morais, é chamada de 'realismo moral', e numa sociedade heterogênea isso tende a parecer ainda menos plausível do que uma crença de que existem respostas corretas inclusive para as questões jurídicas mais complexas. Dworkin é um realista moral”. In: POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 269.

<sup>446</sup> “O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria, o 'poder discricionário para decidir o caso de uma maneira ou de outra. Sua opinião é redigida em uma linguagem que parece supor que uma das partes tinha o direito preexistente de ganhar a causa, mas tal ideia não passa de uma ficção. Na verdade, ele legisla novos direitos jurídicos (*new legal rights*), e em seguida os aplica retroativamente ao caso em questão”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 61.

<sup>447</sup> “Minha teoria inclui a tese dos direitos, que argumenta que, por ser dever dos juízes, mesmo nos casos difíceis, identificar direitos das partes, os juízes nesses casos deveriam recorrer a argumentos de princípios e não a argumentos políticos”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 556.

<sup>448</sup> “Mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral”. In: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 305.

<sup>449</sup> “O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade

morais da Constituição.

Ainda que Dworkin considere diferenciar casos fáceis e difíceis, formula posicionamento no sentido de acreditar que o julgador deverá objetivar construir a única resposta jurídica correta para o caso em concreto<sup>450</sup>, pois ainda que não se consiga provar ter atingido a solução correta é a pretensão do julgador em alcançar tal intento que satisfaz a resposta<sup>451</sup>, assim, “mesmo em casos difíceis, é razoável dizer que o processo tem por finalidade descobrir, e não inventar, os direitos das partes interessadas e que a justificação política do processo depende da validade dessa caracterização”<sup>452</sup>, pois ao juiz Hércules se impõe tal postura idealista.

Pela teoria crítica hermenêutica ao Direito desenvolvida por Streck, a decisão judicial tem por fonte jurídica as regras e os princípios, pois a moral não é um fator corretivo ao direito. Neste diapasão, o caso em concreto é que origina a pergunta a ser respondida pelo julgador. Este interpreta a regra presente no sistema jurídico para solucionar o conflito e a correlaciona com o aspecto axiológico presente no princípio jurídico correlato ao tema. Assim, o julgador formará a norma jurídica consistente na decisão judicial. Não há que se falar em dúvida sobre casos difíceis, pois o princípios jurídicos já respaldam os valores no sistema jurídico, “portanto, o problema de um ‘caso’ ser fácil ou difícil [...] não está nele mesmo, mas na possibilidade – que advém da pré-compreensão do intérprete – de compreendê-lo. [...] a questão – vista de outro modo – é: fácil ou

---

assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”. In: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

<sup>450</sup> “Meus argumentos pressupõem que frequentemente há uma única resposta correta para questões complexas de direito e moralidade política”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 429.

<sup>451</sup> “[...] Um crítico poderia, então, ver-se tentado a dizer que a complexa descrição que fizemos do raciocínio judicial sob o direito como integridade só é aplicável aos casos difíceis. Poderia acrescentar que seria absurdo aplicar o método a casos fáceis – nenhum juiz precisa considerar questões de adequação e de moral política para decidir se alguém deve pagar sua conta telefônica – e então declarar que, além de sua teoria sobre os casos difíceis, Hércules precisa de uma teoria sobre quando os casos são difíceis, para saber quando seu complexo método para os casos difíceis é ou não apropriado. [...] Esse é um pseudoproblema. Hércules não precisa de um método para casos difíceis e outro para os fáceis. Seu método aplica-se igualmente bem a casos fáceis; uma vez porém que as respostas às perguntas que coloca são então evidentes, ou pelo menos parecem sê-lo, não sabemos absolutamente se há alguma teoria em operação”. DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 423-424.

<sup>452</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 430

difícil pra quem?”<sup>453</sup>. Assim, a constitucionalização dos direitos já legitima ao julgador a buscar a resposta jurídica de acordo com a Constituição<sup>454</sup>.

O caminho de atribuição da resposta jurídica tratado por Streck leva o julgador a crer que a decisão judicial deve apresentar a única resposta jurídica correta, ainda que sua fundamentação para tanto seja diversa da apresentada por Dworkin. Leva em conta que admitir mais de uma resposta jurídica plausível ao mesmo caso em concreto é o mesmo que aceitar a discricionariedade judicial como método adequado de aplicar o direito<sup>455</sup>, quando na verdade o método é incoerente com a segurança jurídica.

Para tanto, o jurista acredita que não há respostas jurídicas pré-estabelecidas no enunciado legal, pois é a situação fática que faz nascer um problema e a aplicação do direito que cria a norma jurídica do dito caso, portanto, o julgador deve concluir a decisão judicial com a única resposta jurídica conformada à jurisdição constitucional<sup>456</sup>. Ora, o cidadão tem o direito fundamental à obtenção da resposta correta, entendida esta como aquela adequada à Constituição<sup>457</sup>.

---

<sup>453</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 274.

<sup>454</sup> “Negar a possibilidade de que possa existir (sempre) – para cada caso – uma resposta conformada à Constituição – portanto, uma resposta correta sob o ponto de vista hermenêutico (porque é impossível cindir o ato interpretativo do ato aplicativo) –, pode significar a admissão de discricionariedades interpretativas, o que se mostra antitético ao caráter não-relativista da hermenêutica filosófica e ao próprio paradigma do novo constitucionalismo principiológico introduzido pelo Estado Democrático de Direito, incompatível com a existência de múltiplas respostas”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009. p. 363-364.

<sup>455</sup> “Está na (falta de uma) teoria da decisão o ponto nodal da (não) superação do positivismo e de seus elementos fundantes (fontes sociais, cisão entre direito e moral e discricionariedade)”. In: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Do Advogado, 2010. p. 104.

<sup>456</sup> “Numa palavra: parece despiendo referir que a resposta correta não é, jamais, uma resposta definitiva. Do mesmo modo, a pretensão de se buscar a resposta correta não possui condições de garanti-la. Mas o fato de se obedecer à coerência e à integridade do direito, a partir de uma adequada suspensão dos pré-juízos advindos da tradição, já representa o primeiro passo no cumprimento do direito fundamental de cada cidadão tem de obter uma resposta adequada à Constituição”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 386.

<sup>457</sup> “Assim, a tese aqui apresentada é uma simbiose entre as teorias de *Gadamer* e *Dworkin*, com o acréscimo de que a resposta não é nem a única nem a melhor: simplesmente se trata 'da resposta adequada à Constituição', isto é, uma resposta que deve ser confirmada na própria Constituição, na Constituição mesma”. In: STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 621.

Pelo esforço feito, a teoria da decisão judicial aplicável ao ambiente jurídico contextualizado pela jurisdição constitucional deve ser suficiente ao ponto de resolver todos os casos jurídicos da mesma forma, e não se utilizar de métodos distintos, ao critério do julgador, para produzir a decisão judicial. Tampouco se admite na atual quadra histórica que o julgador aplique o direito pautado na ampla discricionariedade judicial, porquanto o objetivo do Direito é trazer segurança<sup>458</sup> a deliberação jurídica e a uniformidade na tutela dos direitos, legitimando a igualdade e a democracia.

O tratamento dicotômico das controvérsias entre claras e complexas prescinde de apreciação subjetiva do julgador e dita análise “depende da carga de preconceitos (pré-conceitos) acumulados pelo intérprete, podendo variar de acordo com a capacitação do intérprete e aplicador sobre o tema em discussão”, fato que diminui a certeza jurídica ao conceder amplitude decisória, esclarece Zanon Jr.<sup>459</sup>.

Neste contexto, o marco teórico desenvolvido por Orlando Luiz Zanon Jr. constrói a tese da decisão judicial pautada na articulação das fontes jurídicas<sup>460</sup>. É frente ao caso em concreto que se formará um problema jurídico, pois não há pergunta antes de se formar o problema, assim, cabe ao julgador produzir a norma jurídica que é o resultado interpretativo da articulação das fontes jurídicas, voltado à resolução dum problema em concreto<sup>461</sup>.

---

<sup>458</sup> “O chamado *direito moderno* é racional, na medida que permite a instalação de um horizonte de *previsibilidade e calculabilidade* em relação aos comportamentos humanos – vale dizer: *segurança*”. In: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juizes? (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 15.

<sup>459</sup> Outrossim, exemplificativamente, uma disputa sobre questão portuária pode ser considerada fácil por um Jurista com treinamento em Direito e em comércio exterior, embora possa ser considerada difícil por outros sem tal formação multidisciplinar. In: ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 206.

<sup>460</sup> Fontes em sentido amplo “[...] são todos os elementos que podem ser empregados para tomada de decisões”, todo conhecimento racional. Fontes Jurídicas são argumentos teóricos (elementos de determinação) admitidos pelo Direito como legítimos limitadores para a tomada de decisões numa sociedade e servem de restrições da amplitude decisória, aumentando a certeza e segurança jurídica. São Fontes Jurídicas: Legislação escrita (força intransponível); Princípios Jurídicos (força intransponível se expresso ou decisiva se tácito); jurisprudência, doutrina e políticas executivas (força decisiva); ética (Moral), costumes e estudos interdisciplinares (influência limitada). In: ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 159-162.

<sup>461</sup> ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 149-150.

Assim, os fenômenos de subsunção e ponderação não apresentam adequadamente a aplicação normativa, que é a articulação ou conformação de diversas fontes para construção da única solução do problema concreto. Cabe ao julgador formar a decisão judicial e “é o grau de conhecimento quanto às Fontes Jurídicas aplicáveis (e conhecimento interdisciplinar correlato) que determina a dificuldade de resolver um determinado problema, de modo a afetar o tempo necessário para construir a Norma Jurídica que servirá de fundamento para a Decisão”<sup>462</sup>, esclarece Zanon Jr.

Neste diapasão, cada norma jurídica é uma resposta única e irrepetível, pois não há norma jurídica em abstrato antes dos fatos, da mesma forma que inexistem repostas antes de perguntas, ao passo que a norma jurídica é uma resposta específica que surge como fundamento para determinado contexto fático e consiste no produto da interpretação emergente na facticidade. A verdade da decisão judicial não é absoluta, mas isso não permite ao julgador partir dos pressupostos de alçar uma das diversas respostas jurídicas possíveis, é o percurso em escrutinar a resposta correta que faz o julgador caminhar pela pretensão corretiva<sup>463</sup>.

Nesta percepção, decidir é um empreendimento voltado à busca da resposta mais adequada ao contexto, tendo o ordenamento jurídico como referência, de acordo com o grau de eficácia que cada fonte jurídica possui na respectiva tradição jurídica.

Pelo discurso ameadado, a forma que o julgador encara a situação problema é preponderante para sua caminhada em busca da resposta jurídica. O julgador acredita que há diversas respostas jurídicas adequadas ou pretensa

---

<sup>462</sup> ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 206.

<sup>463</sup> ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 198. Ademais, a proposição pós-positivista de Zanon Jr.: “adota uma versão fraca da teoria da única decisão correta (*the one right answer thesis*) sob a formulação de pretensão de correção, em razão do caráter argumentativo da construção do conhecimento racional, que está calcado apenas em verdades transitórias (paradigmáticas) [...]. Logo, a atividade jurígena não é jamais uma verdade absoluta, mas sim mera possibilidade, ainda que o grau de certeza e (de segurança) varie intensamente. Ao intérprete e aplicador, incumbe, apenas, a pretensão de correção, no sentido de enviair esforços para construção normativa mais adequada à espécie, de modo a tentar obter um conhecimento mais seguro quanto às consequências das opções de conduta das quais dispõe”. In: ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 210.

achar a resposta jurídica correta, isto seguindo a posição pelo qual assenta suas concepções jurídicas constituídas. Outrossim, para caminhar tal percurso, caberá ao julgador se posicionar sobre o caso em concreto, assentando se o problema jurídico passa ou não pela dicotomia entre os casos fáceis e difíceis, podendo optar pela aplicação do direito de maneira distinta para os casos difíceis.

Neste seguimento, há repercussões de tais correntes teóricas nos tribunais brasileiros, e os juristas se posicionam de forma distinta sob tais parâmetros. Exemplificando em contexto prático o discurso proposto, o jurista Eros Grau, ex-ministro do STF, defende os postulados teóricos do positivismo jurídico, sob tal vertente considera que os juízes devem decidir aplicando a Constituição e as leis, para tanto se utilizam de prudência para interpretar pelos critérios da legalidade, pois a legislação não é calculável ou previsível, mas isso sem inserir senso de justiça que levaria ao subjetivismo, fato que conduz o julgador ao complexo quadro de análise da moldura do texto normativo que comporta sempre mais de uma solução correta, sabendo ele inexistir a resposta jurídica exata. A postura que parte o julgador é pela admissibilidade de uma dentre tantas respostas jurídicas aceitáveis ao mesmo caso<sup>464</sup>.

Em contraponto, Luís Roberto Barroso, atual ministro do STF, em postulados pós-positivista, ao dispor sobre a tese da resposta correta iniciada pelo discurso de Dworkin, cita axioma de André Guide que sintetiza o seu discurso sobre o tema: “creia nos que procuram a verdade. Duvide dos que a encontram”. Falar em resposta jurídica correta resvala na ideia de verdade, e a verdade absoluta não é alcançável, porquanto se estabelece em padrões transitórios, mas o julgador tem a única solução jurídica correta, justa e constitucionalmente adequada a perseguir, é a pretensão que o faz perpetrar o caminho da única resposta subjetivamente correta, ainda que não se possa falar

---

<sup>464</sup> “os juízes decidem (= devem decidir) não subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça, mas aplicando o direito (a Constituição e as leis). Isso não significa que cada decisão seja matematicamente previsível, pois – além de o direito ser uma prudência – a lei é abstrata e geral devendo ser aplicada a cada caso. [...] Isso em um quadro de enorme complexidade, visto que cada caso comporta sempre mais de uma solução correta, nenhuma exata”. In: GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes? (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 18-21.

de uma resposta jurídica objetivamente correta<sup>465</sup>.

Ao passo que o segundo ponto que a presente tese também infere demonstrar como fator intrínseco elementar a construção da decisão judicial também se relaciona ao julgador na qualidade de intérprete. A teoria jurídica admissível ao julgador poderá inserir critérios axiológicos em busca da justiça como admissíveis na aplicação do direito ou não, retratando suas nuances diante da tutela jurisdicional que virá defronte.

3.2.1.2 A aplicação do direito frente a Teoria Jurídica do julgador: critérios axiológicos admissíveis pelo julgador em busca da justiça

Dentro da relação julgador e Teoria Jurídica é que se forma um intérprete do Direito. O intérprete do Direito constrói padrões de julgamento para a prática deliberativa aferíveis por um critério de justiça. Assim, os critérios de justiça e padrões de julgamento do julgador variam de acordo com o marco teórico do qual se filia, pois é frente a sua percepção do que é o Direito e para onde o Direito vai que o julgador firma postulados críticos que o perfazem compreender sua forma de ver o julgamento, formando quem ele é como o interprete jurídico.

Segundo a visão juspositivista do jurista Eros Grau, a aplicação do direito não admite critérios axiológicos em busca da justiça. Diante de muitas éticas e muitas justças, nenhuma é suficiente para resolver o que é o valor universal, assim a segurança jurídica depende dos juízes. Isto por que os “juízes não podem decidir subjetivamente, de acordo com seu senso de justiça. Estão vinculados pelo dever de aplicar o direito (a Constituição e as leis)”. A Teoria do Direito não é teoria de justiça, e “isso é necessário afirmar bem alto: os juízes

---

<sup>465</sup> Assim, embora não se possa falar, em certos casos difíceis, em uma resposta objetivamente correta — única e universalmente aceita —, existe, por certo, uma resposta subjetivamente correta. Isso significa que, para um dado intérprete, existe uma única solução correta, justa e constitucionalmente adequada a ser perseguida. E esse intérprete tem deveres de integridade — ele não pode ignorar o sistema jurídico, os conceitos aplicáveis e os precedentes na matéria — e tem deveres de coerência, no sentido de que não pode ignorar as suas próprias decisões anteriores, bem como as premissas que estabeleceu em casos precedentes. Um juiz não é livre para escolher de acordo com seu estado de espirito, suas simpatias ou suas opções estratégicas na vida. Um juiz de verdade, sobretudo um juiz constitucional, tem deveres de integridade e de coerência. In: BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. p. 25. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50



aplicam o *direito*, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender *direito*, não justiça. Justiça é com religião, a filosofia, a história”<sup>466</sup>. Assim é o julgador aquele que cumpre o papel da Constituição e se transforma na coisa-juiz, pois já não é a pessoa dele mesmo, mas apenas o ser juiz.

Desta forma, o marco teórico de Kelsen define que o padrão de julgamento é a norma jurídica no juspositivismo. O sentimento de justiça não deve influir no processo decisório a ponto de configurar argumentação. Pela perspectiva de Norberto Bobbio, o Direito deveria se fundar tão somente em juízos de fato, afastando qualquer juízo de valor<sup>467</sup>. Outrossim, o conceito de justiça é abstrato e formal e “os juízes precisam fazer “justiça de acordo com a lei”, não a justiça pura e simples. Assim, o critério de justiça no julgamento é a justiça formal, ao julgador cabe cumprir a lei<sup>468</sup>.

Assim, o positivismo jurídico pretendeu ser a teoria do Direito na qual o julgador assumiria uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fatos como critério de julgamento, isto pela “ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida”, anuncia Luiz Roberto Barroso<sup>469</sup>.

Na precursão crítica de Dworkin ao juspositivismo sobre a inserção de valores ao Direito, considera-se que o julgador deve adotar critérios de justiça por equidade no julgamento, pois a ordem jurídica é também integrada por outros critérios decisórios, extraídos de fontes jurídicas além da legislação e dos precedentes dos tribunais. A ordem jurídica se forma de todos os argumentos

---

<sup>466</sup> GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes? (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 18-21.

<sup>467</sup> “A ciência exclui do próprio âmbito os juízos de valor, porque ela deseja ser um conhecimento puramente objetivo da realidade, enquanto os juízos em questão são sempre subjetivos (ou pessoais) e conseqüentemente contrários à exigência da objetividade”. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. Trad. Mario Pugliesi. São Paulo: Icone, 1995.

<sup>468</sup> MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 93-95. Tradução de Waldéa Barcellos. Revisão da tradução Marylene Pinto Michael.

<sup>469</sup> O positivismo jurídico “resultou sendo uma ideologia, movida por juízos de valor, por ter se tornado não apenas um modo de entender o Direito, como também de querer o Direito. O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. Qualquer ordem In: BARROSO, Luiz Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 239.

morais passíveis de se sustentar como critério do julgamento, pois o Direito não é um conjunto fixo de padrões<sup>470</sup>.

A teoria de Dworkin afirma que a decisão judicial é tomada no procedimento lógico dedutivo de subsunção e na operação argumentativa de balanceamento dos demais padrões de julgamento menos densos, de acordo com a interpretação construtivista das decisões anteriores na prática jurídica da comunidade, considerando que a decisão a integralizará o sistema.

Os padrões de julgamento axiológicos para alcançar a justiça por equidade são de análises mais complexas, mas podem ser identificados pelas regras jurídicas, princípios jurídicos e políticas de promoção ao bem comum. Assim, o critério de julgamento para o julgador é a coerência dos princípios que integram ao Direito os valores de justiça, equidade e o devido processo legal adjetivo<sup>471</sup>. O juiz precisa considerar que o conjunto dos padrões de julgamento formam um ordenamento jurídico íntegro, sob a forma de uma teia inconsútil, deliberando de forma coerente as decisões anteriores e pela primazia imperativa da igualdade.

O advento da cultura jurídica pós-positivista reflete a percepção de que a solução dos problemas jurídicos não está suficientemente na norma jurídica, então ela não pode servir como o único padrão de julgamento, ainda que continue a ser o padrão mais denso e vinculante. Já que a solução jurídica não está pronta na norma jurídica, o Direito precisa resgatar os padrões axiológicos como critério de julgamento, pois a decisão judicial abrange a busca da justiça, dos valores, da legitimidade democrática, da realização do bem

---

<sup>470</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 35- 36, p. 527, e, em especial, p. 119: "O meu ponto não é que o 'direito' contenha um número fixo de padrões, alguns dos quais são regras e outros, princípios. Na verdade, quero opor-me à ideia de que o 'direito' é um conjunto de padrões fixos de algum tipo".

<sup>471</sup> "O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios". In: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 291.

comum. Abrangendo a percepção consequencialista da decisão judicial<sup>472</sup>.

As consequências da decisão judicial são relevantes para o julgamento, apesar de não se aceitar o consequencialismo completo como prática suficiente ou aceitável em si mesma, alguns elementos do raciocínio consequencialista são indispensáveis em qualquer processo de tomada de decisão e em qualquer modo satisfatório de deliberação prática. Ora, os juízes são classe importante de tomadores de decisão, e suas decisões são caracterizadas por um processo único de deliberação auxiliado pelos argumentos contraditórios do advogado, assim, espera-se que as deliberações de tais tomadores de decisão e as justificativas que eles dão para o julgamento pensem nas consequências, nos resultados das decisões como valores perseguidos e sustentados pelas normas legais como objetivos permanentes da lei e pela lei. Deve-se pensar que a lei promove ou apoia um certo valor e isso pode ser expresso em uma espécie de raciocínio de metas. O raciocínio judicial prossegue sob a restrição da universalização, pois se estabelece normas de correção e se fornece razões corretas. Neste contexto e neste nível, correção e orientação são dois lados da mesma moeda<sup>473</sup>.

---

<sup>472</sup> Nesse ambiente em que a solução dos problemas jurídicos não se encontra integralmente na norma jurídica, surge cultura jurídica pós-positivista. Se a solução não está toda na norma, é preciso procurá-la em outro lugar. E, assim, supera-se a separação profunda que o positivismo jurídico havia imposto entre o Direito e a Moral, entre o Direito e outros domínios do conhecimento. Para construir a solução que não está pronta na norma, o Direito precisa se aproximar da filosofia moral — em busca da justiça e de outros valores —, da filosofia política — em busca de legitimidade democrática e da realização de fins públicos que promovam o bem comum e, de certa forma, também das ciências sociais aplicadas, como a economia e a psicologia. BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50

<sup>473</sup> So I reject both extremes and entertain only the middle view that some kinds and some ranges of consequences must be relevant to the justification of decisions. While not accepting out-and-out consequentialism as a sufficient or acceptable practical philosophy in itself, I conclude that some element of consequentialist reasoning must be present in any sound decisionmaking process, in any satisfactory mode of practical deliberation. The decisions to which I here address myself are legal, that is, judicial, decisions. Judges are an important class of decisionmakers, and their decisions are characterized by a unique process of deliberation aided by the adversarial arguments of counsel. If in general it is salutary to hold the makers of momentous decisions accountable both for what they bring about and for at least the intended, the foreseen, and even the foreseeable consequences and outcomes thereof, the more so the more thoroughly deliberated the decisions, then it must be salutary to hold judges so accountable. Conversely, we should expect the deliberations of such decisionmakers and the justifications they give for the decisions they make to take account of the consequences and outcomes of their decisions [...] What I finally derive from these reflections is a view of legal consequentialism which allows me a confession and avoidance in response to Professor Summers' charge that I conflate rightness reasons and goal reasons. I confess to a certain

Pelas novas vertentes de critérios ao julgamento, a tópica jurídica também rompe com o padrão de julgamento reduzido no texto normativo. Para tanto, o método tópico vem aplicar o raciocínio baseado no problema jurídico e não mais na norma jurídica como único critério de julgamento. Assim, a decisão judicial se constrói fundamentada no conjunto de critérios de julgamento relevantes ao caso, formados pelas normas, pelos fatos, pelas consequências e pelos valores. O conjunto de critérios de julgamento relevantes ao caso dialeticamente ponderados é que permitem chegar na justa solução para o caso em concreto<sup>474</sup>.

Na amplificação do discurso de justiça ao Direito, Neil MacCormick passou a construir a explicação que a exigência da justiça formal como critério de julgamento é o mínimo para fazer justiça, mas a decisão judicial precisa considerar que o julgador trate casos semelhantes de modo semelhante, e casos diferentes de modo diferente; e dar a cada um o que é devido. Além do mais, o julgador se detém pela coerência com o passado, ao olhar para os precedentes e para suas decisões anteriores ao mesmo tempo em que se vincula as consequências futuras da decisão que ora delibera, e entre a justiça formal em conflito com a justiça substantiva do caso atual, há que prudentemente se pensar no futuro<sup>475</sup>.

Pela vertente de Alexy, o padrão de julgamento se constrói pelas regras e princípios jurídicos, mas casos limites de injustiça extrema,

---

conflation, but plead that there is here no confusion. We may envisage the values pursued through and upheld by legal rules as standing aims of and for the law. It must then count in favor of a ruling in law that it promotes or supports a certain value, and this can be expressed in a sort of goal reasoning. But since judicial reasoning proceeds under the constraint of universalizability, the matter is also one of setting norms of rightness, of providing rightness reasons. In this context and at this level rightness and goal orientation are two sides of the same coin. In: MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. p. 240. In: **New Yorker University Law Review**. volume 58, maio 2016. Rev.239, 1983, n. 2, 2, p. 23.

<sup>474</sup> VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. p. 34-36. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr.

<sup>475</sup> "Por minha própria conta, eu sem dúvida defenderia a opinião de que juízes deveriam aderir ao princípio da justiça formal, como requisito mínimo para fazer Justiça, e mas ainda "a justiça de acordo com a lei". Ademais, eu afirmaria que a exigência de pensar no futuro é ainda mais rigorosa que a de contemplar o passado, porque - como vimos - pode haver genuinamente um conflito entre justiça formal de observância de precedentes e a percepção da justiça substantiva do caso atual". MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 96. Tradução de Waldéa Barcellos. Revisão da tradução Marylene Pinto Michael.

inegavelmente reconhecíveis, são considerados exceção ao ordenamento jurídico e fazem sobrepujar a justiça material em derrota do dispositivo legal.

Neste ínterim, a reintrodução dos valores ao Direito por meio da doutrina pós-positivista desencadeia padrões de julgamentos preocupados com a legitimidade democrática, com a revalorização da razão prática e com a teoria da justiça, mas ir além do padrão de julgamento normativo não significa desprezá-lo, e sim trazer interpretação jurídica aos valores. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética<sup>476</sup>.

Para a prática deliberativa contemporânea, a moralidade política se compõe da relação entre juridicidade, moralidade e eticidade. A partir da moralidade política se desenvolve o critério que analisa a correção e a justiça das decisões tomadas no meio social, haja vista que são padrões de julgamento aceitos como fontes jurídicas articuláveis ao julgamento: o texto normativo; princípios jurídicos; jurisprudência, doutrina e políticas executivas; ética (Moral), costumes e estudos interdisciplinares. Neste diapasão, ainda que se considere outros padrões de julgamento, não há que admitir a possibilidade de afugentar disposição de texto normativo<sup>477</sup>. Ademais, a Moral não consiste em fonte jurídica lídima como critério de julgamento, porque sua legitimidade está limitada

Universitat d'Alacant

---

<sup>476</sup> “A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática.” Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética. BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 23-50

<sup>477</sup> “não se concorda com teorias que permitem a pura e simples ultrapassagem dos limites impostos pela legislação, a exemplo daquela empregada por Alexy, que franqueia o desrespeito à lei em sede de injustiça extrema (fórmula Radbruch), ou da proposta de Alexander Peczenic, no sentido de que casos difíceis ou duvidosos autorizam a inobservância ao texto normativo. Tais afrontas revelam um descaso com o Estado Democrático de Direito, de modo a ensejar a responsabilidade política do intérprete e aplicador. Cabe ressaltar, todavia, que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) admite expressamente o controle de constitucionalidade dos preceitos infraconstitucionais, consoante os modelos difuso (*incidenter tantum*) e concentrado, de modo a autorizar argumentações contrárias à incidência de restrições impostas por um determinado texto infraconstitucional. Trata-se de uma exceção expressa à intransponibilidade, admissível na tradição jurídica brasileira. In: ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 168.

aos aspectos de convergência com a Ética. Isto porque a Ética transpassa os valores axiológicos individuais, para se firmar como o “conjunto de parâmetros valorativos convergentes em determinado grupo de pessoas ou comunidade individualmente identificável, de modo a orientar e delimitar as deliberações tomadas perante o agrupamento”. Assim, Zanon Jr. atribui que o critério de justiça no julgamento é a ética, que se insere como fonte no ordenamento jurídico para definir a correção e a justiça da operação deliberativa, articulando com as demais fontes jurídicas com respeito ao grau vinculativo que apresentam<sup>478</sup>.

Outrossim, o critério de justiça pautado na ética leva o julgador à responsabilidade ético-jurídica consciente dos interesses e valores envolvidos. “É nesse sentido que a ideia de transformar ética em direito emerge como parte integrante do pensamento jurídico, ainda que as informações necessárias para possibilitar essa transformação não venham, necessariamente, de dentro do pensamento jurídico. A judicialização ética se efetiva pela postura comprometida do julgador em buscar a “intencional e sincera melhor solução para o problema jurídico a ele submetido”<sup>479</sup>.

Destarte, diante da situação problema fático-jurídica, o julgador buscará a resposta jurídica adequada ou a única resposta, isto seguindo a posição pelo qual assenta suas concepções jurídicas constituídas, e para caminhar tal percurso, caberá ao juiz se posicionar sobre o caso em concreto, assentando se o problema jurídico passa ou não pela dicotomia entre os casos fáceis e difíceis, isto para aplicar o direito.

Pode o julgador entender que exerce a função judicante pelo múnus

---

<sup>478</sup> ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 136.

<sup>479</sup> “O que se espera do juiz não é o conhecimento de tudo, mas tão somente uma capacidade intelectual e emocional de ouvir imparcialmente os argumentos que lhes são apresentados, de discernir e de ponderar equilibradamente os interesses e valores envolvidos e, finalmente, de apresentar uma justificação consistente de sua escolha, compatível com a dignidade daqueles que serão afetados pela decisão. Também se espera do juiz um compromisso ético-jurídico (de responsabilidade ético-jurídica), consistente”. LIMA, George Marmelstein. Tese de Doutorado A JUDICIALIZAÇÃO DA ÉTICA: Um Projeto de Transformação da Ética em Direito Orientado pela Expansão do Círculo Ético. Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. COIMBRA: 2013. p. 632. Disponível em <<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24576/2/A%20Judicialização%20da%20Ética.pdf>>. Acesso em 2018.

de agente político com viés de trazer a interpretação criativa ao processo deliberativo, sem que isso recaia na derrotabilidade da norma jurídica ou na discricionariedade judicial. Assim como pode o julgador entender que a busca decisória se esgota ao encontrar a resposta jurídica alcançando critérios axiológicos advindos da moral e da ética permissíveis de adentrar aos limites jurídicos. Pressupostos de escolha que formam quem é o intérprete jurídico.

Outrossim, as razões supra expostas implicam a figura do intérprete diante da Ciência Jurídica, e ensinam qual a condução modelo pela qual o julgador aplicará o Direito, posto que o delineamento decisório será de acordo com suas convicções para em seguimento lidar com o problema jurídico. Portanto, as convicções analisadas formam a relação teoria jurídica/intérprete, ao passo que o próximo ponto se demonstra defronte a relação intérprete/problema fático-jurídico.

Destarte, o julgador se muni da competência para exercer a função judicante e é notória sua consciência sobre o ambiente jurídico que propicia a decisão judicial no atual meio de jurisdição constitucional, esfera antecedente ao caso em concreto. Dentro da função jurígena, o julgador constrói suas convicções sobre o que é Direito e o que Direito objeta, que o formam como intérprete jurídico. A figura do julgador defronte ao problema fático-jurídico o coloca na posição de análise para aplicar o direito, e como o julgador toma a decisão depende de sua descoberta sobre o caso e a justificação que formula como solução para a decisão judicial.

Por sua vez, o terceiro ponto analisável como fator intrínseco à construção da decisão judicial aborda a relação intérprete/problema fático-jurídico. A decisão judicial é construída num processo controlado de inferência pelo julgador? O caminho lógico percorrido pelo raciocínio do julgador é representado diretamente pela fundamentação jurídica contida na decisão judicial?<sup>480</sup> Tais dúvidas se impõe sobre o processo de descoberta e de

---

<sup>480</sup> Segundo Noel Struchiner e Marcelo Santini Brando: “Será que toda decisão proferida num caso difícil é tomada de maneira consciente e deliberada a partir de um processo controlado de inferência? Será que a fundamentação representa o trajeto lógico percorrido pelo juiz para alcançar a decisão? [...] Quando se pensa nos casos difíceis do direito brasileiro e nas teorias normativas da tomada de decisão, alguns tópicos são recorrentemente citados: pós-positivismo, neoconstitucionalismo, distinção entre princípios e regras, ponderação de

justificação dos fundamentos da decisão judicial. Importa em descobrir qual o procedimento cognoscível ou incognoscível tomado pelo julgador para se posicionar diante do caso em concreto.

3.2.1.3 A percepção do contexto da descoberta, além da justificação dos fundamentos jurídicos

O terceiro ponto tratável como fator intrínseco é a percepção do contexto da descoberta, além da justificação dos fundamentos jurídicos. Isto porque há dois contextos na construção decisória: a descoberta e a justificação. Entretanto, apenas o contexto de justificação é largamente difundido em estudos pela Teoria Jurídica e somente este é enfrentado por todos os juristas na prática jurisdicional.

Quando se adentra aos fatores que se relacionam ao caso fático-jurídico, é imperioso compreender quais são as etapas de construir a convicção decisória mediante a justificação (após o contexto de descoberta) dos fundamentos jurídicos.

A decisão judicial é descrita pela justificação, ou seja, pelas razões expostas como argumentos decisórios, mas na verdade ela acontece antes, pois se formula pelo contexto da descoberta. Nasce a resposta jurídica quando o julgador se convence a favor ou contra a demanda propositiva, descobrindo qual determinação tomar sobre o resultado decisório. Tal processo advém do escrutínio da mente em buscar pela solução e se exterioriza quando o julgador justifica seus fundamentos jurídicos na decisão, este são os contextos da descoberta e da justificação decisória.

O juspositivismo não se ocupa em estudar o contexto de descoberta da decisão judicial. Entende-se que o Direito desponta do contexto justificatório,

---

princípios, dignidade humana, jurisprudência dos valores etc. Esses jargões são entendidos como o instrumental necessário para o enfrentamento e solução racional dos casos difíceis. Contudo, nada se diz sobre como os juízes tomam decisões, raciocinam e lidam de fato com dilemas morais, o que torna compreensível a incongruência havida entre as proposições normativas dessas teorias e aquilo que acontece na prática". In: STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. CAPÍTULO VII Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [Org.]. *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: Puc Rio, p.172, 208-209.



pois acontece ao se determinar a norma geral a ser aplicada ao caso em concreto, subsumindo o caso fático na moldura normativa e justificando os fundamentos jurídicos a partir deste processo silogístico<sup>481</sup>. No final, o que interessa ao positivismo jurídico é a justificação exposta como razões decisórias feita mediante escolhas razoáveis a convencer da verdade<sup>482</sup>.

A descoberta da decisão judicial tem sido negligenciada pela maior parte da Ciência Jurídica devido ao subjetivismo que há no escrutínio da mente do julgador, importando apenas as razões que se expõe. O realismo jurídico americano é a corrente de pensamento precursora de estudos difundidos sobre o assunto. Outrossim, cumpre esclarecer que o contexto de descoberta também se relaciona aos fatores extrínsecos, que se aprofundará em tópico adiante, isto porque a parte de descoberta decisória é a porta de entrada para os elementos externos influenciarem a decisão judicial.

Neste contexto, os defensores da corrente juspositivista sustentam que a integridade da deliberação judicial se incumbe através da justificação expressa no corpo dos fundamentos jurídicos, razão pela qual os motivos pelos quais o julgador descobre a decisão judicial são irrelevantes à dogmática jurídica. Isto pois a validade da decisão judicial é verificável através da justificação proposta como argumentação, e não da descoberta da resposta jurídica que ocorre no escrutínio da mente<sup>483</sup>. “Não se trata apenas de uma perspectiva que

---

<sup>481</sup> “Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples caráter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou ‘jurisdição’ (‘declaração’ do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um caráter simplesmente declarativo, mas um caráter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de costume que a mesma Constituição delegue.” In: Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 166.

<sup>482</sup> No campo das relações humanas, as discussões se dão em torno de convencer interlocutores. Não há verdades apodíticas, mas escolhas razoáveis, que são aquelas que podem ser racionalmente justificadas logrando a adesão do auditório. In: Sarmento, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 01a ed. Lumen Júris. Rio de Janeiro. 2002, p. 89-90.

<sup>483</sup> “Cabe ressaltar que os defensores do positivismo, de uma teoria da interpretação ou de uma teoria da argumentação não negam a possibilidade de abordagens científicas voltadas a compreender a psicologia da decisão. Eles simplesmente indicam que esses elementos causais não têm relevância dogmática: para o discurso jurídico, pouco importam os motivos pelos quais uma determinada autoridade enunciou uma decisão, visto que a questão jurídica

não valoriza os elementos psicológicos da decisão, mas de uma concepção voltada justamente a proporcionar julgamentos blindados contra esses elementos, cuja única função teórica passa a ser a de um obstáculo a ser superado”, isto porque ao concentrar a legitimidade das decisões no contexto da justificação, separa-se a aplicação do direito das características pessoais do julgador presentes no contexto da descoberta. O modelo separatista do positivismo jurídico apenas reconhece as razões objetivamente apontadas na decisão, adequadas aos mandamentos legais<sup>484</sup>.

Segundo Alexy, o processo de descoberta da decisão é uma atividade psíquica, de obtenção real do resultado, e que difere da etapa de justificação em que o julgador escolhe seus argumentos, e somente o campo da justificação é possível de ser revisado de maneira objetiva<sup>485</sup>.

Destarte, separar o contexto de descoberta e justificação tem sido o único recurso para resguardar o julgador do decisionismo, mas a presente tese indica que o terceiro fator intrínseco é a conscientização do julgador frente aos dois contextos e as etapas que ele precisará trabalhar na construção decisória para unir a descoberta e a justificação decisória.

Pelo fato de a textura aberta da norma jurídica ser insuficiente para

---

fundamental (a validade da decisão) é independente dos motivos que influenciaram a decisão. [...] ‘às vezes, acontece que o juiz, ao formar a sentença, inverte a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justificá-la.’ Tal percepção, inclusive, permitiu que teóricos vinculados a essa concepção dividissem a atividade decisória em dois ‘contextos’: o ‘contexto da descoberta’, que indica o momento em que o julgador descobre a decisão que considera intuitivamente mais adequada, e o ‘contexto da justificação’, em que ele apresenta publicamente um discurso jurídico voltado a justificar sua decisão intuitiva.” In: HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 277. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

<sup>484</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 274-275. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

<sup>485</sup> “A justificação ou fundamentação da interpretação escolhida por argumentos deve ser distinguida do processo real de obtenção do resultado. No primeiro caso, trata-se do processo da justificação (process of justification), no segundo, do processo da descoberta (process of Discovery). A justificação é uma atividade argumentativa, a descoberta uma psíquica. Sem dúvida, existem entre ambas as atividades conexões estreitas. No primeiro plano da teoria da interpretação jurídica, contudo, está o procedimento argumentativo. Somente ele é acessível intersubjetivamente e, por conseguinte, revisável objetivamente”. In: ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Do Advogado, 2010. p. 65-66.

resolver satisfatoriamente o caso concreto, consistirá em caso difícil solucionável a partir da discricionariedade judicial. A descoberta da decisão judicial pelo subterfúgio discricionário alcança nuances indetermináveis devido à realização de escolhas de atuação subjetiva pelo intérprete (inserção incontrolável de fatores extrínsecos negativos). Os casos difíceis têm maneira particular de alçarem aplicação e, portanto, apresentam contextos opostos de descoberta e de justificação.

Ao se considerar impossível justificar racionalmente os processos decisórios, voltou-se o enfoque da decisão à se restringir na justificação das razões expostas, diferenciando os atos de conhecimento que formam o raciocínio e os atos de vontade pelos quais se escolhe uma das diversas interpretações possíveis, fortalecendo a ideia de que existem diversas respostas jurídicas possíveis para o mesmo caso<sup>486</sup>. Não se ignorando a importância do contexto de justificação, é óbvia a importância de se zelar para que “as decisões sejam fundamentadas por argumentos válidos e passíveis de debate na esfera pública, é estranho que tanto esforço se tenha dedicado à justificação dogmática das decisões e tão pouco à compreensão dos efetivos processos decisórios”<sup>487</sup>.

O processo de tomada de decisão judicial no contexto dos casos difíceis, principalmente aqueles moralmente carregados, pode se descortinar pela análise descritiva da decisão judicial, - advindo do movimento do realismo jurídico norte-americano<sup>488</sup>, que se interessa pela postura do julgador no

---

<sup>486</sup> A textura aberta das normas e a inviabilidade de justificar racionalmente os processos decisórios foram apontados por positivistas, como Kelsen e Hart, por realistas, como Alf Ross, e por hermenêuticos, como Hans-Georg Gadamer. A teoria da interpretação de Kelsen é especialmente reveladora dessa crítica: deveríamos ser capazes de diferenciar os atos de conhecimento por meio dos quais identificamos os potenciais significados de uma norma dos atos de vontade pelos quais escolhemos uma das interpretações possíveis”. In: HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 275. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

<sup>487</sup> “Temos várias teorias interpretativas, algumas teorias da argumentação, mas falta-nos uma teoria da decisão propriamente dita, possivelmente pelas evidentes dificuldades de equilibrar a utilidade dogmática de uma teoria com sua precisão descritiva” In: HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 278. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

<sup>488</sup> “O realismo jurídico norte-americano foi o movimento intelectual que se ocupou desse problema durante a primeira metade do século XX ao tentar formular uma teoria descritiva da decisão judicial (Leiter, 1999; Leiter, 2005; Schauer, 2009; e Shecaira e Struchiner, 2011).” In: STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. CAPÍTULO VII Como os juízes decidem os

contexto de descoberta, conjecturando duas questões na tomada de decisão, que são: a) antes mesmo de consultar os materiais jurídicos, a maioria do julgadores se inclina para um resultado determinado; e b) pelo vasto universo de materiais jurídicos, raramente será dificultoso ao julgador encontrar roupagem jurídica para sua decisão tomada<sup>489</sup>.

Em suma, no enfrentamento de caso difícil moralmente carregado, a decisão judicial é descoberta através do pensamento intuitivo do julgador e depois se caracteriza pelos fundamentos que vestem a roupagem jurídica adequada à formulação prevista anteriormente na fase de descoberta, e “o fato de o juiz estar obrigado a decidir e a apresentar uma justificação para sua decisão pode pressioná-lo a buscar no ordenamento jurídico o primeiro farrapo de norma que embase obliquamente a decisão tomada”, anunciam Marcelo Santini Brando e Noel Struchiner<sup>490</sup>.

Neste passo, defende-se que a descoberta da decisão judicial é tomada de maneira intuitiva na realidade prática. Tal asserção se fundamenta em análises psicológicas da mente humana, diante das limitações cognitivas de qualquer indivíduo. Ora, os estudos da psicologia experimental que mostram a postura comportamental do indivíduo em caráter geral, indicam que o intuitivo

---

casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [Org.]. *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: Puc Rio, p.173.

<sup>489</sup> “Os realistas forjaram uma teoria descritiva da decisão judicial que poderia ser decomposta em uma hipótese de duas partes (Schauer, 2009, pp. 138-140): (a) a maioria dos juízes tem uma inclinação para chegar a um determinado resultado antes de consultar os materiais jurídicos; (b) o juiz raramente terá dificuldade de encontrar a roupagem jurídica para a decisão tomada no vasto, complexo e amplamente indeterminado universo de materiais jurídicos existentes.” In: STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. *CAPÍTULO VII Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?* In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [Org.]. *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: Puc Rio, p.172.

<sup>490</sup> “Ao enfrentar um caso difícil moralmente carregado, a maioria dos juízes tomaria uma decisão automática causada por uma intuição moral; em seguida, seja por conta de uma falha cognitiva, seja por motivação, o juiz daria início a uma busca enviesada por algum tipo de material jurídico existente capaz de embasar com um mínimo de plausibilidade a decisão tomada. Embora no contexto da filosofia moral o exame e discussão dos dilemas revelem infundáveis polêmicas, o juiz tenderia a examinar o problema partindo da premissa de que sua solução está correta, reforçando essa crença assim que encontrasse algum material jurídico. Nesse momento, a busca seria encerrada porque a decisão “faria sentido”. A decisão tomada de maneira automática estaria enfim fundamentada”. In: STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. *CAPÍTULO VII Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?* In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [Org.]. *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: Puc Rio, p. 205.

conduz a convicção humana e os comportamentos mentais ulteriores de análise apenas buscam induzir argumentos em prol da verdade primitivamente presente na mente do indivíduo. A solução intuitiva é imediatamente conhecida pelo indivíduo quando constata o problema, ou seja, é o seu primeiro pensamento/sentimento implícito e automático ao considerar o julgamento<sup>491</sup>.

Segundo construção teórica de Neil MacCormick, a decisão judicial é razoável quando pressupõe que pareça razoável pelas suas razões justificadoras, isto garante sua integridade. A pressão que o julgador sofre para que suas decisões pareçam ser justas é maior do que serem em essência um viés de justiça. Portanto, o processo dedutivo de argumentação conduz o processo de justificação, “o que leva um juiz a considerar vitoriosa uma parte em vez da outra é uma questão totalmente diferente do fato de saber se a reflexão nos revela haver boas razões justificatórias mais favoráveis a uma parte que à outra”. Isto retrata que o julgador precisa, na prática forense, escolher justificar a decisão judicial com as razões que transpassem seu interesse em levar a causa a sério, mais do que o fato de haver um número maior de razões justificadoras a favor da parte vencedora ou vencida. Outrossim, “os advogados que desejam ganhar suas causas estão avisados de que é recomendável que apresentem em nome de seus clientes razões que, em consonância com as aparências exigidas, sejam meritórias aos olhos dos magistrados. Em suma, razões justificatórias”, assinala Neil MacCormick<sup>492</sup>.

---

<sup>491</sup> “Com muita frequência as pessoas sentem necessidade de justificar seus julgamentos morais para si mesmas, mas mais frequentemente ainda, a justificação se mostra necessária quando estão interagindo no campo social. Juízes, por sua vez, são obrigados a justificar seus julgamentos morais nos casos difíceis do direito. Mas em que consiste essa atividade de justificação? Será que consiste na busca pelas reais causas que as levaram a expressar um julgamento moral? Mais importante: será que esses antecedentes podem ser acessados? Embasados em tradicional repertório de pesquisas no campo do raciocínio e da tomada de decisão, Haidt e Bjorklund sustentam que esse tipo de informação (aquilo que causa o julgamento moral) não pode ser diretamente acessado por meio de raciocínio mental. O elo do raciocínio post hoc descreve o raciocínio moral como um processo esforçado no qual uma pessoa busca argumentos que darão suporte ao julgamento já alcançado.” In: STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. CAPÍTULO VII Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [Org.]. Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: Puc Rio, p. 195.

<sup>492</sup> “Para dizer o mínimo, são portanto fortes as pressões - aparentemente pressões muito eficazes - sobre os juízes para que pareçam ser o que supostamente devem ser. Logo, as razões que divulgam ao público para suas decisões devem ser razões que (desde que levadas a sério) façam com que eles aparentem ser o que se espera que sejam: em suma, razões que demonstrem que suas decisões garantem a “justiça de acordo com a lei”, e que sejam pelo

Apesar do propositado esquecimento em estudar o contexto da descoberta, é o ‘misterioso’ processo cognitivo desenvolvido na mente de julgador que protagoniza as nuances da decisão. As interfaces da Psicologia com o Direito precisam novamente complementar a teoria da decisão judicial, os contextos descoberta e justificação não podem mais serem tratados como contextos opostos, mas sim integrados<sup>493</sup>.

Independente da corrente de teoria jurídica que admite o julgador, adotar uma teoria da interpretação que leve em conta os elementos psicológicos envolvidos no processo decisório “significa levar em conta uma gama de fatores que vinha sendo deixada de lado nos debates jurídico-filosóficos, analisando não só a força dos argumentos por si”<sup>494</sup>. Não representa ceder a aspectos irracionais da mente judicial. Pelo contrário, desconsiderar o ceticismo que envolve o tema, analisar as formulações da descoberta e trabalhar a teoria da decisão que envolva a processo deliberativo na mente do julgador permite diminuir o subjetivismo que vela o assunto.

Os estudos da psicologia experimental cognitiva demonstram três teorias que fundamentam as perspectivas analíticas sobre o contexto da descoberta: 1) teoria da “dissonância cognitiva”, do psicólogo Leon Festinger<sup>495</sup>, demonstra que os indivíduos se sentem desconfortáveis em confronto com informações que contradizem suas crenças, estrutura da mente chamada de

---

menos nesse sentido razões justificatórias. In: MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 20-21. Tradução de Waldéa Barcellos. Revisão da tradução Marylene Pinto Michael.

<sup>493</sup> “Assim, justificação e descoberta são duas faces da mesma moeda, e a separação desses dois elementos é tão artificial e improdutiva quanto a desacreditada distinção entre interpretação e aplicação do Direito. Com isso, permite-se deslocar a discussão, hoje concentrada apenas nos métodos mais ou menos adequados para a justificação “racional” de uma decisão, e, sem retirar a importância dispensada à esfera discursiva, incorporar a ela o caráter inevitavelmente político-estratégico da atividade judicante.” In: HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 290. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

<sup>494</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 290. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

<sup>495</sup> “A dissonância cognitiva pode ser vista como uma condição antecedente que leva a atividade orientada para a redução de dissonância assim como a fome leva para a atividade orientada para a redução da fome” In: FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. p. 12.

“conforto cognitivo”, ao passo que o pensamento processa a informação motivado em reduzir as inconsistências derivadas da nova informação para preservar sua crença pré-estabelecida. Desta teoria deriva o pensamento chamado de viés confirmatório; 2) a teoria do “Raciocínio Motivado”, da psicóloga Ziva Kunda<sup>496</sup>, assim como um indivíduo pode buscar uma dentre as várias respostas plausíveis ou pode buscar a única resposta conclusiva, tais percepções distintas se vinculam a sua motivação de raciocinar sobre o problema, e o escrutínio da resposta pode ser orientado a partir do momento que se direciona a motivação do indivíduo, podendo-se influenciar a motivação para que conduza o raciocínio ao caminho de resposta pré-concebidas, ou por um caminho de menor influências, a motivação é a chave para sua deliberação cognitiva; 3) a teoria “Argumentativa do Raciocínio”, dos psicólogos Hugo Mercier e Dan Sperber<sup>497</sup>, descreve que indivíduo só raciocina sobre o problema porque precisa formular argumentação, quanto mais for exigido no contexto de justificação, mais longe precisa raciocinar sobre o contexto de descoberta, levando-o para processos de descoberta mais rigorosos.

Ademais, o modelo de intuicionismo social, inaugurado pelos estudos de Jonathan Haidt<sup>498</sup>, estudioso da Psicologia Moral, trabalha com a percepção de que a mente humana passa por três etapas distintas do pensamento, que se compõem por 6 (seis) elos, capazes de conectar o gatilho (a solução intuitiva inicial) até a resposta (julgamento acabado e fundamentado do raciocínio). Portanto, este processo ocorre na mente humana, no contexto de descoberta da decisão judicial, até alcançar a decisão judicial mais plausível de imparcialidade

---

<sup>496</sup> “Such differences may arise because the same social situation may trigger very different associations in different people. [...] The different thoughts, goals and feelings that the same triggers in different people can lead them arrive at very different interpretations of that situation [...] Even the same individual may understand the identical situation differently on different occasions if this individual encounters the situation with different thoughts, goals, and feelings in mind on each occasion.” In: KUNDA, Ziva. **Social Cognition: making sense of people.** Cambridge. The MIT Press. 1999. p. 4.

<sup>497</sup> “reason has evolved to help humans better exploit their uniquely rich social environment. This illuminating interpretation of reason makes sense of strengths and weaknesses that have long puzzled philosophers and psychologists - why reason is biased in favour of what we already believe, why it may lead to terrible ideas and yet is indispensable to spreading good ones. Ambitious, provocative, and entertaining, The Enigma of Reason will spark debate among psychologists and philosophers, and make many reasonable people rethink their own thinking.” In: MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. **The enigma of reason: a new theory of human understanding.** London: Allen Lane. 2017. p. 6.

<sup>498</sup> HAIDT, Jonathan. **A Mente Moralista: por que pessoas boas se separam por causa da política e da religião?** @kntz. 2013. Tradução de Antonio Kuntz.

e critérios desapegados de preconceções particulares do julgador, quando ele nutre o desejo de escrutinar sua mente até galgar um viés objetivo ao Direito, raciocinando um julgamento argumentativo preocupado com a integridade da decisão judicial<sup>499</sup>.

O processo deliberativo do primeiro pensamento intuitivo até desempenho da busca pelo melhor juízo se desenvolve em qualquer indivíduo, para qualquer escolha deliberativa que exerça no cotidiano. Segundo Noel Struchiner e Marcelo S. Brando, o raciocínio se compõe de três etapas. A etapa 1 se forma pelos elos 1 e 2, são os julgamentos compostos pela intuição mais a argumentação do indivíduo: elo 1: o raciocínio se forma de maneira implícita, automática e intuitiva por sentimentos e concepções do julgador; elo 2: o raciocínio é deliberativo, lento, controlado e consciente, que exige esforço e atenção do julgador em explicitar a argumentação que seja porta-voz da resposta intuitiva. A etapa 2 se forma pelos elos 3 e 4, é a dimensão social de convencimento da prática e da moralidade: elo 3: é o raciocínio que constrói persuasão racional e expressa de maneira verbal e consciente a moral - convencimentos verbais; elo 4: etapa de raciocínio que constrói persuasão não verbal, como a troca de olhares que insinuam um julgamento moral e sinalizam posicionamentos - convencimento não verbal. A etapa 3 se forma pelos elos 5 e 6, é composta pelas duas formas de raciocínio moral privativo que molda o julgamento moral, elo 5: etapa de julgamento fundamentado que é produto da etapa 1, formado pelos raciocínio composto pela intuição argumentada no processo elevado deliberativo de sua justificação; elo 6: etapa de julgamento fundamentado pela reflexão em contexto privado que advém da construção de alteridade pelo julgador, que se predispõe na capacidade avaliativa de

---

<sup>499</sup>“Tomando-se a descrição do processo de julgamento moral sugerido pelo modelo sócio-intuicionista, é possível formular a hipótese de que as decisões judiciais nesses casos são tomadas da seguinte forma: ao se depararem com os elementos de uma demanda moralmente carregada, os juízes veriam surgir na consciência, ou na margem da consciência, um sentimento avaliativo sobre o caso como um todo, sem qualquer consciência de se ter passado pelas etapas de busca e balanceamento de evidências, ou pela inferência controlada de uma conclusão. Esse flash de intuição causaria a experiência na consciência de uma condenação ou condecoração de uma das partes incluindo uma crença na correção ou incorreção da decisão. Esse é o julgamento moral. Tudo acontece de maneira rápida e automática, precedendo à consulta dos materiais jurídicos.”In: STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. CAPÍTULO VII Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [Org.]. Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: Puc Rio. p. 199.



se **colocar no lugar do outro** numa reflexão que se relaciona de maneira interpessoal, assumindo posição anteposta a sua intuição a fim de produzir mecanicamente novas intuições. O processamento avaliativo coloca a prova o seu julgamento a fim de comparar os critérios e produzir uma síntese do raciocínio<sup>500</sup>.

Neste diapasão, como um julgador do sexo feminino e defensor da agenda feminista construiria a decisão judicial quando se apresentasse frente à caso concreto de mulher que postula a tutela da descriminalização do aborto? Seria da mesma forma que um julgador do sexo masculino e cristão praticante, construiria a decisão judicial quando se apresentasse frente ao mesmo caso? Vejamos a hipotética construção do raciocínio perpetrado pelo julgador cristão: Etapa 1 elo 1: intuitivamente sua verdade primitiva considera a impossibilidade de descriminalizar o aborto porque repercute em verdade construída pelo dogma religioso que orienta sua vida e sua essência como pessoa; Etapa 1 elo 2: deliberaria sobre o assunto para ver se a resposta negativa ao pedido é diretamente consequência de suas crenças ou se o texto normativo apresenta o mesmo acordo e argumentaria em prol da posição negativa, descobrindo a roupagem jurídica negativa ao pedido, justificável porque se protegerá o direito fundamental à vida, a expectativa de vida do feto, e demais princípios que o possibilitam construir uma resposta controlada pelos seus anseios, a solução da decisão judicial já nasceria aqui. Caso o julgador deseje escrutinar a integridade decisória, passará pelas demais etapas: Etapa 2 elos 3 e 4: racionalizaria a resposta para persuadir no sentido de convencer de maneira verbal (expressa) e não verbal (sinais) o receptor da mensagem; Etapa 3 elo 5: produziria o julgamento fundamentado no produto do etapa 1; Etapa 3 elo 6: ciente do raciocínio intuitivo, produziria o julgamento fundamentado na prova de uma reflexão de contexto privado, para criar empatia a posição anteposta a sua. Assim, construiria um cenário para se colocar no lugar do outro e produzir

---

<sup>500</sup> “Uma vez tomada a decisão, o juiz sabe que não pode justificá-la para seus pares ou para a comunidade armando que um flash intuitivo e inconsciente o levou a tomar a decisão a favor ou contra às partes. A Constituição brasileira exige que o juiz apresente fundamentação construída a partir de materiais jurídicos existentes).” In: STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. CAPÍTULO VII Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [Org.]. Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: Puc Rio. p. 200.

mecanicamente novas intuições pelo processamento avaliativo da resposta jurídica, a fim de comparar os critérios e produzir uma síntese do raciocínio moldando o julgamento em integridade.

Em pesquisa psicológica experimental sobre raciocínio motivado e o modelo sócio-intuicionista, realizada nos Estados Unidos e aprovada pela Revisão Institucional do Campus da Universidade de Duke, desenvolveu-se o experimento com a participação de 243 (duzentos e quarenta e três) americanos recrutados voluntariamente com compensação monetária, pelo enfoque de investigar três questões descritivas sobre o papel das razões na mudança de decisões em diversos dilemas morais: em primeira questão, em que medida o exame de razões afirmativas, razões opostas ou razões para ambas as opções levam as pessoas a alterar suas decisões iniciais? Para todos os dilemas, descobriu-se que as pessoas eram mais propensas a alterar suas decisões iniciais quando apresentadas apenas com razões opostas, em comparação com apenas as razões afirmativas. Relativamente poucas pessoas mudaram suas decisões, independentemente de quais razões foram consideradas. Em segundo questão, a decisão inicial prevê melhor a decisão final em comparação com as razões específicas consideradas? A maioria dos participantes tomou a mesma decisão após considerar as razões, independentemente de quais razões foram consideradas. Terceira questão, os participantes classificam as razões que sustentam suas decisões iniciais mais favoravelmente do que as que se opõem às suas decisões iniciais, independentemente de elas terem relatado ter tomado suas decisões iniciais com base em uma reação afetiva imediata ou, pelo menos, em uma razão? Para todos os dilemas, independentemente de como os participantes relataram tomar suas decisões iniciais, observou-se que as razões que apoiam a decisão inicial foram julgadas mais favoravelmente do que as razões que sustentam a outra opção. Assim, avalia-se que nas decisões sobre dilemas morais, os participantes têm propensão para prontamente descartar as razões que contrariam a decisão inicial, assim como prontamente concordam com as razões favoráveis, ao passo que confirmar as crenças previamente mantidas é o tipo mais predominante de raciocínio no julgamento moral e na

tomada de decisões<sup>501</sup>.

A lógica de relacionar tais estudos científicos da psicologia com o Direito e com a postura do julgador em aplicar o direito se demonstra plausível pelo raciocínio lógico dedutivo, tão bem aceito pelo paradigma jurídico clássico. Ora, os estudos experimentais constataam a premissa maior: considera-se a mente humana falível pelo processo cognitivo que desempenha para qualquer julgamento, porquanto intuitivamente decide e delibera propositalmente em favor de tal solução. É consabido como premissa menor: o julgador é um ser humano, que desempenha a racionalização como qualquer mente humana. Logo, o silogismo lógico pressupõe constatar que a falibilidade da postura do julgador diante de um julgamento não consiste num ato intencional, mas reflexo da forma como o raciocínio se projeta em qualquer indivíduo.

O modelo sócio-intuicionista de descoberta da decisão judicial e a postura cognitiva que transpassa todas as etapas e elos do raciocínio só é hábil a se produzir quando se torna consciente ao indivíduo, quando este entende como funciona sua mente. O julgador que toma ciência da ‘sabotagem’ que o próprio processo mental pode gerar no julgamento, que retira de sobre si a crença de heroísmo infalível, e que institucionalmente recebe cursos de aperfeiçoamento e estrutura institucional para lidar com tais pressupostos inerentes a mente – isto enquanto equipe, porquanto o trabalho é cooperado por assessoria e não se produz unicamente pelo julgador – conseguirá raciocinar e produzir resultados com pretensão corretiva de responder ao múnus da função judicante que o legitima a descobrir a decisão judicial com alteridade, ética e

---

<sup>501</sup> “Given this work, it is likely that participants came into this study with strong, fixed views about what is right and wrong. Moreover, these views were likely central to participants’ identities and seen as absolute and true. Such views need not be held consciously or explicitly; they might be held implicitly, difficult to articulate with language, or manifested through immediate reactions to certain scenarios. If this is the case, then it is unsurprising that so many participants were resistant to using the reasons provided to change their decisions in these moral dilemmas. There is another compatible explanation for our results from research on motivated reasoning and post hoc rationalization. Research on everyday reasoning suggests that people often make an initial decision and then set out to confirm the validity of that decision through biased and motivated reasoning”. In: Matthew L. Stanley, Ashley M. Dougherty, Brenda W. Yang, Paul Henne, and Felipe De Brigard. Reasons Probably Won’t Change Your Mind: The Role of Reasons in Revising Moral Decisions. In: **Journal of Experimental Psychology: General. Advance online publication.** Online First Publication, September 18, 2017. View: <http://dx.doi.org/10.1037/xge0000368>.

integridade decisória.

O contexto da descoberta da decisão judicial pautado nos estudos psico-cognitivos para a prática-deliberativa forense constituem uma teoria realista de interpretação que “encare o Direito como uma arena decisória, permite que se vislumbre uma teoria da decisão, que integre não só fatores discursivos, mas também estratégicos, sociais e reputacionais da decisão”, anunciam Horta e Costa<sup>502</sup>.

Independente da Teoria Jurídica admitida pelo julgador, quando defronte ao problema jurídico em concreto, não há que teorizar a decisão judicial apenas no contexto da justificação, considerando que o julgador descobre a resposta e depois justifica as razões decisórias, tratar dos dois contextos como opositivos ou ignorar o contexto da descoberta apenas aumenta a ação do julgador em articular sua argumentação a favor do seu raciocínio intuitivo primário, sem um viés ético, apenas moral.

Quando se constrói a ideia de descoberta e justificação da decisão judicial conjuntamente, ambas se articulam de forma dinâmica, assim, o processo de descoberta inclui a necessidade de justificação e faz com que o julgador precise exercer seu próprio convencimento sobre a integridade das razões que apresenta, argumentando à si mesmo de que a escolha que intuiu faz sentido ao Direito.

A construção da decisão judicial pelo uso dinâmicos dos contextos da descoberta e da justificação produzirá julgamento que alavanque todos os critérios presentes nos fatores intrínsecos: a decisão judicial justa, correta, íntegra, razoável, e com alteridade.

### **3.2.2 Os fatores intrínsecos de critério colegiado que constroem a decisão judicial**

Curial abordar noções sobre o processo de deliberação nos Tribunais Constitucionais, em perspectiva de duas circunstâncias atribuíveis a decisão

---

<sup>502</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 271. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

judicial colegiada: primeira, consabido que os critérios de julgamento são particulares de cada julgador, o acórdão apresenta a natureza de agrupar decisões judiciais plurais, porquanto soma os fatores intrínsecos de cada julgador para formar uma única convicção sobre o caso, ainda que pela divergência de justificações a unidade se forme mediante votação com resultado majoritário e não unânime. Segunda, o fato de o processo deliberativo jurisdicional colegiado ser público ou secreto infere em influências no resultado do deslinde casuístico.

Em diagnóstico a respeito das práticas de deliberação no Tribunal Constitucional da Espanha e no Supremo Tribunal Federal do Brasil, observa-se que os Tribunais seguem modelos diferentes.

O Tribunal Constitucional da Espanha segue modelo de deliberação secreta com decisão *per curiam*. Isso significa que o modelo deliberativo espanhol ocorre em processo de deliberação de maneira secreta para a sociedade e a decisão é proferida pelo tribunal (completo ou sua maioria), de maneira que constroem o parecer em conjunto por unanimidade ou maioria. Trata-se de texto único pelo Tribunal. No Tribunal Constitucional da Espanha se reconhece particularidades como a prática do voto particular e o modelo de escolha e nomeação dos magistrados e da consequente composição do órgão colegiado plenário<sup>503</sup>.

Já no Brasil, a deliberação constitucional é externa devido à legislação que admite processo constitucional mais aberto para a participação da sociedade. Trata-se de modelo de deliberação pública com *decisão seriatim* no Supremo Tribunal brasileiro, do qual não se delibera com a formação de parecer único pelo Tribunal, mas com o acordo de vários votos que formam o texto em

---

<sup>503</sup> André Rufino do Vale aborda estudo sobre o processo de deliberação dos Tribunais Constitucionais do Brasil e da Espanha de em sua tese de doutoramento. Segundo o autor, “as constantes reformas legais que tornaram o processo constitucional mais aberto à efetiva participação da sociedade civil – no caso do Brasil, através da possibilidade de intervenção processual de *amici curiae* e da realização de audiências públicas para oitiva de especialistas na matéria discutida no processo –, e, sobretudo, a criação de canais de televisão e de rádio, geridos pelo próprio Poder Judiciário, que transmitem em tempo real das sessões públicas de julgamento das Cortes Supremas, acabaram criando um original e peculiar modelo de deliberação externa inexistente em outras partes do mundo”. In: VALE, André Rufino. *Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. Tese de Doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (UNB)*. Brasília. p. 36.

conjunto.

Em perspectiva sem igual, o modelo de deliberação constitucional brasileiro alcança a publicidade da era tecnológica. Ao ponto que as sessões de julgamento colegiado são transmitidas pelo STF na forma televisionada, em tempo real, pela TV Justiça. A TV Justiça têm sede em Brasília no próprio STF e foi criada pela Lei 10.461 de 2002, como emissora pública. É a primeira a transmitir ao vivo os julgamentos do Plenário da Suprema Corte brasileira. O foco do canal é possibilitar que o público acompanhe o cotidiano do Poder Judiciário e suas principais decisões, favorecendo o conhecimento do cidadão sobre seus direitos e deveres. A criação do canal pelo Órgão de Cúpula visou preencher lacunas deixadas por emissoras comerciais em relação a notícias sobre questões judiciais na prática deliberativa brasileira. Assim, o canal TV Justiça se notabilizou pela transmissão de julgamentos, programas de debates, seminários e conferências na perspectiva de informar, esclarecer e ampliar o acesso à Justiça, buscando tornar transparentes suas ações e decisões. A administração da TV Justiça está sob a responsabilidade da Secretaria de Comunicação Social do Supremo Tribunal Federal com o auxílio de Conselho Consultivo<sup>504</sup>.

Na Espanha, a decisão judicial colegiada é parecer único pelo Tribunal Constitucional. No Brasil, a decisão judicial colegiada é o conjunto de votos que leva a autoria dos seus julgadores que assim formam o Acórdão. Inevitável é constatar que a moralidade política desempenha influências diferentes nos dois modelos de deliberação, porquanto decorrem de processo distintos - secreto na Espanha e público no Brasil. Ambos os processos de deliberação nos Tribunais Constitucionais do Brasil e da Espanha informam a sociedade da dinâmica jurisdicional, mas a exposição informativa alcançada no modelo prático brasileiro é particularmente peculiar ao cenário global, inclusive pelo fato de apresentar a autoria da exposição dos fundamentos ao julgador que a faz.

Assim, a opinião pública e a opinião midiática no Brasil

---

<sup>504</sup> STF. Conheça a TV Justiça. Disponível em <http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca>. Acesso 2018.

conhecem/opinam praticamente em tempo real sobre os julgamentos e sobre os temas polêmicos que a jurisdição constitucional tem levado à análise do STF. “Notadamente em uma época de julgamentos televisados, cobertura da imprensa e reflexos na opinião pública, o impulso de agradar a plateia é um risco que não pode ser descartado”, Luís Barroso<sup>505</sup>. A publicidade ganha liquidez informativa típica do cenário contemporâneo globalizado em que tudo se vê e se torna notícia.

A decisão final colegiada do STF não leva o nome apenas do Tribunal Constitucional Brasileiro. A decisão final colegiada do STF caracteriza o julgador e não apenas a Instituição, pelo fato da figura do julgador e seus argumentos expostos serem publicados e televisionados. Saber que os argumentos de cada julgador são expostos faz com que a pressão social aumente sobre estes.

Pela abertura do modelo de deliberação do STF, os grupos sociais são crescentes em ativismos e na postulação em defesa de seus interesses. Pressionando o julgamento pela posição contramajoritária da democracia, a fim de proteger as minorias e o viés de trazer a justiça social através do julgamento. O processo público e ‘ao vivo’ de deliberação no Brasil permite aferir o anseio social ou midiático como um termômetro dos interesses pela reação às decisões constitucionais.

O julgador no múnus da função judicante e na qualidade de agente político do STF alcança a visibilidade social na era do protagonismo judicial que o caracteriza muitas vezes como o ‘salvador da pátria’, fator que desencadeia a influência dos fatores extrínsecos na deliberação judicial.

### **3.3 A DECISÃO JUDICIAL E OS FATORES EXTRÍNSECOS AO JULGAMENTO**

Considerando as etapas que a mente percorre para tomar decisões, será que o julgador utiliza somente das fontes jurídicas para decidir ou também se influencia de elementos externos à juridicidade que ultrapassam as fronteiras e definem o processo deliberativo? A resposta consabida é sim, pois é temerosa

---

<sup>505</sup> BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto**: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. p. 41. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015. p. 23-50

a relação que o julgador possui com a decisão judicial e os fatores extrínsecos<sup>506</sup> e diversos elementos desta natureza são capazes de repercutir em maior ou menor medida sobre um julgamento.

Nota-se que a Espanha possui ampla literatura jurídica sobre as questões relacionadas com a independência do Poder Judiciário, mas é mais escassa do que o número de produções científicas sociojurídica que analisam profundamente, – tendo em conta a distância crítica que toda a reflexão científica prescinde, – como funciona a tomada de decisões judiciais no âmbito da administração de justiça. Frente às importantes atribuições do Tribunal Constitucional Espanhol, é importante compreender os critérios extrajudiciais que incidem nas decisões dos juízes<sup>507</sup>.

A presente tese considera que os fatores extrínsecos são as percepções externas ao Direito, apreendidas pelo julgador consciente ou inconscientemente, que funcionam como considerações a produzir ingerência negativa na prática deliberativa de forma decisiva ou de maneira a inclinar determinado critério avaliativo na tomada de decisão judicial, aumentando o decisionismo. São estes elementos: a ideologia, os valores morais/pessoais do julgador, e as particularidades de sua história de vida, como: sexo, religião, crença, cor, estado civil, traumas, estrutura familiar, naturalidade, formação educacional, os interesses que não visem a integridade decisória e a ética. Além dos fatores pessoais, são elementos como: as opiniões e o apelo da mídia.

---

<sup>506</sup> Cabe desempenhar o estudo que envolve a decisão judicial e os fatores extrínsecos pelos aspectos técnico-jurídico, pautado na compreensão do dever ser do Direito, atrelando-se a perspectiva de análise na figura do julgador em função judicante que age de acordo com a legitimidade democrática e pelos preceitos éticos.

<sup>507</sup> “Existe una extensa y amplia literatura jurídica sobre las cuestiones relacionadas con la independencia del poder judicial, [...] sin embargo, es más escasa la producción científica sócio-jurídica que analice en profundidad, y con la distancia crítica que toda reflexión científica requiere, como funciona la toma de decisiones en el ámbito de la administración de justicia. No podemos perder de vista los importantes matices, factores subjetivos y sociales que se esconden bajo la denominación genérica del verbo aplicar o administrar la ley, [...] intermediados por actores con desigual grado de influencia política y jurídica a la hora de realizar la reconstrucción de esa realidad en términos procesales por las diversas partes en litigio. [...] nos referimos a los criterios extrajudiciales que inciden en las decisiones de los jueces”. In: BILBAO, César Manzanos. Factores sociales y decisiones judiciales. **Sociológica: Revista de pensamiento social**, n. 5, España: Universidade Coruña. 2004. págs. 127-160. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1047680>. Acesso em 06 de novembro de 2017.



O terceiro fator intrínseco apresentado na presente tese se ocupou da percepção do julgador sobre os dois contextos (descoberta e justificação) e trabalhou as etapas que este precisará construir para unificar a descoberta e a justificação decisória. Diferentemente, o fator extrínseco é justamente a identificação dos elementos externos ao Direito que não deveriam adentrar a decisão judicial, mas são adjacentes a função de julgar, e devem ser controlados.

Assim, os fatores extrínsecos não são juridicamente aceitáveis para figurar no contexto da justificação da decisão judicial. Geralmente os fatores extrínsecos se interpõem ao processo de construção da decisão judicial com força influenciadora, ainda que não sejam elementos de formação ao processo deliberativo. Como anteriormente esclarecido, o contexto de descoberta da decisão judicial funciona como uma porta de entrada para os elementos externos influenciarem a decisão judicial, portanto os fatores extrínsecos pertencem a parte de descoberta decisória, mas podem aparecer contidos no contexto de justificação da decisão judicial quando o julgador resolve expor tais critérios em suas razões, consubstanciando-o nos fundamentos jurídicos.

Luís Roberto Barroso, atual ministro do STF, discorreu que diversos fatores extrajurídicos são capazes de repercutir em maior ou menor medida sobre um julgamento devido, são estes: valores pessoais do juiz, interação do Judiciário com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento da decisão. As circunstâncias internas dos órgãos colegiados. Até mesmo a opinião pública é tratada como fator extrínseco<sup>508</sup>. Por esta percepção, os fatos extrajurídicos podem ser critérios positivos e negativos. A opinião pública, por exemplo, pode influir como um fator extrínseco positivo a contribuir na compreensão do julgador a respeito consequencialismo decorrente da decisão judicial que tomará. Já as preferências político-ideológicas e o auto interesse do julgador são fatores extrínsecos negativos ao processo deliberativo.

Segundo Horta e Costa, os julgamentos que envolvam o

---

<sup>508</sup> Os fatores extrajurídicos são: os valores pessoais do juiz, a interação do Judiciário com outros atores políticos e institucionais, a perspectiva de cumprimento da decisão, as circunstâncias internas dos órgãos colegiados, a opinião pública, etc. In: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **Revista da Faculdade de Direito**. v. 2. n. 21. Rio de Janeiro: UERJ, jan./jun. 2012.

autointeresse do julgador, ou suas preferências político-ideológicas devem ser levados em conta como influências que podem determinar o resultado da decisão judicial caso não tenham a contraposição de constrangimentos institucionais e estratégicos dos demais atores envolvidos<sup>509</sup>.

Dimoulis, por sua vez, assevera que o caráter político e subjetivo dos casos a serem deliberados desencadeia maior contingência ao julgador de se influenciar pelos fatores extrajurídicos na tomada de decisão, pois “o aplicador pode ser influenciado por diversos fatores: medo, conformismo, convicção moral, patriotismo, cálculo de interesse econômico. Mas isso não justifica uma postura de resignação”. Cabe ao julgador elaborar critérios de objetividade na interpretação jurídica<sup>510</sup>.

Já Dworkin manifesta que a decisão judicial que aprecia padrões de julgamento moral tutela os valores axiológicos decorrentes de princípios jurídicos que dão suporte às instituições sociais, mas não se confunde com esforço em inclinar o julgador para ceder às pressões de grupos majoritários. Outrossim, o juiz Hércules deverá defender a moralidade constitucional, ainda que para isto tenha que contrariar opiniões amplamente populares<sup>511</sup>.

Ora, o processo de tomada de decisão judicial do julgador precisa considerar as influências externas que ingerem na decisão, e quanto maior a margem de discricionariedade que a teoria decisão judicial abre ao julgador para deliberar, maior é a influência de fatores extrínsecos sobre a sua decisão

---

<sup>509</sup> “julgamentos que envolvam o autointeresse dos próprios magistrados, ou suas preferências político-ideológicas, os fatores extrajurídicos devem ser levados em conta como influências que, sem a contraposição de constrangimentos institucionais e estratégicos dos demais atores envolvidos, podem ser determinantes no resultado da lide.” In: HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial.** p. 290-291. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017. p. 290-291.

<sup>510</sup> DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político.** São Paulo: Método, 2006. p. 226-227.

<sup>511</sup> “Sem dúvida, a técnica de Hércules pode às vezes requerer uma decisão que se oponha à moralidade popular em um ou outro de seus aspectos. [...] Os indivíduos têm direito à uma aplicação consistente dos princípios sobre os quais se assentam as suas instituições. É esse direito constitucional, do modo como o define a moralidade constitucional da comunidade, que Hércules deverá defender contra qualquer opinião incoerente, por mais popular que seja”. In: DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 197.

proferida<sup>512</sup>.

A discricionariedade judicial é uma realidade do processo de construção decisória, mais os limites que a restringem são os recortes que permitem maior previsibilidade das decisões judiciais, segurança jurídica e a integridade do julgamento com o Direito. A teoria da decisão judicial que articula a diminuição do decisionismo é indispensável para reduzir as influências decorrentes dos fatores extrínsecos, pois os “juízes experientes também são influenciados por fatores inconscientes e juridicamente irrelevantes no processo de tomada de decisão”, asseveram Struchiner e Brando. Afinal, é comum a qualquer mente humana<sup>513</sup>.

Neste diapasão, o julgador que não segue firmes fatores intrínsecos como critério de julgamento poderá construir decisão judicial sem consciência daquilo que o levou a tomar a decisão, pois justificando a convicção pela roupagem jurídica, a motivação no contexto de descoberta pode ser formada por elementos de natureza extrínsecas sem freios.

Para a presente tese, os padrões de julgamento aceitos como fontes jurídicas articuláveis ao julgamento, são: o texto normativo; princípios jurídicos; jurisprudência, doutrina e políticas executivas; ética (Moral); costumes e estudos interdisciplinares. Assim, os fatores extrínsecos não são articuláveis como fonte jurídica porque obstam os recortes a favor da previsibilidade decisória e influem de maneira negativa ao julgador. A opinião pública não é fator extrínseco que serve como instrumento a trazer influências subjetivas, mas é fator intrínseco que adentra a juridicidade como conhecimento em favor da Moralidade Política, na qualidade de informação interdisciplinar que manifesta a voz popular.

---

<sup>512</sup> As limitações cognitivas, as intuições, as preferências estratégicas e os auditórios específicos a que se dirige o magistrado. Quanto maior a margem de discricionariedade, maior a influência desses fatores In: HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial**. p. 290-291. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

<sup>513</sup> STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. CAPÍTULO VII Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [Org.]. *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*. Rio de Janeiro: Puc Rio, p.208.

## CAPÍTULO 4

### AS INTERFERÊNCIAS DA MORALIDADE POLÍTICA NA DECISÃO JUDICIAL

Chegando-se ao ponto decisivo da pesquisa, é preciso tecer as reflexões de desfecho aos objetivos firmados. Para tanto, cumpre-se a construção teórica necessária para propor os limites de incidência de conhecimentos interdisciplinares, especialmente sobre a Moralidade Política e a opinião pública, na prática de deliberação judicial.

Considerando as críticas quanto à judicialização da política e ao protagonismo judicial, as decisões judiciais ganham foco, especialmente as proferidas pelo STF. Assim, opiniões levantam voz sobre os assuntos em pauta de julgamento e também a respeito das matérias já julgadas. O que impulsiona o questionamento científico a respeito da postura do julgador perante a Moralidade Política e a manifestação pública.

Hoje em dia, cada vez com mais frequência, a opinião pública escrutina o desempenho das Supremas Cortes de Justiça<sup>514</sup> ao redor do mundo. A discussão também é válida se analisada pela experiência do cenário jurídico espanhol, pois jurisdição constitucional desenvolvida na Espanha prescinde em compreender os efeitos que a publicidade decisória reproduzirá nas mídias e na opinião pública. Ademais, a deliberação jurisdicional colegiada do Tribunal Constitucional Espanhol ocorre em secreto e produz decisão *per curiam*, assim os efeitos da pressão social ocorrem após a publicação do julgamento pelo dito tribunal.

Assim como qualquer sociedade, a espanhola também aguarda bom deslinde dos julgamentos em proteção à democracia constitucional. A participação opinativa da sociedade sobre os julgamentos interpretativos que

---

<sup>514</sup> “Hoy en día, cada vez con más frecuencia, la opinión pública escudriña el desempeño de la Suprema Corte de Justicia”. In: La redacción. “**Medios, opinión pública y la Suprema Corte**”. In: Revista NEXOS. El juego de la Suprema Corte. Mayo 26, 2010. Disponível em: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=268> Acesso em 24 de outubro de 2017.

envolvem a Constituição gozam de refletir um sentimento de justiça social.

Em perspectiva do acerto temático, a deliberação colegiada jurisdicional em sede de Tribunal Constitucional, proveniente de ordenamento jurídico constitucionalizado de direitos e com jurisdição constitucional, tem força de conduzir o rumo de grandes assuntos de seu país e, portanto, está sob olhos globais, quiçá sobre a observância da nação em que seus julgamentos diretamente repercutirão.

A opinião pública e a opinião publicada são fatores que influem diretamente na relação entre a Moralidade Política e as decisões judiciais. Segundo Luiz Fux, Ministro do STF, "nenhum juiz tem o direito de bater no peito e dizer que não liga para a opinião pública, porque todo poder emana do povo e em seu nome é exercido"<sup>515</sup>. Assim, os Tribunais Constitucionais lidam com as interfaces entre Direito e Política que são típicas da interpretação e proteção da Carta Constitucional.

Os casos carregados de moral ou com repercussão econômica e política, tratados em tais Cortes Constitucionais, repercutem com maior influência na opinião da sociedade, porque os assuntos são visados com maior polêmica, contradição e interesse da massa. Todavia, "o clamor público definitivamente não deve ser o azimute (direção no horizonte) a orientar uma decisão judicial"<sup>516</sup>, orienta Dias Toffoli, Ministro do STF, em discurso proferido na FONAJUC durante o ano de 2018.

Entretanto, é preciso pensar que os julgamentos com 'natureza consequencialista', carregados de conteúdo moral, de repercussão política ou econômica são vistos como 'verdadeiras' decisões de representação democrática pela coletividade. Segundo diz Luís Roberto Barroso, Ministro do STF, em debate promovido pela Faculdade Getúlio Vargas de Direito no corrente ano de 2018, "numa democracia, todo poder é representativo, ou seja, é exercido

---

<sup>515</sup> LISBOA, Vinícius. **Fux diz que juízes não devem ignorar opinião pública em suas decisões**. In: Reportagem da Agência Brasil. Edição: Valéria Aguiar. Rio de Janeiro: Agência Brasil. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/06/fux-diz-que-juizes-nao-devem-ignorar-opiniao-publica-em-suas-decisoes>>. Acesso em 2019.

<sup>516</sup> PIRES, Breno. **Toffoli diz que clamor não deve orientar decisão de juiz e defende políticos**. In: Reportagem O Estado de S.Paulo. Brasília: 2018.

em nome do povo e em interesse da sociedade. Consequentemente, a sociedade, via Constituição, deu poder à Suprema Corte”. O fato de o poder democrático emanar do povo, reflete nas atribuições exercidas pelos julgadores assentados nas cadeiras honoríficas do STF, “não é um poder para ela exercer por vontade própria. É preciso interpretar a constituição em sintonia com o sentimento social”<sup>517</sup>.

Pelos fervorosos apelos midiáticos enfrentados principalmente no cenário político brasileiro, têm se noticiado o STF como se a instituição andasse pela corda bamba da legalidade e da justiça, o que por vezes é construído como diretrizes contraditórias. Ora, "o clamor por Justiça que hoje se ouve em todos os cantos do país não será ignorado em qualquer decisão desta casa", diz Cármen Lúcia, Ministra do STF, na última sessão no plenário em 2017, entrementes à fortes repercussões do processo penal desencadeado pela operação 'lava jato'<sup>518</sup>. O sentimento social clamava por declarações em voz institucional que acalmasse os ânimos. Assim, a Ministra Carmén Lúcia, ao tempo Presidente da STF, discursou em nome do órgão de cúpula o que segue: "não seremos ausentes aos que de nós esperam uma atuação rigorosa em sua esperança de Justiça, não seremos avaros em nossa ação para garantir a efetividade da Justiça"<sup>519</sup>.

A dinâmica da sociedade globalizada com acesso às informações em tempo real, fazem com que a opinião e pressão popular em favor de um resultado tomem proporções exponencialmente crescentes. “Se disse que se pode julgar a partir do clamor social. Hoje, por exemplo, se fizermos pesquisa, vamos ver que a sociedade está indignada com a corrupção que assola o País e quer até

---

<sup>517</sup> ROXO, Sérgio. **Barroso diz que Constituição deve ser interpretada em 'sintonia com o sentimento social'**: Ministro não quis comentar julgamento de habeas corpus de Lula. In: Reportagem Jornal O globo Brasil. Rio de Janeiro: Editora O Globo S/A. 2018. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-diz-que-constituicao-deve-ser-interpretada-em-sintonia-com-sentimento-social-22549589>>. Acesso em 2018.

<sup>518</sup> CARMEN LUCIA, **Discursos proferidos em 2017**. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/DiscursosProferidos/2017\\_1\\_semestre.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/DiscursosProferidos/2017_1_semestre.pdf)>. Acesso em 2018.

<sup>519</sup> RAMALHO, Renan. **'Clamor por justiça' não será 'ignorado' pelo Supremo, diz Cármen Lúcia**: Presidente do STF fez um discurso na sessão de encerramento do semestre do Judiciário. Ela agradeceu aos ministros pela 'ajuda' durante um período 'tão difícil'. In: Reportagem Política G1. Brasília: 2017. Disponível em <<https://g1.globo.com/politica/noticia/clamor-por-justica-nao-sera-ignorado-pelo-supremo-diz-carmen-lucia.ghtml>>. Acesso em 2018.

mesmo vísceras, quer sangue, e não saber do devido processo legal”<sup>520</sup>, assinala Marco Aurélio, Ministro do STF, em voto proferido no HC n. 139612 do Estado de Minas Gerais, julgado pela Primeira Turma do STF. Portanto, há uma linha tênue em que o julgador se posiciona no sentido de alçar a legitimidade judicante pautada na democracia constitucional e na justiça social contramajoritária, sem desmantelar o padrão de julgamento pautado na confiança do ordenamento jurídico, pela observância legislativa e pelo respeito às competências dos poderes. À propósito, “li, certa vez, uma citação de Mário Guimarães: há mais coragem em ser justo, parecendo injusto, do que em ser injusto para salvaguardar as aparências de justiça. E essa máxima tem sido básica na minha vida de juiz”, conclui o Ministro do STF no mesmo acórdão. Ademais, há variáveis no que cada julgador compreende por exercício da legitimidade democrática.

Na perspectiva das manifestações populares e da opinião pública, “a legitimidade do Poder Judiciário não repousa na coincidência das decisões judiciais com a vontade de maiorias contingentes, mas na aplicação do direito sob critérios de correção jurídica, conforme as regras do discurso racional”<sup>521</sup>, diz Celso de Mello, Ministro do STF, em voto proferido no HC 152.752 do Estado do Paraná, deliberado em Tribunal do Pleno pelo STF.

Questionada a respeito da deliberação jurisdicional do STF sobre o foro privilegiado ter sido um reencontro do Supremo com a opinião pública, Carmén Lucia respondeu que: “pode ter sido um reencontro, mas por coincidência, porque ele não foi pautado por isso. Já vinha desde maio, teve um pedido de vista, foi liberado agora no final de setembro e imediatamente coloquei

---

<sup>520</sup> Supremo Tribunal Federal - STF. Habeas Corpus n. 139.612 Minas Gerais. Relator Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 25/04/2017. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28139612%2E%2E+OU+139612%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zuy7ee3> >. Acesso em 2018.

<sup>521</sup> Supremo Tribunal Federal - STF. Habeas Corpus n. 152752- Paraná. Relator Ministro Edson Fachin. DJ: 04/04/2018. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28152752%2E%2E+OU+152752%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycxjp7db> >. Acesso em 2018.

na pauta porque é importante”<sup>522</sup>.

A pressão popular pode ou não ser o fator determinante da decisão judicial, é questão que indaga o que é melhor para o país, e “eu tenho certeza de que o Brasil quer um Judiciário independente, um juiz que não tenha medo de pressões de qualquer espécie”<sup>523</sup>, diz Ricardo Lewandowski, Ministro do STF, em reportagem divulgada pelo Jornal O Globo, em 2012. Ele complementa “que o juiz não deve ter medo das críticas porque o juiz vota ou julga com sua consciência e de acordo com as leis. Não pode se pautar pela opinião pública”. E segundo Gilmar Mendes, Ministro do STF, em Entrevista ao Jornal Estadão, 2018, “se nós devêssemos decidir segundo os sentimentos das ruas, seríamos um tribunal bastante errático, porque os sentimentos das ruas mudam de uma hora pra outra. Não podemos fazer populismo judicial”<sup>524</sup>. Assim, a Suprema corte não pode se tornar refém dos anseios da sociedade.

Para o presente estudo, é curial observar que a expressão opinião pública, como se verá adiante, não deve se confundir com pressões populares provenientes de clamores sociais voláteis. Opinião pública é significação que não designa sinônimo de sentimentos das ruas que mudam de uma hora pra outra.

A opinião pública é informação que serve a moralidade política e esta é conhecimento interdisciplinar porque retrata a tríade relação entre moralidade, eticidade e juridicidade. Quando os valores éticos que são articulados como fonte jurídica estão representados nos mesmos anseios da opinião pública, é que esta adentra a juridicidade e corresponde ao anseio de justiça social. Porém, aponta-

---

<sup>522</sup> CANTANHÊDE, Eliane; MOURA, Rafael Moraes. **Revisar o foro agilizará a Lava Jato, diz Cármen Lúcia**: Presidente do STF afirma que processos da operação precisam ser julgados e também defende as delações. Entrevista com Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal. In: Política Estadão. São Paulo: O Estado de S.Paulo. 2017. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,revisar-o-foro-agilizara-a-lava-jato-diz-carmen-lucia,70002097448>> Acesso em 2018.

<sup>523</sup> **Lewandowski diz que juiz não pode se pautar pela opinião pública**: Revisor do mensalão considera normais críticas ao voto em que absolveu João Paulo Cunha. In: Reportagem O Globo. Brasília: 2012. Disponível <<https://oglobo.globo.com/brasil/lewandowski-diz-que-juiz-nao-pode-se-pautar-pela-opiniao-publica-5887147#ixzz5DLafVpQR>>. Acesso em 2018.

<sup>524</sup> MOURA, Rafael Moraes. ‘Quadro compromete terrivelmente o Judiciário’, diz Gilmar. In: **O Estado de S.Paulo**. São Paulo: Estadão. 2018. <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,quadro-compromete-terrivelmente-o-judiciario-diz-gilmar,70002176145>>. Acesso em 2018.



se a dificuldade que há em identificar tais limites.

Assim, a perspectiva de compreender o processo filosófico jurídico que desencadeia as ocorrências atuais permitirá expectar os efeitos futuros, bem como de seus anseios na teoria da decisão judicial, isto a fim de barrar inserções maléficas à segurança jurídica do ordenamento. O intento capitular é tecer limites ao uso de tais instrumentos na fundamentação decisória a favor da previsibilidade do julgamento.

Ora, a interdisciplinaridade não fortalece que o julgamento ceda às pressões sociais, mas que a decisão judicial se construa pelos interesses reais da sociedade, ainda que não sejam identificados de tal forma pela mesma.

#### 4.1 A OPINIÃO PÚBLICA

Historicamente, é a partir da burguesia que desponta o desenvolvimento da consciência política. A classe burguesa que conseguiu articular a ideia e a exigência de leis gerais e abstratas opostas ao domínio absoluto e - o que é crucial não só do ponto de vista político do Direito, mas também sob olhar constitucional – que se aprendeu finalmente a se afirmar (isto é, a construir a opinião pública) como única fonte legítima dessas leis. Já no decurso do século XVIII, a conclusão deste processo não é outra coisa senão a demanda, pela opinião pública, da competição legislativa por regras que somente o conteúdo polêmico-racionalista deve a ele, reflexiona Daniel Berzosa López<sup>525</sup>.

Neste diapasão, importa compreender a formação da opinião pública e espaço público aberto ao debate livre do povo sobre o desenvolvimento do ideal da representatividade do poder público. Antes a representatividade pública demonstrava critério de simples sujeição do povo às autoridades no poder para,

---

<sup>525</sup> “Desde estas premisas, se desarrolla en la publicidad burguesa una consciencia política que consigue articular la idea y la exigencia de leyes generales y abstractas contrapuestas al dominio absoluto, y – lo que es crucial no sólo desde el punto de vista del Derecho político sino también del constitucional – que aprende finalmente a afirmarse a sí misma (es decir, a la opinión pública) como la única fuente legítima de esas leyes. Ya en el curso del siglo XVIII, la conclusión de este proceso no es otra que la exigencia, por la opinión pública, de la competencia legislativa para unas normas que sólo a ella deben el contenido polémico-racionalista”. In: BERZOSA LÓPEZ, Daniel. **Democracia Constitucional y Opinión Pública**. Espanha: Editorial Aranzadi. p. 32.

adiante, designar a representação da sociedade e seus interesses mediante o poder que emana do povo.

A opinião pública e sua abertura ao espaço público burguês contextualizam o que hoje o Estado contemporâneo é, tendo vista que os anseios de legitimidade e democracia no exercício do poder advém da voz concedida à sociedade.

#### **4.1.1 A Opinião Pública proveniente do espaço público burguês**

A princípio, falar de opinião pública implica dar abertura ao espaço para a livre formação opinativa do povo. O espaço nascido na esfera pública criou o acesso de todos a um território da vida social aberto à reflexão crítica, mas nem sempre houve dito cenário, é o que apontam os estudos de Habermas sobre a opinião pública e o espaço público burguês <sup>526</sup>.

Na Grécia, o convívio da humanidade na *polis* se atribuía a esfera pública e privada, muito distintas entre si e intransponíveis. A esfera pública consistia na abertura à reflexão crítica dos cidadãos, já a vivência privada consistia na família e nas atividades laborativas e de foro íntimo da vida. Apenas os homens livres se categorizavam como cidadãos e se privilegiavam da liberdade de se manifestar na esfera pública. Os cidadãos livres eram privilegiados em participar da esfera pública por causa da sua classe dentro da organização política, viviam despreocupados com o trabalho e com as necessidades da vida, visto que as mulheres e os escravos se sujeitavam à funções que lhes mantinham na esfera privada, esfera esta 'não pensante', ou seja, sujeita aos trabalhos e a submissão à ordens de comando<sup>527</sup>.

O distanciamento entre a esfera pública e privada decorre da submissão a um único poder detentor do direito à manifestação. Outrossim, na

---

<sup>526</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 15-21.

<sup>527</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 15-21. Outrossim, Hanna Arendt assinala que: "ser livre significava ao mesmo tempo não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro e também não comandar. Não significava domínio, como também não significava submissão". In: ARENDT, Hannah. **A condição humana**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000. p. 41.

Alta Idade Média, o poder dominante dos príncipes, evocado de supremo, subjugava o povo ao invés de representá-lo. O senhor feudal corporifica o poder superior de comando, perdurando o isolamento da esfera privada que se representava através da autoridade, abarcando um primado contrário ao de representatividade dos tempos atuais, que propunha ao invés de pelo povo, perante o povo. A representatividade pública do povo equivalia ao comando, um povo sem voz ou igualdade.

Em avanço, a Baixa Idade Média resvala na crise do sistema feudal e o renascimento comercial pela circulação de mercadorias, a geração das cidades comerciais e a formação da burguesia. A classe burguesa se contrapõe o Estado para alcançar voz aos pensamentos além do domínio do poder público de comando e sujeição. Cede-se lugar ao espaço burguês de fala.

O espaço burguês é criado a partir do cenário de mercantilização. A representatividade pública, que antes exteriorizava um código de comportamento nobre passado publicamente ao povo, ganha novo significado através da representação do povo pelo poder público aparelhado no poder estatal<sup>528</sup>. Habermas trabalha a ideia de que a esfera pública depois da burguesia consiste em novo território público, que reúne os agentes privados em torno da esfera social nascida na modernidade. Constitui nova ordem política advinda do dever de regulação econômica pelos Estados, assim a vida relacional de maneira íntima na esfera privada passa a se reproduzir na esfera social pela dinâmica da economia de mercado que rompeu com os limites da economia doméstica.

Neste seguimento, a esfera pública transforma a concepção originária do período antigo, para conceder novo sentido a relação do indivíduo com a econômica política. A partir da ideia da figura do Estado como Instituição que regula a sociedade urbana, a expressão “público” se torna sinônimo de estatal e o Estado materializa o espaço público, exercendo o poder sobre o grupo social

---

<sup>528</sup> “La autoridad dirigía sus participaciones «al» público, es decir, en principio, a todos los subditos; pero no llegaban por este camino, de ordinario, al «hombre común», sino, en todo caso, a los «estamentos ilustrados». Junto al nuevo aparato del Estado moderno ha surgido una nueva capa burguesa que habrá de ocupar una posición central en el conjunto del «público». In: HABERMAS, Jürgen (1962). **História y crítica de la opinión pública**. 2. ed. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S.A. 1981. Tradução de Antoni Doménech. p. 60.

que representa<sup>529</sup>.

O capitalismo mercantil é marcado pelo movimento de mercadorias e a informação, surge a imprensa escrita para publicar notícias do cotidiano imperial como: tráfico comercial internacional, acontecimentos bélicos, impostos e transportes de metais nobres, imprimindo os acontecimentos do mercado de forma periódica e com acesso a todos os súditos. O convívio na esfera social, leva a publicidade a ser utilizada como objetivo da administração para alcance dos súditos que se convertem em público<sup>530</sup>.

A burguesia, que representa o setor produtivo, situa-se no domínio da esfera privada e no interior da esfera social, na interdependência econômico-financeira estabelecida com esse Estado. A burguesia não se apresenta como grupo homogêneo, além disso é formada por pessoas privadas que não são funcionários do Estado e também não têm acesso e representação no espaço político moderno. Assim nasce o interesse burguês na busca de respaldo socioeconômico em sua relação com o Estado, lutando por um espaço de representação de seus interesses, que são essencialmente privados. Tudo é novo, a conformação dos interesses burgueses e o papel do Estado, constituindo um específico entendimento sobre o significado da esfera pública.

Neste diapasão, a opinião pública se forma no cenário capitalista porque as atividades perdem o caráter de economia doméstica e ganham a esfera pública, isto com uso da imprensa que propaga a informação como aliado ao comércio<sup>531</sup>.

---

<sup>529</sup> “La reducción de la publicidad representativa que acontece con la mediatización de las autoridades estamentales producida por causa de la de los señores feudales, ofrece otra esfera espacial que está enlazada con el nombre de publicidad en el moderno sentido de la palabra: la esfera del poder público”. In: HABERMAS, Jürgen (1962). **História y crítica de la opinión pública**. 2. ed. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S.A. 1981. Tradução de Antoni Doménech. p. 56.

<sup>530</sup> “Dentro de ese orden político y social refigurado durante la fase mercantil del capitalismo (orden cuya nueva configuración llegó ya en buena parte a expresarse en esa fase, puesto que en ella los momentos de lo político y de lo social aparecen separadamente) se desarrolla también ahora vigorosamente el segundo elemento constitutivo del marco del tráfico tempranamente capitalista: la prensa. In: HABERMAS, Jürgen (1962). **História y crítica de la opinión pública**. 2. ed. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S.A. 1981. Tradução de Antoni Doménech. p. 58.

<sup>531</sup> “La autoridad provoca en esa capa, afectada y requerida por la política mercantilista, un eco que permite la toma de consciencia del *publicum* —el abstracto oponente del poder público—,

O espaço público burguês se desenvolve à medida que o interesse pelo uso da publicidade deixa de ser exclusivo das autoridades imperiais e começa a ser produzido pelos próprios súditos ao público. Os periódicos produziam a opinião pública literária, ocupando a sociedade de assuntos das classes e da cultura, assuntos exteriores ao político. O contexto avança ao plano que são os intelectuais da burguesia responsáveis por escrever a opinião pública literária, a fim de opinar descobertas a serem aplicadas em favor da burguesia, assim o raciocínio é feito para o próprio público, criando-se critérios de legitimação de representação do povo dentro da imprensa: a opinião pública<sup>532</sup>.

Dada a oportunidade de escrever para intelectuais, estes são imbuídos da capacidade de expressar os posicionamentos individuais e desenvolvem reflexão crítica sobre a política e sobre ideais pelo interesse da sociedade, fomentando a opinião pública.

A publicidade é feita do público para o público porque ocorre através de seus porta-vozes, que se institucionalizam como um grupo fixo de interlocutores hábeis a representar a voz do povo. Como resultado, houve a conformação de um espaço legitimado, pois representativo.

Destarte, a opinião pública desponta pela sociedade que se apropria

---

su autocomprensión como un competidor en el juego, como público de la naciente *publicidad burguesa*. Una publicidad tal se desarrolla en la medida en que el interés público de la esfera privada de la sociedad burguesa deja de ser percibido exclusivamente por la autoridad, y comienza a ser tomado en consideración como algo propio por los mismos súbditos. Junto a los agentes del capitalismo comercial y financiero, el creciente grupo de editores, manufactureros y fabricantes pasan a ser dependientes de medidas administrativas; y de ahí la intención de no dejar reglamentar meramente su actividad profesional y empresarial, sino de que el reglamento mismo sea un acicate para la iniciativa". In: HABERMAS, Jürgen (1962). **História y crítica de la opinión pública**. 2. ed. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S.A. 1981. Tradução de Antoni Doménech. p. 62.

<sup>532</sup> "la observación de la evolución de la publicidad burguesa hasta nuestros días sirve a la interpretación de sus actuales tendencias conflictivas. La publicidad burguesa es concebida como un ámbito característico de la era del capital. Con el desarrollo histórico de la cultura material burguesa tiene lugar la progresiva emancipación del tráfico económico entre los hombres respecto de las ataduras del poder político público. En esa esfera tradicionalmente privada del tejido económico va abriéndose paso un ámbito «social» —independiente de y hasta enfrentado a la autoridad pública— que reúne los comunes in-tereses —o intereses «públicos»— de los sujetos privados en lo tocante a la regulación de su tráfico mercantil y a su posición ante el poder político. Ese ámbito «social», encargado de mediar entre sociedad civil y Estado, de hacer valer las necesidades de la sociedad civil *frente* al Estado". In: HABERMAS, Jürgen (1962). **História y crítica de la opinión pública**. 2. ed. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S.A. 1981. Tradução de Antoni Doménech. p. 18.

do espaço público para pressionar o aparelho estatal, gerando influência no poder decisório das políticas públicas pela manifestação popular sobre os assuntos. A opinião pública é divulgada pelo espaço público literário, que é um contexto não-político e também não-privado. A causa da opinião pública se constitui no intuito de possibilitar o ato comunicativo, interligando público e privado, gera a esfera social. A administração econômica do social se torna o ponto principal do viver em comunidade.

As formas burguesas de convívio social encontraram substitutos no transcorrer dos séculos, que apesar de toda a sua multiplicidade regional e nacional, tem tendencialmente algo em comum: a abstinência quanto ao raciocínio literário e político exercido por todos. A discussão da sociedade entre indivíduos já não cabe mais no modelo moderno e cede lugar às atividades de grupos mais ou menos obrigatórias, estas encontram formas rígidas de convívio informal; falta-lhes, no entanto, aquela força específica da instituição, que assegurava, antigamente, a conexão dos contatos sociais como substrato da comunicação pública. O interesse pelo entretenimento é convidativo para ocupar o tempo no convívio social e ganha as atividades em grupo. Atividades como ir junto ao cinema, escutar rádio ou assistir televisão ocupam o tempo e o espaço da esfera social contemporânea e dissolvem a relação característica da privacidade correlata a um público. Ora, a comunicação do público que pensava a cultura ficava intimamente ligada à leitura que se fazia na clausura da esfera privada caseira”. Aqui, há a demonstração da perda de espaço para a fala, do ato comunicativo, aspecto essencial para a visibilidade e concretude do mundo. Nesse novo passo, o homem já não precisa falar. Habermas demonstra que esse passo se mostrou como reflexo da inserção do bem cultural, como bem mercadológico<sup>533</sup>.

O exercício da voz é reconceituação e apropriado pelas mídias de massa, a opinião pública não é mais conexão e desconsidera a comunicação pública, típica de sua caracterização original. A discussão também se transforma em bem de consumo e, em função disso, recebe cuidados que a engessa: passa

---

<sup>533</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 193

a ser produzida, seguindo regras de organização, constituída como consenso<sup>534</sup>.

Ora, a utilização da razão arranjada mais parece um discurso da filosofia retórica trazido para a contemporaneidade. Assim, o discurso comercializado preenche, por certo, importantes funções sócio-políticas, sobretudo a de um aquietador substitutivo da ação, em contrapartida, por certo é que a função 'jornalística' se perde, contudo, cada vez mais. O mercado de bens culturais assume novas funções na configuração mais ampla do mercado do lazer<sup>535</sup>.

As sociedades complexas da contemporaneidade apresentam fortes influências contemporâneas típicas do cenário sócio-econômico vivido que interferem nos sistemas de formação da opinião pública e amoldam a sociedade.

#### **4.1.2 Influências contemporâneas na formação da Opinião Pública: mídia, globalização e a liquidez dos valores na sociedade**

Nos tempos modernos, a Nação era a 'outra face' do Estado e a arma principal em sua luta pela soberania sobre o território e sua população. A Nação, em sua identidade cultural, estava associada de maneira íntima ao Estado, ela trazia garantias, certezas, seguranças e durabilidade a este ente, já na contemporaneidade a relação entre Estado e Nação sofreu transformações pelos novos poderes globais<sup>536</sup>.

A predominância do dinheiro como motor e interesse último de ações, o homem é considerado elemento residual, assim como o território, Estado-nação, a solidariedade é objetivo subsidiário<sup>537</sup>. A busca pelo capital e as potências econômicas desconstituíram do Estado o poder, pois é clara a incapacidade dos governos de equilibrar as contas com os recursos que controlam, o que leva os entes estatais a colaborarem ativamente com os

---

<sup>534</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 194.

<sup>535</sup> HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p. 194.

<sup>536</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 231.

<sup>537</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 36-78.

“globais”<sup>538</sup>.

Em vista da atual globalização de ideias, culturas e povos, o dinheiro e a informação formam a base do sistema ideológico que influencia no caráter das pessoas e na moralidade social, ensejando a troca de comportamentos e inversão de valores<sup>539</sup>.

Nesta vertente, Jurgen Habermas alerta que um dos fatores negativos decorrentes da globalização é que ela significa mais um grau de abstração que representa ameaça à coesão social já frágil das sociedades nacionais <sup>540</sup>.

Para os novos poderes globais como as multinacionais, isto é, empresas globais com interesses e compromisso locais dispersos em vários países, “o mundo ideal é um mundo sem Estados, ou pelo menos com pequenos e não grandes Estados”, orienta Eric Hobsbawm<sup>541</sup>.

Outrossim, a tecnologia revolucionou a informação a ponto que as notícias passaram a ser divulgadas em tempo real, os comportamentos típicos de cada Nação, que formavam as diferenças culturais de cada povo passaram a ser importados dos países desenvolvidos aos subdesenvolvidos. “Nos últimos quarenta anos a sociedade passou por transformações profundas e muito rápidas: a informática entrou na vida de todos em vários níveis, provocando uma espécie de revolução que alguns comparam a produzida pela introdução da imprensa”, anuncia Carla Faralli<sup>542</sup>.

Um mundo globalizado exige novas necessidades, problemas, novas relações de interdependência e desafios igualmente novos. Pressupõe ainda

---

<sup>538</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 239.

<sup>539</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 36-78.

<sup>540</sup> “<Globalización> significa por outra parte, un ulterior grado de abstracción que representa una amenaza para la ya frágil cohesión social de las sociedades nacionales”, Jurgen. **Mas Allá del Estado nacional**. 4.ed. Madrid: Trotta. 2008. Tradução de Manuel Jimenez Redondo.

Título Original: Die Normalität einer Berliner Republik. p. 175.

<sup>541</sup> HOBBSAWM, Eric. **The nation and globalization**. *Apud* BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p 239.

<sup>542</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p 67.



novas ferramentas capazes de fazer frente aos seus atuais desafios<sup>543</sup>.

“Notadamente, a economia se globaliza com maior velocidade em comparação com a política (e com os assuntos do Estado), criando, neste panorama, assimetrias entre economia global (transnacional) e a política nacional”, refletem Maurizio Oliviero e Márcio Staffen<sup>544</sup>.

A globalização, sugerida pela competitividade de produção e o consumo é a origem da morte do Estado enquanto força atuante passível de reduzir as mazelas sociais, assim como reflete ser a causa determinante para o aumento contínuo da pobreza, fome, educação desqualificada, desemprego, etc<sup>545</sup>.

O rumo dos eventos no mundo globalizado provou que o capitalismo avançado, visto na modernidade de liquidez<sup>546</sup>, é caracterizado por variados fluxos a todo tempo, percebido pela constante mudança de posição e pelo impulso desenfreado da sociedade pelo consumo compulsivo. O que leva os indivíduos a busca de novas oportunidades, sem apego às instituições sociais, a sua identidade cultural originária ou aos valores da Nação e ao Estado de origem, mas com livre e célere circulação<sup>547</sup>.

Assim, o fenômeno do "multiculturalismo" designa certo tipo de sociedade, caracterizada pela presença e pela convivência de grupos culturais diferentes, ou, em sentido normativo, para indicar um ideal jurídico-político para cuja realização o Estado é chamado a colaborar, principalmente através dos

---

<sup>543</sup> CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar**. In: *Revista NEJ – Eletrônica*. Vol. 18 - n. 2 - p. 212-223 / mai-ago 2013. p. 219.

<sup>544</sup> OLIVIERO, Maurizio; STAFFEN, Márcio. **Resenha II Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo stato (Sabino Cassese)**.

<sup>545</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à conscientização universal**. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. 36-78.

<sup>546</sup> A modernidade líquida é fruto de uma sociedade fluída, que não possui dimensões espaciais claras e fixas, mas um movimento rápido e desapegado que não se fixa no espaço e nem no tempo, eliminando as sólidas obrigações, os vários laços subjacentes às responsabilidades humanas mútuas até restar apenas o nexo do dinheiro, a dominação da racionalidade instrumental da economia. Assim, o derretimento dos valores sólidos levou à progressiva libertação da economia dos seus tradicionais embaraços políticos, éticos e culturais. In: BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 9-11.

<sup>547</sup> BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar. p. 95-97.

instrumentos do direito e da educação<sup>548</sup>.

Nesta percepção, Paulo Márcio Cruz e Maurizio Oliviero ressaltam que há, atualmente,

a sobrecarga do Estado a partir de concepções pluralistas da sociedade, que se compõe de múltiplos grupos, cujos interesses são objeto de negociação e compromisso com o poder. Estes grupos trabalham com uma expectativa cada vez mais elevada para o seu nível de vida. O sistema de disputa entre os grupos de pressão e as agremiações políticas obriga o governo a assumir vários compromissos, mesmo que contraditórios, para se manter no Poder. Assim, os governos não possuem autoridade suficiente para impor o que se poderia denominar de um adequado ajuste econômico. As tentativas feitas pelos governos para ter maioria nos parlamentos implicaram ampliar ao extremo o exercício da negociação, deturpando a concepção de Democracia. O resultado desta falta de “correções periódicas de rumo” acaba por formar um círculo vicioso do qual o Estado de Bem-Estar, após determinado período, torna-se refém<sup>549</sup>.

Ora, os grandes fluxos migratórios dos países mais pobres para os países industrializados mudaram a fisionomia dos velhos Estados nacionais, determinando a situação de mercado pluralismo jurídico e abalando conceitos consolidados como os de soberania, cidadania e instituições caracterizadoras do Estado<sup>550</sup>.

Harbermas orienta que: “El vaciamento de la soberania del Estado nacional seguira ahondándose y, por tanto, resulta imprescindible proseguir com la ampliación de las facultades de acción política a nivel supranacional”<sup>551</sup>.

A globalização, as novas tecnologias, o pluralismo jurídico, a sociedade líquida, enfim, os fatores externos do séc. XXI, “todos esses fenômenos abriram novas fronteiras para os estudiosos e também para os

---

<sup>548</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 78-79.

<sup>549</sup> CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. **Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar**. In: **Revista NEJ – Eletrônica**. Vol. 18 - n. 2 - p. 212-223 / mai-ago 2013. p. 219.

<sup>550</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p.

<sup>551</sup> O esvaziamento da soberania do Estado-nação continuará a aumentar e, portanto, imprescindível continuar com a expandir os poderes de ação política a nível supranacional. (tradução Livre). HABERMAS, Jurgen. **Mas Allá del Estado nacional**. 4.ed. Madrid: Trotta. 2008. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Título Original: Die Normalität einer Berliner Republik. p. 175.

filósofos do direito”<sup>552</sup>, visto que as consequências crescentes destes fenômenos influenciam no cenário social, o que implica a estrutura dos Estados, na Teoria Política e o Constitucionalismo.

Para Habermas, acredita-se na posição teórico-política visando a social democracia para conduzir esse projeto de ordem mundial justa e equitativa, projeto este que passa necessariamente pela construção de instituições políticas supranacionais, que pudessem assumir as funções interventoras e compensatórias próprias dos Estados de bem-estar social, enfraquecidos ante o predomínio de uma economia monopólica mundializada<sup>553</sup>.

Segundo Milton Santos, a resposta à crise institucional do Estado e o futuro caminhar do Constitucionalismo será por uma outra globalização, que traga a primazia do homem no centro das preocupações do mundo, impondo nova ética, nova economia, nova sociedade, novo espaço geográfico, partindo da prática da vida e da existência de todos, em superação e abandono do modelo atual. Uma coisa parece certa: as mudanças a serem introduzidas, no sentido de alcançarmos outra globalização, não virão do centro do sistema, mas do inconformismo gerado nos países subdesenvolvidos, pois a globalização atual não é irreversível<sup>554</sup>.

Pelo panorama do presente, é possível afirmar que a opinião pública está em crise, visto que ela deixou de ser expressão de cunho geral e perdeu suas características de liberdade e racionalidade. Transformação decorrentes da situação atual do ocidente globalizado e de sociedades fragmentadas. Há consciência de que o processo de globalização do mercado e cosmopolitização da vida política e social foi acompanhado pela aparência dos grandes monopólios de comunicação e informação, capazes não só de criar as chamadas culturas da “uniformidade”, mas de gerar uma opinião pública. No presente, a opinião pública em sentido genuíno definitivamente se quebrou. A importância da opinião pública continua a ser discutida por todos, e ainda assim

---

<sup>552</sup> FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. p. 78-79.

<sup>553</sup> HABERMAS, Jürgen. Europe: the Faltering Project, p. 104-105 *apud* DANNER, Leno Francisco. Habermas e a Retomada da Social-Democracia. In: Veritas, v. 57, n. 1, jan./abr. 2012, p. 71-91.

<sup>554</sup> SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à conscientização universal. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009. p. . 147 - 170.

está quebrada porque deixou de ser racional e geral. Ela deixa de ser racional por meio da comunicação de massa, sua operação faz desaparecer o critério da racionalidade<sup>555</sup>.

Frente às especulações sociológicas, filosóficas ou dos pesquisadores da Ciência Política, não se nega que os fatores externos do sec. XXI repercutirão determinadamente nas bases institucionais e organizacionais do Estado, bem como na opinião pública.

O Constitucionalismo continuará em movimento pelo processo de pensamento que repercute em proteger os mínimos valores democráticos até aqui conquistados. O futuro é ainda incerto, mas as sombras das consequências adversas mostram que caberá ao constitucionalismo, por ser a base político-ideológica que alimenta os Estados no processo evolutivo de suas constituições, fomentar a manutenção dos valores fundantes da sociedade para além dos Estados, a fim de protegê-los frente as forças econômicas.

A opinião pública precisa ser revista pela perspectiva a qual levou a ser criada, fomentar um espaço público de manifestação da consciência coletiva que una a esfera pública e privada, formando a esfera social de reflexão crítica era contemporânea. Hoje é preciso encontrar o espaço social e ético, que retrate a opinião pública de uma sociedade que dialogue de maneira pensante.

#### **4.1.3 A Opinião pública de uma sociedade pensante**

Pelo clamor histórico da burguesia, a opinião pública é parte constituinte do ideal de democracia. Não surge pelo Estado, mas sim da sociedade. A opinião pública faz a expressão do pensamento coletivo de uma sociedade, ela desempenha a mesma pertinência no mundo social que o mercado representa para o mundo econômico, trata-se do mercado social de ideias, a dialética do conhecimento que resulta no caminho para a obtenção de

---

<sup>555</sup> La opinión pública, que ha dejado de ser general, pierde también sus caracteres de libertad y racionalidad. Todos somos conscientes de que el proceso de mundialización del mercado y de cosmopolitización de la vida social y política, se ha visto acompañado por la aparición de los grandes monopolios de la comunicación y de la información, capaces no sólo de crear las llamadas culturas del uniformismo, sino de generar una opinión pública. En el presente, la opinión pública en sentido genuino ha quebrado definitivamente. Se sigue hablando por todos de la importancia de la opinión pública y, sin embargo, está rota al haber dejado de ser racional y general. Deja de ser racional por los medios de comunicación de masas, su funcionamiento hace que desaparezca el criterio de racionalidad. In: BERZOSA LÓPEZ, Daniel. **Democracia Constitucional y Opinión Pública**. Espanha: Editorial Aranzadi.

uma crença ou verdade coletiva<sup>556</sup>.

A manifestação da vontade popular, exprimindo concordância ou contrariedade sobre determinada matéria pública, faz demonstrar a opinião pública. Ocorre na abordagem teórica da política jurídica, manifestando a consciência jurídica social com vistas à crítica sobre determinadas normas ou para expressar o desejo de regras jurídicas mais benéficas para a coletividade, assim, a voz pública é a opinião pública sobre assunto de interesse geral, que pode influenciar nas decisões legislativas<sup>557</sup>.

O que acontece quando a voz pública se cala? Segundo Jurgen Harbemas, “a despolitização das massas da população e o desmoronamento de uma opinião pública política são componentes de um sistema de dominação que tende a eliminar da discussão pública as questões práticas”<sup>558</sup>.

Para reverter o quadro é preciso mudar a atmosfera em que a opinião pública se concretiza. A opinião pública é fenômeno com nascedouro combinado por diversos sistemas, quais são: sistemas psicológico, social, ideológico, cultural, comunicacional e político<sup>559</sup>.

Como indica Cándido Monzón, destaca-se em cada sistema, como partes estreitamente relacionadas com a opinião pública, as seguintes formas: do sistema psicológico: opiniões, atitudes e processos de percepção e liderança; do sistema social: as instituições, grupos e elites; do sistema ideológico: as perspectivas e as concepções da vida; do sistema cultural: padrões culturais e clima de opinião; do sistema da comunicação: remetentes, mensagens e a mídia; por fim, como representantes do poder: instituições, leis, papéis e figuras

---

<sup>556</sup> “La teoría de la opinión pública es parte constituyente de la teoría de la democracia [...]. La opinión pública es el fenómeno propio de la burguesía [...] no tiene nada que ver con el Estado. El burgués se refugia en el ámbito de la sociedad y no el del Estado. La opinión pública es la expresión del pensamiento colectivo de una sociedad. De aquí que, desde esta perspectiva, se pueda llegar a la conclusión” In: BERZOSA LÓPEZ, Daniel. **Democracia Constitucional y Opinión Pública**. Espanha: Editorial Aranzadi. p. 245-250.

<sup>557</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. p. 73 e 98.

<sup>558</sup> HARBERMAS, Jurgen. **Técnica e Ciência como “Ideologia”**. Lisboa: Edições 70. 1994.p.122.

<sup>559</sup> MONZÓN, Cándido, **Opinión pública, comunicación y política**. Madrid: Tecnos, 1996. p. 348.

políticas<sup>560</sup>.

Na atualidade, o Conselho Geral do Poder Judiciário da Espanha realizou pesquisas sociais sobre a imagem da justiça na sociedade espanhola, para tanto o estudo apontou que a opinião pública não é tarefa cujo objetivo é conhecer a verdade das coisas, mas sim a ideia que predomina na sociedade, a aparência social do fato e o impacto que ele repercute na sociedade, em suma, ideias que produzem a consciência coletiva e que são relevantes ao judiciário<sup>561</sup>.

Pelo cenário espanhol, Alejandro Muñoz Alonso destaca que uma sociedade na qual a opinião pública se forma livremente através de discussões racionais, a opinião pública, que é "oficializada" por meio de reuniões e partidos e chega ao Parlamento, é transformada em decisões vinculativas. O que falta é apenas a referência ao mecanismo eleitoral que se torna o artifício em virtude do qual a opinião pública passa da situação indefinível e incompreensível em que se encontra na sociedade à sua versão oficializada que opta pelo relacionamento das forças políticas no Parlamento, isto é, no jogo das maiorias e minorias, do governo e da oposição<sup>562</sup>.

Para que exista opinião pública é necessário que haja condições do tipo instrumental e tipo espiritual. As condições instrumentais são conjunto de

---

<sup>560</sup> "El ambiente del sistema de la opinión pública se concreta, principalmente, en los sistemas psicológico, social, ideológico, cultural, comunicacional y político, destacando de cada uno de ellos como partes más estrechamente relacionadas con la opinión pública: las opiniones, actitudes y procesos de percepción y liderazgo (del psicológico); las instituciones, grupos y elites (del social); las ideologías, perspectivas y concepciones de la vida (del ideológico); patrones culturales y clima de opinión (del cultural); emisores, mensajes y medios (del comunicacional); e instituciones, leyes, roles y personajes políticos como representantes del poder". In: Monzón, Cándido, **Opinión pública, comunicación y política**. Madrid: Tecnos, 1996. p. 348 – 349.

<sup>561</sup> "El estudio de la opinión pública no es así una tarea cuyo objetivo sea conocer la verdad de las cosas, sino la idea que acerca de ellas predomina en la sociedad. Es decir, su imagen o apariencia; el impacto, en suma, que producen sobre la conciencia colectiva". In: CENDOJ, Consejo General del Poder Judicial E- 62J181. **La imagen de la justicia en la sociedad española**. Séptimo Barómetro de Opinión. Noviembre de 2000. p. 67.

<sup>562</sup> "una sociedad en la que la opinión pública se forma libremente através de la discusión racional, opinión pública que se 'oficializa' por el intermedio de las asociaciones y partidos y llega al Parlamento, donde se transforma en decisiones vinculantes. Falta sólo la referencia al mecanismo electoral que viene a ser el artifício en virtud del cual la opinión pública pasa de la indefinible e inaprehensible situación en que se encuentra en la sociedad a su versión oficializada que se decanta en la relación de fuerzas políticas del Parlamento, esto es, en el juego de mayorías y minorías, de gobierno y oposición". In: MUÑOZ ALONSO, Alejandro; ROSPIR, Juan Ignacio (eds.), **Democracia mediática y campañas electorales**. Barcelona: Ariel, 1992. p. 54.

requisitos físicos e materiais que permitem generalizar o conjunto de verdades coletivas que formam a opinião pública. É evidente, portanto, que não é indiferente a aparição da comunicação em massas<sup>563</sup>.

Atualmente, a participação dos meios de comunicação se caracteriza por um duplo papel: primeiro, como participantes da própria vida política e, segundo, como instrumento importante para a divulgação do aparato governamental e dos partidos políticos. O primeiro caso, a mídia como atores, podemos identificar a maneira pela qual a mídia mudou parte dos cenários da vida política para os estúdios de rádio e televisão ou para as páginas da imprensa escrita. A mídia ganhou participação privilegiada na opinião pública, tornando-se espaços onde geram e estabelecem uma série de confrontações políticas. Nesse sentido, não é um exagero dizer que a mídia impôs parte importante das agendas e dos conteúdos dos debates, levando o público a compartilhar os mesmos temas e agendas. Neste contexto, a mídia deve ter responsabilidade de que eles devem ser exercidos com imparcialidade, objetividade e compromissos de justiça. O segundo caso, a mídia como instrumento, tem a ver com o crescente interesse dos partidos políticos em privilegiar suas campanhas políticas com maior presença nos meios de comunicação, particularmente os eletrônicos<sup>564</sup>.

---

<sup>563</sup> “Para que exista opinión pública, tiene que haber, al menos, condiciones de tipo instrumental y de tipo espiritual. Las condiciones instrumentales son el conjunto e condiciones físicas y materiales que permiten generalizar ese conjunto de verdades colectivas que se llama opinión pública. Así, entendido, es evidente que no es indiferente la aparición de masas.”. In: BERZOSA LÓPEZ, Daniel. **Democracia Constitucional y Opinión Pública**. Espanha: Editorial Aranzadi.

<sup>564</sup> “En la actualidad la participación de los medios se ha caracterizado por un doble papel: primero como actores de la vida política misma y, segundo, como importantes instrumentos de difusión del aparato gubernamental y de los partidos políticos. El primer caso, los medios como actores, lo podemos identificar por la forma en que los medios han trasladado buena parte de los escenarios de la vida política a los estudios de radio y televisión o a las páginas de la prensa escrita [...] Los medios de comunicación han ganado una participación privilegiada en la opinión pública al convertirse en espacios donde se generan y dirimen buen número de confrontaciones políticas. En ese sentido, no es exagerado afirmar que los medios han venido imponiendo también parte importante de las agendas y los contenidos de los debates, conduciendo con ello a la opinión pública a compartir los mismos temas y agendas. En este contexto, los medios deben compartir una responsabilidad; responsabilidad que deben ejercer con compromisos de imparcialidad, objetividad y equidad. El segundo caso, los medios como instrumentos, tiene que ver con el interés creciente de los partidos políticos por privilegiar en sus campañas políticas una mayor presencia en los medios, particularmente los electrónicos”. In: TOVAR Sergio. In: Aguilar Tremoya, Miguel Ángel. **Medios de comunicación y cultura política**, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1999. p. 119 – 120.

No que tange ao Brasil, os estudos mostram que a opinião pública é reflexa às oscilações da economia. “Essa situação parece ter criado uma espécie de círculo vicioso: as altas expectativas provocam grandes frustrações que, [...] criam um clima propício ao aparecimento de novas propostas que empolgam a sociedade, aparecendo expectativas exacerbadas”, gerando a inconstância da opinião pública ao longo da história, ainda assim as pesquisas demonstram que os brasileiros são considerados um povo otimista em situações de crise econômica, assinala José Rubens de Lima Figueredo Jr <sup>565</sup>.

Em observância as considerações feitas por Bolívar Lamounier<sup>566</sup> a respeito de pesquisa sobre a identidade cultural dos brasileiros realizada pelo IDESP no ano de 1991, ao tempo da entrevista se constatou que a opinião pública e a opinião publicada muitas vezes não são coincidentes. Nem sempre o que os meios de comunicação veiculam é o que de fato acontece como anseio social, “a palavra dos ‘formadores de opinião’ soava como as trombetas do apocalipse, mas o estado de ânimo do país, segundo a pesquisa, era razoavelmente normal e sob certos aspectos até confiante”.

Em perspectiva da atual opinião pública brasileira, é indubitável a realidade do apelo midiático do séc. XXI, fato que levanta a problemática sobre a opinião publicada, pois o ponto de vista dos “‘formadores de opinião’ (lideranças políticas, jornalistas, intelectuais com acesso aos meios de comunicação, líderes sindicais, empresários, e etc.) determina, em alguma medida, a evolução das aspirações, expectativas e frustrações de um povo num certo período de tempo”. Sobre o assunto, “dizem que Winston Churchill gostava de afirmar que não existe opinião pública, mas sim opinião publicada”, assinala

---

<sup>565</sup> Sobre os estudos de campo feito no ano de 1991 com relação a opinião pública brasileira: “Chama atenção, mais uma vez, a marcante diferença entre os mais e os menos instruídos. É como se existissem, na verdade, duas opiniões públicas: a dos mais escolarizados (que tende a ser mais crítica, mais privatista, e mais democrata) e os menos escolarizados (menos crítica, mais estatista e que mais declara aceitar saídas autoritárias). Essa diferença fica clara quando se seleciona algumas características do povo” In: FIGUEREDO, Rubens. Verdades e mitos sobre a cultura. In: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). **Ouvindo o Brasil: uma análise da opinião pública brasileira hoje**. São Paulo: Editora Sumaré, 1992. p. 95.

<sup>566</sup> “Ouvir o que os brasileiros pensam e sentem sobre os problemas do país tornou-se nos últimos anos uma atividade organizada e metódica”. In: LAMOUNIER, Bolívar. Apresentação. In: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). **Ouvindo o Brasil: uma análise da opinião pública brasileira hoje**. São Paulo: Editora Sumaré, 1992. p.11.



José Rubens de Lima Figueredo Jr <sup>567</sup>.

A mudança consiste em contexto político-jurídico de alteração ou reforma de uma norma jurídica, visando sua adequação aos princípios de equidade, de justiça e de utilidade social ou ainda de uma nova realidade no mundo da experiência jurídica, pois a experiência jurídica consiste no processo mental que nos leva a perceber e identificar fenômenos exteriores, possibilitando escolhas. Nesta acepção, a experiência é importante domínio da mente, exercendo influência na formação da consciência<sup>568</sup>.

Adiante, há que se falar da necessidade de dar representatividade pública para a manifestação da vontade popular.

#### 4.2 A REPRESENTATIVIDADE PÚBLICA E A OPINIÃO PÚBLICA

O estado moderno pressupõe como princípio de sua própria verdade a soberania popular, e por sua vez, esta tem que estar enraizada pela opinião pública. O que se vê é que as instituições constitucionais democráticas contam com uma opinião pública intacta para exercer seus poderes, posto que esta segue sendo a única base reconhecida da legitimação do domínio político. Sem esta atribuição, sem a substituição da opinião pública como origem de toda autoridade das decisões obrigatórias para todo o mundo, faltará à democracia moderna a substância de sua própria verdade<sup>569</sup>.

Compreende-se que seja muito mais difícil formar uma opinião pública a partir do deserto de sentimentos, difusas opiniões e popularizados pontos de vista difundidos pelos meios de comunicação de massas, que a partir da polêmica racional entre as grandes correntes de opinião que pugnam entre si na

---

<sup>567</sup> “Essa frase, além de um interessante jogo de palavras, sugere também que deve haver algum tipo de correspondência entre o que se publica e se veicula, de um lado, e aquilo que a opinião propriamente dita pensa, de outro” In: FIGUEREDO, Rubens. Verdades e mitos sobre a cultura. In: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). **Ouvindo o Brasil: uma análise da opinião pública brasileira hoje**. São Paulo: Editora Sumaré, 1992. p. 98-99.

<sup>568</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 66.

<sup>569</sup> HABERMAS, Jürgen. **Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública**. Naucalpan: G. Gili, 2002. p. 262.

sociedade civil. Por tal motivo, deve-se admitir que é mais difícil que nunca que uma opinião pública se consiga impor<sup>570</sup>.

José Luis Dader<sup>571</sup> sintetiza que os principais problemas enfrentados pela representação adequada da opinião pública no governo são: 1. O aumento da complexidade sociopolítica e o conseqüente distanciamento dos cidadãos de suas instituições (abstenção eleitoral, anomia política, etc.). 2. Tentação tecnocrática, pela complexidade de detalhes técnicos, legais e socioculturais que são mistos em qualquer processo de decisão política, a vontade política é muitas vezes relegada e substituída pelo suposto primado da "vontade dos especialistas" (a vontade tecnocrática), dando então o poder concedido a alguns delegados, para o exercício da representação, a alguns tomadores de decisão que, sem qualquer delegação de representatividade, acabam impondo, sem qualquer deliberação política, seus critérios, protegidos pela suposta "racionalidade" técnica que os inspira. 3. A perda da democracia interna dos partidos. 4. A confusão, distorção e demagogia na deliberação de propostas e decisões, produzidas por uma seleção informativa distorcida, incompleta ou supérflua, pois é necessário que os dados circulem pelas redes com precisão e relevância. 5. A alegada viabilidade da democracia direta, criada pelas novas

---

<sup>570</sup> HABERMAS, Jürgen. **Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública**. Naucalpan: G. Gili, 2002. p. 263

<sup>571</sup> los principales problemas a los que se enfrenta la adecuada representación de la opinión pública en el Gobierno: 1.El incremento en la complejidad sociopolítica y el conseqüente distanciamiento de los ciudadanos respecto a sus instituciones (abstencionismo electoral, anomia política, etc.). 2.La tentación tecnocrática [...] Dada esa complejidad de detalles técnicos, legales y socioculturales que se mezclan en cualquier proceso de decisión política, la voluntad política queda en muchas ocasiones relegada y sustituida por la supuesta primacía de la 'voluntad de los expertos' (la voluntad tecnocrática), entregándose entonces el poder otorgado a unos delegados, por el ejercicio de la representación, a unos decisores que sin ninguna delegación de representatividad acaban imponiendo, sin ninguna deliberação política, sus criterios, amparados en la supuesta 'racionalidad técnica' que les inspira [...] 3.La pérdida de democracia interna en los partidos [...] 4.La confusión, distorsión y demagogia en la deliberação de propuestas y decisiones, producidas por una selección informativa tergiversada, incompleta o superflua: Para que la representación (igual que la responsabilidad) resulte fidedigna y las opciones de respaldo y control de los representados se ejerzan desde la auténtica libertad, no basta con la existencia de múltiples canales comunicativos entre el pueblo llano y las élites; sino que se requiere además que los datos circulantes a través de dichas redes sean tan pertinentes y exactos como cada cuestión debatida exija [...] 5.La supuesta viabilidad de la democracia directa en el entorno creado por las nuevas tecnologías informativas [...] La fascinación de la conexión telemática directa tiende en ese sentido a enmascarar que la principal función comunicativa de la vetusta institución parlamentaria no es tanto la posibilidad de votar en todo momento y por todos los representados, sino el permitir una deliberação sosegada, exhaustiva y públicamente conocida por todos. In: DADER, José Luis, **Tratado de comunicación política**. Madrid: J. L. Dader, 1998.

tecnologias da informação, tende a mascarar que a principal função comunicativa da antiga instituição parlamentar não é tanto a possibilidade de votar em todos os momentos e por todos aqueles representados, mas que permite uma visão calma, exaustiva e conhecida publicamente por todos.

Valendo-se do procedimento de discussão parlamentar, a opinião pública faz chegar ao governo seus desejos e, por sua vez, o governo põe a opinião pública em conhecimento de sua política. Assim, a opinião pública domina, porém não governa<sup>572</sup>.

A força legitimadora tem a sua sede na racionalidade dos procedimentos legais. Não só comunica a dominação legal através das regras processuais da administração da justiça ou pela jurisprudência, mas um grau ainda maior através dos procedimentos do poder legislativo democrático. Os procedimentos parlamentares parecem competir pela aquisição de poder político, por interesses concorrentes, de modo que as discussões parlamentares constituem análises que não fortalecem a reconstrução crítica de acordo com modelo de uma negociação "justa" de compromissos, muito menos uma formação discursiva da vontade coletiva. Tais fatores aferem problemas com interesses corruptíveis, o que não se busca adentrar, apesar de se reconhecer dita realidade prática na dinâmica política<sup>573</sup>.

Assim, a análise jurídico-estatal das normas constitucionais, em relação à realidade constitucional das democracias constituídas pelo Estado social, tem que atender à ficção institucionalizada da opinião pública, sem poder, porém, identificar diretamente esta no comportamento do público de cidadãos com uma magnitude real<sup>574</sup>. A grande dificuldade em efetivar a voz popular, consciente sobre a política, está na criação de um espaço idôneo e imparcial para a manifestação íntegra de todos.

---

<sup>572</sup> HABERMAS, Jürgen. **Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública**. Naucalpan: G. Gili, 2002. p. 263

<sup>573</sup> HABERMAS, Jürgen. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? In: Revista DOXA 5. Alicante: Universidad Alicante. 1988. p. 44.

<sup>574</sup> HABERMAS, Jürgen. **Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública**. Naucalpan: G. Gili, 2002. p. 262.

Ora, a realidade é que a opinião não pública adquire credenciais de opinião pública na elaboração que dela fazem os partidos, porquanto alcança a representatividade pública. Somente quando a vontade dos partidos coincide com a vontade da cidadania ativa é que a manifestação popular ganha eficácia, de modo que o partido em cada caso majoritário representa a opinião pública devido a sua posição institucional<sup>575</sup>.

Evidencia-se que a opinião pública se faz mediante a representatividade dos poderes públicos, mas o exercício do Poder Judiciário leva em perspectiva o exercício do princípio contramajoritário. Assim, o poder judiciário tem importante papel a cumprir como árbitro dos direitos das minorias, protegendo-as das pretensões das maiorias expressas através dos poderes representativos que exercem a soberania popular. Ainda assim, o Poder Judiciário também é agente político que exerce a democracia constitucional, ainda que seus representantes não sejam eleitos diretamente pelo povo. Destarte, a função judicante se atentará as aspirações sociais para alçar viés de legitimação da democracia constitucional.

As aspirações sociais precisam ser manifestadas a fim de serem respondidas pelos agentes políticos do Direito, visto que na linguagem político-jurídica, o desejo que uma comunidade expressa com relação ao conteúdo do texto normativo precisa ser analisado para que passe de meros apelos para constituir a opinião pública.

A manifestação das aspirações sociais através de mecanismos como a opinião pública deve ser apreendida pelo Político do Direito que, através de considerações práticas, avaliará o seu grau de legitimidade e pertinência, com vistas aos procedimentos recomendáveis <sup>576</sup>.

Diante das dificuldades enfrentadas pelo Poder Executivo no processo democrático de respaldar a opinião pública, faz-se lógico entender como o Poder Judiciário tem sido acionado até a Corte Superior com tutelas

---

<sup>575</sup> HABERMAS, Jürgen. **Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública**. Naucalpan: G. Gili, 2002. p. 264

<sup>576</sup>MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 12.

jurisdicionais para a satisfação de interesses particulares de grupos ativos sob a alegação de representarem a opinião pública, mas que nem sempre encontram respaldo no texto normativo.

Ocorrências, portanto, de decisões judiciais fundadas na opinião pública. Decisões jurídico-constitucionais sem contornos definitórios que utilizam o modelo de ponderação *ad hoc*, que se presta muito mais a uma decisão em torno das preferências particulares de indivíduos e grupos do que a uma argumentação normativa do plano constitucional de uma sociedade hipercomplexa, na qual as preferências valorativas variam imensamente de grupo a grupo<sup>577</sup>.

É indispensável caminhar o espaço público para que haja reflexão crítica, com consciência política e objetivando a relevância do consenso para que várias opiniões sintetizem a opinião pública. O consenso é a busca incessante de entender a consciência coletiva. A consciência coletiva é um sistema de valores de ideais e de práticas numa Sociedade, a partir de noções compartilhadas de regras de conduta social e sua exteriorização indicará aspirações sociais<sup>578</sup>.

Assim, o consenso é a conformidade por parte dos governados em relação ao Direito de uma ou mais pessoas ao exercício do poder político; independente de como a conformidade entre os grupos sociais seja manifesta, de maneira expressa ou implícita; por aclamação ou sufrágio, atual ou inveterado, total ou parcial<sup>579</sup>.

---

<sup>577</sup> “a inconsistência do estilo de argumentação com base na ponderação, usualmente aplicada na prática jurisprudencial brasileira, que pode ser classificada como ponderação *ad hoc* ou do tipo extrema, a qual se usa de muitas particularidades do caso sem que os critérios sejam independentes a ponto de servir para outros casos, com efeitos imediatos e de curto prazo, pautados em argumentos de abstrações principiológicas comprometidas com os particularismo encoberto sob manto retórico da justiça inerente aos princípios invocados, sem contornos reais do direito do caso, fragilizando a força de convencimento e de persuasão da decisão de forte relevância jurídica e social, e deslegitimizando a decisão e a credibilidade da corte constitucional.” NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 218.

<sup>578</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 22.

<sup>579</sup> “en la cuestión que no ocupa entenderemos consenso como la conformidad por parte de los gobernados respecto del derecho de una o varias personas al ejercicio del poder político; y sea como fuere que tal conformidad se exprese: expresa o tácita; por aclamación o sufragio, actual

Há que se ter em vista que a opinião pública decorre do espaço público reflexivo do qual se analisa criticamente as vantagens e desvantagens para toda a sociedade, em respeito aos valores éticos instituídos pelo Constituição. A opinião pública enraíza a legitimidade na função judicante, pois “a legitimidade da legalidade não pode ser explicada a partir de uma racionalidade autônoma inserida na forma jurídica isenta de moral; [...] ela resulta de uma relação interna entre o direito e a moral”, a legalidade precisa basear sua legitimidade da racionalidade procedimental com teor moral, observa Habermas<sup>580</sup>.

A democracia representativa supõe que a vontade popular é manifestada pelas ações das autoridades políticas, porquanto a legitimidade democrática dos agentes políticos emana da soberania popular.

O temeroso é quando a vontade de partidos políticos se torna mais importante ao agente para decidir as medidas de governo do que os interesses de justiça, voltados a virtude cívica e ao bem comum. A opinião não pública somente adquire credenciais de opinião pública na elaboração que dela fazem os partidos porque alcança a representatividade. Assim, cabe a vontade popular em atuar para manifestar sua voz e com consciência política exigir a contraprestação dos representantes políticos. A representação política da opinião pública deve analisar criticamente as vantagens e desvantagens para toda a sociedade, em respeito aos valores éticos instituídos pelo Constituição.

Assim, a opinião pública é fenômeno que traz informações justificadoras das políticas e do direito, incidindo em conhecimento abrangido pelo ramor do saber que disciplina a Moralidade Política.

#### **4.3 A OPINIÃO PÚBLICA E MORALIDADE POLÍTICA NA PRÁTICA JUDICIAL**

Os transcurtos que a Filosofia do Direito tomou pela vertente de

---

o inveterada, total o parcial” In: CASTAÑO, Sergio Raúl. Legitimidad de origen y consenso: síntesis y precisiones desde los principios del orden político. p. 45. In: GARRIDO GÓMEZ, Isabel; ESPINOZA DE LOS MONTEIROS, Javier (Eds.) **Paradigmas y desafíos del Constitucionalismo Democrático**. Granada: Editorial Comares. 2014.

<sup>580</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e validade. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997, p. 194-202.

superação promovida mediante as teorias jurídicas pós-positivistas, em observância a contemporânea sociedade complexa e concatenando à realidade prática deliberativa jurisdicional dos tribunais, é possível estabelecer premissas que funcionam como limites para inserção aos argumentos interdisciplinares da Moralidade Política na decisão judicial. Premissas estas que também refletem na incidência dos fatores intrínsecos da opinião pública na formação decisória, ganhando o sentimento de segurança jurídica e justiça social na sociedade em geral.

A moralidade política é conhecimento interdisciplinar que retrata a tríade relação entre moralidade, eticidade e juridicidade. Quando os valores éticos que são articulados como fonte jurídica estão representados nos mesmos anseios da opinião pública, adentra a juridicidade e corresponde ao anseio de justiça social.

A partir da moralidade política se desenvolve o critério que analisa a correção e a justiça das decisões tomadas no meio social, haja vista que são padrões de julgamento aceitos como fontes jurídicas articuláveis ao julgamento: o texto normativo; princípios jurídicos; jurisprudência, doutrina e políticas executivas; ética (Moral), costumes e estudos interdisciplinares. Neste diapasão, ainda que se considere outros padrões de julgamento, não há que admitir a possibilidade de afugentar disposição de texto normativo.

Ademais, a Moral não consiste em fonte jurídica lúdica como critério de julgamento, porque sua legitimidade está limitada aos aspectos de convergência com a ética. Isto porque a ética transpassa os valores axiológicos individuais, para se firmar como o “conjunto de parâmetros valorativos convergentes em determinado grupo de pessoas ou comunidade individualmente identificável, de modo a orientar e delimitar as deliberações tomadas perante o agrupamento”. Assim, Zanon Jr. atribui que o critério de justiça no julgamento é a ética, que se insere como fonte no ordenamento jurídico para definir a correção e a justiça da operação deliberativa, articulando com as

demais fontes jurídicas com respeito ao grau vinculativo que apresentam<sup>581</sup>.

A teoria jurídica de Dworkin é a que mais aproxima a correlação entre os elementos jurídicos e morais, pela teoria da árvore, o autor considera que a Moral e o Direito são ordens sociais, em que esta é a subdivisão daquela, visto que os padrões morais são mais englobantes, e o Direito se apresenta como um ramo dos galhos da moralidade política que advém do tronco maior da Moral<sup>582</sup>.

Neste diapasão, a estrutura sugerida por Dworkin permite superar as dificuldades de se estabelecer quais as correlações admissíveis entre duas ordens apartadas, pois como subdivisão do campo mais amplo da Moral, a proposição dworkiniana permite a compreender que os postulados jurídicos são meros reflexos de valorações com influxos morais efetuados nas fases de positivação e de aplicação.

Assim, os aspectos morais que entram no Direito pelas fases de positivação e de interpretação apresentam a causalidade de sua ramificação sistêmica, uma vez que a conexão entre a moralidade e juridicidade deixa de ser vista como interferência entre institutos de sistemas distintos, e sobrepõe novo olhar, que consiste na compreensão de uma ordem social que se especializa no teor jurídico, cuja as raízes ainda emanem do mesmo teor constitutivo da moralidade política.

Em suma, a estrutura da árvore traz clarividência para a relação entre a Moral e o Direito, pois as normas jurídicas nascem da justificação da moralidade política pelo texto normativo, legitimando a fonte social do Direito. Ademais, as normas jurídicas brotam da moral tanto na fase de positivação, quanto na fase de aplicação do direito<sup>583</sup>. Destarte, incontestemente que a Moralidade política incide na prática judicial.

---

<sup>581</sup> ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 136.

<sup>582</sup> DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011, p. 405

<sup>583</sup> “É evidente que as opiniões dos juízes sobre a moralidade política influenciam suas decisões constitucionais; e, embora fosse fácil para eles explicar essa influência pelo fato de a Constituição exigir uma leitura moral, eles nunca o fazem”. In: DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 5.



Ademais, a interdisciplinaridade do Direito não condiz em mecanismo para satisfação da opinião pública na tomada de decisões, são pontos distintos.

Ora, a interdisciplinaridade do Direito e da Moralidade Política não fortalece que a decisão judicial ceda às pressões sociais, mas que a decisão satisfaça os interesses reais da sociedade, ainda que não sejam identificados de tal forma pela mesma. A decisão judicial que garante a justiça poderá ser contrária as opiniões publicadas e ao clamor social.

No caso da opinião pública, trata-se de fator intrínseco que agrega conhecimento ao julgador na tomada da decisão judicial, pois legitima a representatividade do poder judiciário. Isto porque “a jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do *povo*, não dos juízes”<sup>584</sup>. Deste modo, opinião pública, que corresponde ao anseio de justiça social, quando se identifica valores éticos postulados pela Constituição, adentra a juridicidade.

A opinião pública precisa confiar no Judiciário e esperar positivamente os resultados decisórios, mediante a possibilidade de se fazer previsões sobre os caminhos futuros tendo em vista os valores éticos que regem o ordenamento jurídico constitucionalmente estabelecido e que regem a dinâmica social em sua maior.

Afinal, o objetivo do Direito posto é regular a harmonia social e a dinâmica da vida privada a ponto de que a previsibilidade do comportamento das Instituições que representam os poderes públicos limite sem ferir as liberdades e igualdades conquistadas, os riscos devem ser calculados e a confiança aumentada.

---

<sup>584</sup> “O fato da última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo.” In: BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

Ora, a confiança produzida pelo Poder Judiciário serve como ponto de partida, correto e apropriado<sup>585</sup>, para a derivação de comportamentos apropriados. Ela facilita as interações econômicas e sociais, ampliando as possibilidades de ações e permitindo maior crescimento, desenvolvimento e prosperidade econômica e social.

Destarte, as contribuições que os pensamentos do realismo jurídico trouxeram sobre ao estudo da decisão judicial levam a compreensão de que a moralidade política é um fenômeno que afia o Direito para a realidade social e para fazer valer os valores axiológicos que se resguarda. diferenciar os argumentos interdisciplinares dos fatores extrínsecos à decisão judicial.

#### **4.4 AS INGERÊNCIAS DA OPINIÃO PÚBLICA NAS DECISÕES DA JUSTIÇA DA ESPANHA: CASO EMBLEMÁTICO “LA MANADA”**

A visão unidimensional do juspositivismo na aplicação do Direito inviabiliza a interferência de fatores interdisciplinares na razão de decidir, enquanto que as correntes pós-positivistas, em regra, avalizam a percepção da decisão judicial pela perspectiva multidimensional, considerando disciplinas exógenas ao Direito como possível fator atuante na Teoria da Decisão Judicial.

A Espanha também vivencia um processo crítico aos postulados de ceticismo moral construídos pela vertente juspositivista, e aporta os anseios de superação do paradigma pelas teorias pós-positivistas. Este cenário advém da realidade social complexa e do espaço público que a sociedade possui na esfera social.

Ainda que a opiniões reflexivas e conscientes da política hoje tenham em grande medida um viés publicado pelo interesse econômico, a população tem acesso e voz para opinar sobre as questões públicas. As discussões sobre as ingerências da opinião pública nas decisões dos tribunais da Espanha são uma realidade conquistada por tal contexto contemporâneo.

O julgamento La Manada é um caso emblemático de violência

---

<sup>585</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amanda Flores. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. Título original: Vertrauen. p. 06.

sexual que teve forte cobertura da mídia e repercussão da opinião pública espanhola devido ao acesso popular ao acervo probatório produzidos pelos acusados durante o intento delitivo. A divulgação das gravações em vídeos e dos comentários privados nas redes sociais que os acusados realizaram entre si, no ato criminoso, demonstram orgulho dos mesmos pelo crime sexual perpetrado.

Ocorreu que em 2016, durante celebrações de San Fermín na cidade de Pamplona, Navarra, Espanha, um grupo de cinco homens abusou sexualmente de uma mulher de 18 anos, no corredor de um prédio no centro da cidade de Pamplona. Enquanto alguns cometeram o crime, outros registraram em seus celulares e a vítima foi posteriormente abandonada e seu celular foi roubado.

Os acusados compartilharam o vídeo do ataque em grupo do WhatsApp chamado "La Manada". Sete cliques deste vídeo foram estudados pela polícia em um relatório de 200 páginas em que é relatado que a mulher manteve uma atitude "passiva e neutra", que sua atitude não era "participativa" e que havia "humilhação e irritação" em direção a ela.

Os acusados de estupro, incluindo um membro da Guarda Civil e outro do Exército Espanhol, foram presos e julgados. O julgamento foi anunciado em 2018, quando a Corte descaracterizou o crime de agressão sexual e abrandou a condenação para o crime de abuso sexual. Um dos três magistrados não concordou com seus dois colegas e votou pela sua absolvição. O caso teve forte cobertura da mídia devido ao clamor social pela condenação, visto a repugnância do conteúdo das gravações em vídeo dos eventos e dos comentários nas redes sociais que a povo espanhol teve acesso.

A acusação foi representada pelo promotor público, pela vítima, a pela cidade de Pamplona e pelo governo de Navarra. O tribunal considerou na sentença que o testemunho da vítima era objetivamente crível, foi consistente durante toda a investigação, não introduziu elementos improváveis e não teve motivos espúrios para fazer a acusação. Considerou-se que houve violência mínima e intimidação muito séria que impediu a defesa da vítima cercada pelos

cinco homens, e que a deixaram desamparada após o evento porque pegaram seu celular. Em contraposição, a defesa dos acusados argumentou que era sexo consensual em grupo e ela fez a acusação por medo de que o vídeo pudesse ser visto por outras pessoas.

Em abril de 2018, o Tribunal Provincial de Navarra publicou seu julgamento, no qual condenou os cinco acusados a cumprir nove anos de prisão por abuso sexual continuado, embora não os considerassem culpados de agressão sexual, do qual a pena significaria 12 a 15 anos de prisão<sup>586</sup>. Como resultado, os condenados foram libertados com uma fiança de 6.000 euros, até uma decisão judicial final. Em dezembro de 2018, o Tribunal Superior de Navarra confirmou a sentença inicial, com dois juízes dissidentes que ainda consideravam que a vítima estava sujeita à agressão. Em janeiro de 2019, o Tribunal Provincial de Navarra rejeitou a intenção prosseguida pela acusação popular, ou seja, a cidade de Pamplona e o governo de Navarra, de aprisionar os condenados, confirmando a sua liberdade. A sentença ainda é passível de recurso.

Após a condenação, o oficial da Guarda Civil Antonio Manuel Guerrero e o soldado do exército Alfonso Jesús Cabezuelo foram suspensos, mas continuaram recebendo 75% de seu salário até que todos os recursos fossem ouvidos. Cabezuelo foi expulso do exército em outubro de 2018.

Tendo em vista o julgamento, muitas manifestações ocorreram em diversas cidades espanholas como sinal de desacordo com a condenação em 'clemência' ao crime sexual emblemático. Repercutiu popularmente a manifestação em desacordo ao julgamento, expressada por diferentes figuras políticas e sociais relevantes para o cenário espanhol.

Ademais, associações feministas denunciaram a sentença, evidenciando-a pela sua relevância negativa às conquistas sociais, visto o

---

<sup>586</sup> Na Espanha, o crime de sexo sem consentimento tem duas categorias legais, agressão sexual ou abuso sexual. Agressão sexual é definida como a necessidade de violência (intimidação) ou violência, o abuso sexual é sem violência, no entanto existem controvérsias sobre a interpretação desses termos legais pelo público; "intimidação" é mais estreita do que abusar da superioridade ou influência sobre a vítima.

juízo como um precedente em retrocesso aos direitos da mulher para sociedade espanhola. Apontou-se que considerando o contexto do evento delitivo, a sentença proferida aponta, mais uma vez, que as mulheres são responsáveis pelos ataques que sofrem. Outrossim, atrizes americanas também expressaram sua opinião contrária à sentença.

Durante a liberdade condicional dos réus que aguardavam o desfecho para o seu recurso, quatro membros da Manada estavam sujeitos a processo por outro caso de abuso sexual envolvendo uma mulher inconsciente de 21 anos deitada na van dos réus. No final de outubro, os condenados foram declarados *persona non grata* em Pozoblanco, Cordova, cidade natal da vítima do suposto ataque do grupo masculino em 2016, agora sob investigação.

Em 2018, o mesmo júri encarregado do caso "La Manada" condenou um homem de Lodosa, Navarre, de "maus-tratos" ocasionais e um período de 10 meses de prisão depois de considerá-lo, provou que "ele tentou matá-la com uma faca", e por estrangulamento, enquanto ela lutava pela vida, com seus filhos pequenos assistindo, mas finalmente desistindo "; a sentença citou o estado mental do homem como um fator atenuante. A Anistia Internacional denunciou os obstáculos encontrados pelas vítimas de agressão de gênero no sistema de justiça espanhol.

Assim, a opinião pública não gerou ingerências nas decisões dos tribunais espanhóis. Gerou-se, no seio social, um sentimento de impunidade pelo julgamento dos acusados, por ter resultado condenação mais branda. Assim, o julgamento sobre o caso 'la manada' demonstrou que mesmo perante forte apelo social, a decisão judicial espanhola não teve observância da voz popular pelo julgador. A reflexão crítica da opinião pública em vista da decisão tomada tem respaldado argumentos contrários ao julgamento, pautando debates sobre a necessidade de revisão legislativa.

#### **4.5 AS INGERÊNCIAS DA OPINIÃO PÚBLICA COMO FUNDAMENTO NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ao se examinar a pesquisa científica ou lógica, vê-se que o direito não

é exato, o papel das normas é correlativamente limitado<sup>587</sup>.

Possivelmente, a atual questão que é discutida com maior frequência e intensidade nos últimos anos seja a que diz respeito às relações entre o STF e a opinião pública e que, nesse contexto, pergunta se o tribunal ao deliberar deve ou não escutar a voz popular ou o clamor social.

Segundo Posner, nem todas as questões jurídicas importantes podem ser respondidas pelos métodos do raciocínio jurídico, em parte porque não são potentes quando vistos como instrumentos de construção, e não meramente de crítica e parte porque o raciocínio jurídico se esgota e o juiz tem de recorrer à opinião pública, a diretrizes políticas, preferências, valores ou o que mais possa for necessário para responder questão jurídica de modo que satisfaça a ele próprio e a seus colegas, isso frequentemente significa que a resposta é indeterminada<sup>588</sup>.

Um dos problemas que enfrentam os Poderes Judiciários ao redor de todo o mundo, diante da opinião pública cada vez mais midiática, são chamados juízos paralelos. A definição por parte da mídia do processo jurisdicional ser culpável ou não, constitucional ou não, antes mesmo de ser resolvido pelo tribunal correspondente. Este fenômeno pode reduzir a legitimidade dos tribunais quando o significado de sua decisão difere daquela estabelecida pelos meios e pode afetar os valores de um sistema jurídico democrático, como a presunção de inocência<sup>589</sup>.

---

<sup>587</sup> POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

<sup>588</sup> “[...] discuto o raciocínio jurídico como um ramo do raciocínio prático, concebido como o conjunto multiforme de métodos de raciocínio (compreendendo intuição, autoridade, analogia, deliberação, interpretação, conhecimento tácito, e submetendo as proposições ao teste do tempo e muito mais) aos quais as pessoas recorrem quando a lógica e a ciência estão em falta” In: POSNER, Richard. **Problemas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 42.

<sup>589</sup> “Uno de los problemas que enfrentan en general los poderes judiciales del mundo, ante una opinión pública cada vez más mediática, son los llamados juicios paralelos. Esto es, la definición por parte de los medios de comunicación del sentido de un proceso jurisdiccional - inocente o culpable, constitucional o inconstitucional- previo a que éste se resuelva por el tribunal correspondiente. Este fenómeno puede mermar de manera significativa la legitimidad de las cortes cuando el sentido de la decisión de éstas difiere de aquél establecido por los medios. Pero también puede afectar valores propios de un sistema jurídico democrático como la presunción de inocencia”. MORALES, Luis María Aguilar. La redacción. “**Juicios Judiciales**

No Brasil, como o modelo de deliberação pública do STF, o fato dos Ministros proferirem seus ‘discursos’ por julgamento divulgado de forma televisionada, traz alcance informativo em tempo real e é motivo a ponderar o aumento das polêmicas e opiniões de múltiplos grupos existentes na sociedade plural sobre os debates jurídicos.

Diretamente a prática jurisdicional deliberativa na forma aberta que ocorre no contexto colegiado brasileiro aumenta a participação opinativa, que não necessariamente se forma no cenário da opinião pública, isto é, de maneira reflexiva e com consciência política.

Ademais, a diversidade de questões morais importantes em julgamento, a judicialização da política, são assuntos em voga que possibilitam que as práticas deliberativas na Corte estejam recebendo demasiada pressão de clamores sociais. Importante considerar que somente quando se alcança a primazia da sociedade sobre o Estado, convertendo-o num agente da sociedade, é que será possível o império pleno da Constituição<sup>590</sup>.

Sobre a epistemologia do direito, a dúvida insurgente com respeito a ouvir a voz pública é: em que medida o julgador se preocupa com os valores éticos que são articulados como opinião pública para adentrar a juridicidade. Afinal, “para manter o equilíbrio social, é necessário um processo integrador, entre Estado, opinião pública e Constituição”, anunciam José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas de Moraes Nascimento<sup>591</sup>.

Neste diapasão, cumpre analisar os julgamentos do STF com temas relevantes para correlacionar análise dos posicionamentos firmados pelos ministros com a realidade opinativa repercutida do julgamento.

#### **4.5.1 Metodologia de filtragem dos julgamentos do STF**

---

**vs. Juicios Mediáticos**”. In: Revista NEXOS. El juego de la Suprema Corte. <<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1286&>> Acesso em 24 de outubro de 2017.

<sup>590</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. Constitucionalismo e Cidadania- Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

<sup>591</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. Constitucionalismo e Cidadania- Por uma jurisdição constitucional democrática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

Em análise da metodologia de filtragem dos acórdãos do STF a ser desenvolvida na tese, busca-se estudar as recentes decisões judiciais do STF que desempenham discussão relacionadas à moralidade política. Para tanto, considerou-se filtrar acórdãos dentre os julgamentos timbrados pelo próprio STF com selo “tema relevante”, assim intitulados para os assuntos com forte repercussão na sociedade e nos meios de comunicação.

Os critérios classificatórios são: a) critério temporal: 2009 até o presente; b) critério valorativo: julgamentos timbrados com selo de ‘tema relevantes’ cuja significação represente relevante valor histórico para o STF e para a sociedade brasileira pela repercussão na opinião pública (meios de comunicação e sociedade); c) critério material: destaque aos julgamentos com selo ‘tema relevantes’ apenas com cerne da lide carregado de moral.

A Resolução n. 474, de 29 de novembro de 2011 dispõe sobre o selo “Tema Relevante” para afixação em processos judiciais ou administrativos, em tramitação ou arquivados, cujo assunto seja considerado de grande valor para a sociedade e para o Supremo Tribunal Federal. No que concerne ao critério da atribuição de valor histórico, o Art. 6º da Resolução n. 474/2011, dispõe: “para os fins desta Resolução, valor histórico é o atributo concedido aos processos e demais documentos que representem um acontecimento, fato ou situação relevante para a história do Tribunal e da sociedade, bem assim os de grande repercussão nos meios de comunicação”<sup>592</sup>.

O selo “Tema Relevante” podem ser fixados pelo Ministro-Relator do processo; pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal; pelo Diretor-Geral da Secretaria, quando se tratar de processo administrativo; e pela Presidente da Comissão Permanente de Avaliação de Documentos, quando se tratar de processo arquivado e encaminhado à deliberação da Comissão.

Assim, os julgamentos a partir de 2009 reconhecidos pelo próprio STF com o selo tema relevante – processos que deliberam sobre assuntos de

---

<sup>592</sup> Resolução n. 474, de 29 de novembro de 2011.



atribuição com valor histórico pela repercussão midiática e na sociedade, são alvos de análise da presente tese.

Atualmente figuram timbrados com selo de 'tema relevante' 33 (trinta e três) processos em julgamento pelo STF, dos quais se analisa os processos que tiveram apreciação de mérito, consante análise da tabela abaixo:

<b>CONSULTA DE TODAS AS DECISÕES JUDICIAS DO STF TIMBRADAS COM SELO "TEMA RELEVANTE"</b>			
<b>Resolução n. 474/2011</b>			
<b>PROCESSO</b>	<b>ASSUNTO</b>	<b>DECISÃO</b>	<b>PUBLICAÇÃO</b>
ADI 4277	União Homoafetiva	Com apreciação.	05/05/2011
ADPF 130	Controle de Constitucionalidade	Com apreciação.	30/04/2009
ADPF 132	Reconhecimento / Dissolução	Com apreciação.	05/05/2011
ARE 666148	Classificação e/ou Preterição	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	24/04/2015
MI 5152	Aposentadoria Especial (Art. 57/8)	Sem apreciação/ Julgou-se extinto o processo.	20/04/2018
ARE 770714	Reajuste de Remuneração, Soldo, Proventos ou Pensão	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	02/10/2013
RE 812112	Diplomas/ Certificado de Conclusão do Curso	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	12/06/2014
ARE 814744	Responsabilidade da Administração	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	10/12/2014
RE 831034	IPVA - Imposto Sobre Propriedade de Veículos Automotores / Prescrição	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	22/09/2014
RE 837739	Descontos dos benefícios	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	03/02/2016
ARE 841112	Preparo / Deserção. Processo e Procedimento	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	15/10/2014
ARE 843091	Legitimidade para a Causa   ITBI - Imposto de Transmissão Intervivos de Bens Móveis e Imóveis   Responsabilidade tributária	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	05/11/2014
RE 847202	Nomeação	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	14/11/2014
ARE 849509	DIREITO PREVIDENCIÁRIO	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	17/12/2014
ARE 856312	Improbidade Administrativa	Sem apreciação/ Pedido desistência	06/02/2015

ARE 863209	Alienação Fiduciária  Contratos Bancários   Nulidade  Pagamento	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	07/05/2015
ARE 876711	Crimes Militares	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	20/05/2015
ARE 896054	Cerceamento de Defesa Provas	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	10/08/2015
ARE 899938	Liquidação / Cumprimento / Execução Suspensão e Extinção do Processo	Sem apreciação/ Devolução ao Tribunal de origem	03/08/2015
ARE 904530	Abono de Permanência em Serviço (Art. 87) Voluntária	Sem apreciação/ negou provimento aos recursos	31/08/2016
ARE 905118	Progressão de Regime	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	29/10/2015
RE 911805	Organização Político-administrativa Administração Pública Imunidade	Com apreciação.	17/08/2017
ARE 917872	Adicional de Insalubridade e de Serviço Noturno	Sem apreciação/ tema 276 da sistemática de repercussão geral	08/10/2015
ARE 922779	Planos de Saúde	Sem apreciação/ Devolução ao Tribunal de origem	15/05/2017
ARE 923514	Indenização por Dano Moral   Anistia Administrativa Dano Material	Sem apreciação/ negou provimento ao recurso	14/12/2015
ARE 924764	Irredutibilidade de Vencimentos   Teto Salarial   Adicional por Tempo de Serviço Gratificações Estaduais Específicas	Sem apreciação/ Devolução regime repercussão geral	19/11/2015
RE 926066	Benefícios em espécie Decadência/ Prescrição	Sem apreciação/ Devolução regime repercussão geral	06/06/2017
ARE 929620	Indenização por Dano Moral   Vícios Formais da Sentença Improbidade Administrativa	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	13/01/2016
ARE 972996	Índice de 11,98%   Sistema Remuneratório e Benefícios	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	16/12/2016
ARE 1003691	Telefonia   Multa Cominatória / Astreintes   Indenização por Dano Moral   Obrigação de Fazer / Não Fazer	Sem apreciação/ Devolução ao Tribunal de origem	07/12/2016
ARE 1082447	Aposentadoria por Tempo de Serviço (Art.52/4)  Averbação/Cômputo/Conversão de tempo de serviço especial	Sem apreciação/ Devolução regime repercussão geral	22/03/2018
ARE 1082534	Incidência sobre 1/3 de férias (art. 7º, XVII da CF)	Sem apreciação/	30/10/2017

		negou seguimento ao recurso	
ARE 1116919	Adicional de Horas Extras	Sem apreciação/ negou seguimento ao recurso	02/04/2018

Tabela 2

Assim, dos 33 (trinta e três) processos timbrados como tema relevantes, apenas 3 (três) tiveram seguimento no adamento processual e julgamento de mérito proferido pelo STF. Dentre os julgamentos, analisa-se os cernes de lide com conteúdo moralmente carregados ou não, consoante tabela infra colacionada:

<b>CONSULTA DE CONTEÚDO MORAL NO TEOR DECISÓRIO</b>			
<b>Decisões do STF timbradas por “tema relevante”, consoante Resolução n. 474/2011.</b>			
<b>PROCESSO</b>	<b>ASSUNTO</b>	<b>TEOR DE MORAL</b>	<b>DECISÃO</b>
1. ADI 4277	DIREITO CIVIL União Estável Reconhecimento e Dissolução	SIM	Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante.
2. ADPF 130	DIREITO ADMINISTRATIVO Controle de Constitucionalidade Lei de imprensa	SIM	Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação.
3. ADPF 132	DIREITO CIVIL União Estável Reconhecimento e Dissolução	SIM	Tribunal, ainda por votação unânime, julgou procedente as ações, com eficácia erga omnes e efeito vinculante.
4. ARE 666148	DIREITO ADMINISTRATIVO E PÚBLICO   Concurso Público / Edital Classificação e/ou Preterição	NÃO	Negou-se seguimento ao RE.
5. MI 5152	DIREITO PREVIDENCIÁRIO Benefícios em Espécie Aposentadoria Especial (Art. 57/8)	NÃO	Julgou-se extinto o processo, sem resolução do mérito, a teor dos artigos 485, inciso VI, do Código de Processo Civil e 21, inciso IX, do Regimento Interno do Supremo.
6. ARE 770714	DIREITO ADMINISTRATIVO Militar Reajuste de Remuneração, Soldo, Proventos ou Pensão	NÃO	Negou-se seguimento ao RE.
7. RE 812112	DIREITO ADMINISTRATIVO Ensino Superior / Diplomas	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso, conforme o art. 21, § 1º, do RISTF.
8. ARE 814744	DIREITO ADMINISTRATIVO Responsabilidade da Administração	NÃO	Negou-se seguimento ao RE. Determinou-se a remessa dos autos ao Tribunal conforme art. 543-B do CPC.
9. RE 831034	DIREITO TRIBUTÁRIO   IPVA Crédito Tributário   Extinção do Crédito Tributário   Prescrição	NÃO	Negou-se seguimento ao RE, inexistência de repercussão geral.
10. RE 837739	DIREITO PREVIDENCIÁRIO RMI - Renda Mensal Inicial, Reajustes e Revisões Específicas Descontos dos benefícios	NÃO	Negou-se seguimento ao RE, inexistência de repercussão geral.
11. ARE 841112	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO Recurso   Preparo / Deserção	NÃO	Negou-se seguimento ao RE, inexistência de repercussão geral.
12. ARE 843091	DIREITO TRIBUTÁRIO   Responsabilidade tributária   ITBI	NÃO	Negou-se seguimento ao RE.
13. RE 847202	DIREITO ADMINISTRATIVO E PÚBLICO   Nomeação Servidor Público   Regime Estatutário	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso, de acordo com o art. 13, V, c, do RISTF.
14. ARE 849509	<b>DIREITO PREVIDENCIÁRIO</b>	NÃO	Negou-se seguimento ao RE.
15. ARE 856312	DIREITO ADMINISTRATIVO E PÚBLICO Atos Administrativos Improbidade Administrativa	NÃO	Negou-se seguimento ao RE, pedido de desistência do Recorrente.

16. ARE 863209	DIREITO DO CONSUMIDOR Nulidade / Contratos Bancários Alienação Fiduciária   Pagamento	NÃO	Negou-se seguimento ao RE.
17. ARE 876711	DIREITO PENAL Crimes Militares	NÃO	Negou-se seguimento ao RE.
18. ARE 896054	DIREITO PROCESSUAL PENAL Cerceamento de Defesa  Provas	NÃO	Negou-se seguimento ao RE.
19. ARE 899938	DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DO TRABALHO Liquidação / Cumprimento / Execução/ Suspensão e Extinção do Processo	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso. Determinou-se a remessa dos autos ao Tribunal conforme art. 543-B do CPC, por ser tema 109 da sistemática da repercussão geral.
20. ARE 904530	DIREITO PREVIDENCIÁRIO Abono de Permanência em Serviço (Art. 87) Aposentadoria Voluntária	NÃO	Negou-se provimento ao recurso que discute a impossibilidade de concessão do abono de permanência aos servidores públicos beneficiados por aposentadoria especial.
21. ARE 905118	DIREITO PROCESSUAL PENAL Pena Privativa de Liberdade Progressão de Regime	NÃO	Negou-se seguimento ao RE.
22. RE 911805	DIREITO ADMINISTRATIVO E PÚBLICO   Organização Político- administrativa / Administração Pública   Limitações ao Poder de Tributar   Imunidade	NÃO	Deu-se provimento ao recurso que discute se a antiga Rede Ferroviária Federal (RFFSA) se equiparava à Fazenda Pública e, portanto, gozaria ou não de imunidade tributária, reconhecendo-se a legitimidade da cobrança fiscal.
23. ARE 917872	DIREITO ADMINISTRATIVO E PÚBLICO   Servidor Público Adicional de Insalubridade e Adicional de Serviço Noturno	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso e devolveu-se os autos ao Tribunal de origem por ser tema 276 da sistemática da repercussão geral.
24. ARE 922779	DIREITO DO CONSUMIDOR Contratos   Planos de Saúde	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso. Determinou-se a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação com o art. 328 do RISTF.
25. ARE 923514	DIREITO ADMINISTRATIVO E PÚBLICO Indenização por Dano Material   Anistia Administrativa	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso, nos termos do art. 544, § 4º, I, do CPC.
26. ARE 924764	DIREITO ADMINISTRATIVO E PÚBLICO   Teto Salarial Irredutibilidade de Vencimentos Adicional por Tempo de Serviço	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso. Determinou-se a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação com o art. 328 do RISTF.
27. RE 926066	DIREITO PREVIDENCIÁRIO Benefícios em Espécie Disposições sobre Prestações Decadência/Prescrição	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso. Determinou-se a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação com o art. 328 do RISTF.
28. ARE 929620	DIREITO DO CONSUMIDOR e ADMINISTRATIVO   Dano Moral Responsabilidade do Fornecedor Improbidade Administrativa	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso, por ausência de repercussão geral das questões versadas neste recurso extraordinário.
29. ARE 972996	DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO PÚBLICO   Servidor Público Civil   Reajustes de Remuneração, Proventos ou Pensão   Índice da URV Lei 8.880/1994   Índice de 11,98%	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso, ausência de ofensa a preceito da Constituição da República, nos termos do art. 21, §1º, do RISTF.
30. ARE1003691	DIREITO DO CONSUMIDOR Telefonia/ Responsabilidade do Fornecedor/ Dano Moral Multa Cominatória / Astreintes	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso. Determinou-se a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação com o art. 328 do RISTF.
31. ARE1082447	DIREITO PREVIDENCIÁRIO Aposentadoria Tempo de Serviço (Art. 52/4) Averbação/Cômputo/ Conversão tempo de serviço especial	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso. Determinou-se a remessa dos autos ao Tribunal de origem para adequação ao disposto no artigo 1.036 do Código de Processo Civil, e o art. 328 do RISTF.
32. ARE1082534	DIREITO TRIBUTÁRIO   Impostos   IRPF/Imposto de Renda de Pessoa Física   Incidência sobre 1/3 de férias (art. 7º, XVII da CF)	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso, nos termos do art. 932, IV, b, do CPC e do art. 21, §1º, do RISTF. Corte assentou a ausência de repercussão geral da temática posta em juízo, por se tratar de matéria infraconstitucional.
33. ARE1116919	DIREITO ADMINISTRATIVO E PÚBLICO   Remuneração Adicional Horas Extras   Servidor Público	NÃO	Negou-se seguimento ao recurso. Verifica-se óbice jurídico intransponível ao processamento deste recurso: o caso é de incidência das Súmulas 280 e 282 do Supremo Tribunal Federal.

O julgamento de tema relevante proferido no ARE 904530 discute sobre a impossibilidade de concessão do direito de abono de permanência aos servidores públicos beneficiados por aposentadoria especial. Entretanto, a Corte do STF decidiu que a Constituição Federal não restringe a concessão do abono de permanência apenas aos servidores que cumprirem os requisitos necessários para a aposentadoria voluntária comum, tampouco veda tal benefício aos que se aposentam com fundamento no art. 40, § 4º, da CRFB/1988. Desta feita, a apreciação do recurso negou provimento do agravo, a favor do direito ao abono de permanência aos servidores públicos beneficiados por aposentadoria especial.

O julgamento do ARE 917872 versa sobre a antiga Rede Ferroviária Federal (RFFSA) e a (im)possibilidade de se equiparar a mencionada pessoa jurídica prestadora de serviço público com a Fazenda Pública pelo intuito de gozar de imunidade tributária. A parte recorrente alega violação ao art. 150, VI, a, da Carta e sustenta, em síntese, que a RFFSA operava sob a forma de sociedade de economia mista, possuindo personalidade jurídica de direito privado, com parte do capital aberto à particulares, e defende que o imóvel objeto da tributação, à época do lançamento, pertencia à extinta RFFSA, não podendo ser afastada a cobrança fiscal, por não reconhecer a imunidade tributária dada à União. A apreciação do recurso resultou no provimento do agravo a fim de legitimar a cobrança e negar reconhecimento a imunidade tributária.

Considerando os cerne das lides enfrentadas nos julgamentos de tema relevante: ARE 904530; ARE 917872; o deslinde das controvérsias não demandaram discussão atribulada de teor valorativo que reconheça *ratio decidendi* carregada de conteúdo moral. Portanto, é neutra a postura do STF quanto ao uso de conteúdos axiológicos nas mencionadas decisões judiciais. Isto pela natureza das lides atreladas aos julgamentos supra não apresentarem debate jurídico de caráter valorativo no campo moral.

Os julgamentos da ADI 4277 e da ADPF 132 versavam sobre a união estável de casais homoafetivos, mostraram-se com cerne de lide carregado de

moral que implicou fundamentos justificados com conteúdo valorativo e com sentido axiológico. A opinião pública se mostrou dividida em relação ao reconhecimento dos efeitos civis da união homoafetiva.

A declaração de inconstitucionalidade versava análise sobre possível contrariedade da união estável para casais do mesmo sexo e o art. 226, §3º da CRFB/1988, que dispõe: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Em julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as regras constitucionais que versam sobre a igualdade de direitos entre os cidadãos e a promoção do bem coletivo autorizam interpretação extensiva a parte do texto normativo que se refere a união estável como relação havida “entre homem e mulher”.

Nas razões deliberativas do acórdão em comento, apresentou-se argumentos eminentemente morais como norteadores do contexto justificativo que culminou na derrotabilidade do texto normativo na parte em que expressa “entre homem e mulher”, isto pelas razões seguintes: “ponderar que a homossexualidade constitui ‘fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros’. Cabendo lembrar que o ‘papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos”.

Desta feita, o STF demonstrou postura pragmática que promoveu a elasticidade da interpretação das normas constitucionais em nome da garantia da eficiência da decisão judicial, uma vez que conferiu legitimidade a relações entre pessoas do mesmo sexo, que não são reconhecidas como legais pelo legislador, mas são comportamento muito usual na sociedade.

O julgamento da ADPF 130, por sua vez, foi proferido com aprovação por maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal e considerou que a Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionada pela Constituição de 1988, por violar a causalidade entre liberdade de imprensa e democracia, a relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre, entendendo a imprensa

como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos, julgando a favor do pensamento livre conforme o apelo popular sobre o tema.

#### **4.6 OS LIMITES PARA A INSERÇÃO DE CONHECIMENTO INTERDISCIPLINAR NA DECISÃO JUDICIAL**

Convém lembrar que a presente proposta científica não visa criar nova Teoria Jurídica ao Direito, mas investigar as teorias jurídicas existentes de acordo com o que propõe para a aplicação do Direito, principalmente frente aos casos moralmente carregados.

A partir de tal ponto aceita-se que os argumentos interdisciplinares são fatores intrínsecos a decisão judicial. Para se utilizar de outras disciplinas na aplicação do direito, principalmente a moralidade política, é imperioso criar premissas limitadoras dos seus efeitos, para alcançar o ponto de equilíbrio entre aplicar a norma jurídica em resposta do caso jurídico em concreto e ouvir a opinião pública sem que esta seja o fator determinante da decisão judicial, porquanto.

Considera-se que a opinião pública não governa o julgador, mas um bom julgador considera o que diz a voz que vem da opinião pública para reconhecer os valores defensáveis que adentram a juridicidade.

Assim, a presente tese verbaliza a expressão limitar os argumentos interdisciplinares no sentido de procedimentalizar uma fonte jurídica que o juiz criativo da contemporaneidade não pode mais ignorar na teoria da decisão judicial: o argumento interdisciplinar no contexto de justificação da decisão judicial. Isto é, busca-se demarcar o conhecimento interdisciplinar e a moralidade política, porquanto são aceitos como fatores intrínsecos à aplicação do direito.

A realidade jurídica da prática jurisdicional atua com uso de argumentos morais, ainda que seja em menor escala, como argumento expresso na "*ratio decidendi*" da decisão judicial. Ou seja, mesmo que não apareça diretamente aplicado ao contexto da justificação, incidirá no contexto da

descoberta da decisão judicial<sup>593</sup>.

É possível afirmar o fato de que a transposição do conhecimento entre ciências distintas faz alinhar o julgador ao caminho da única resposta jurídica do caso em concreto, sem que isso represente a direta inobservância do princípio legal.

O conhecimento interdisciplinar como fonte jurídica não deve servir como meio de derrota do texto normativo, porquanto legalismo e justiça social não são estruturas antagônicas. É preciso unir os dois mundos e para isso se conquistou um ambiente que constitucionalizou o ordenamento jurídico. Os julgadores que se investem na função judicante alicerçados dos valores éticos, precisam desejar o mesmo objetivo sempre: aplicar o direito de acordo com a lei e pelo viés ético encontrar a justiça social, preocupados com os resultados da decisão na sociedade complexa contemporânea e na manutenção da segurança jurídica.

Assim, o intento original propositivo não é produzir nova teoria jurídica ao Direito, mas analisar como os conflitos que as diversas percepções deontológicas do Direito afetam a previsibilidade das decisões judiciais e a confiança no ordenamento jurídico.

Irremediável a percepção que hoje o Direito sofre fortes influências externas. Diferentemente das estruturas decisórias fechadas que se propunha a construir sob a rege do Positivismo Jurídico, o fracionamento da Filosofia do Direito pelas correntes pós-positivistas encontra em sua maioria, a visão da decisão judicial aberta para a Interdisciplinaridade.

A aplicação do Direito se constrói diante das particularidades do caso em concreto, conhecendo dos conteúdos externos ao Direito<sup>594</sup>. Ora, os estudos interdisciplinares possibilitam ressaltar as limitações que há no saber

---

<sup>593</sup> Os contextos de descoberta e justificação da decisão judicial foram tratados no capítulo 3 da presente tese.

<sup>594</sup> A “[...] economia, história, psicologia, epistemologia e empirismo quantitativo – guardem pouca relação umas com as outras. Veremos, contudo, que elas se sobrepõem e se misturam”, assim possibilitam compreender a possibilidade da teoria do direito como campo unificado da ciência social” In: POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XXVII.



profissional. Isto porque o treinamento e a experiência em Direito dão aos juristas um conjunto de ferramentas essencialmente casuísticas e uma percepção das doutrinas jurídicas, mas não as ferramentas de que necessitam para compreender as consequências sociais do Direito”<sup>595</sup>.

Assim, propõe-se limites para a invocação de argumentos interdisciplinares da Moralidade Política, com efeito sobre a Opinião Pública, enquanto critério de fundamento para construção das decisões jurídicas, com enfoque nas recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, considerando as pululadas críticas lançadas à judicialização da política e à derrotabilidade do texto normativo por argumentos externos.

As premissas que funcionam como limites para inserção dos argumentos interdisciplinares da Moralidade Política na decisão judicial são:

1. Primeira premissa é o respeito às competências dos poderes e a legalidade;
2. Segunda premissa é a desconstrução do ceticismo moral no cerne evocativo da deliberação judicial e a compreensão do papel criativo do juiz;
3. Terceira premissa é a deliberação sobre o contexto da descoberta integrado ao contexto da justificação na construção da decisão judicial;
4. Quarta premissa é a previsibilidade decisória e o dualismo teórico-jurídico entre positivismo e pós-positivismo jurídico
5. Quinta premissa é levar o ideal da ação comunicativa para a era tecnológica a fim de ser redescobrir a consciência política da sociedade e trazer efetividade a resposta ética;

Deste modo, passa-se a tratar de cada premissa proposta como limite ao alcance da prática deliberativa jurisdicional que alcance os interesses de justiça social sem resvalar na derrota da norma jurídica.

---

<sup>595</sup>POSNER, Richard Allen. Para além do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 95-96.

#### **4.6.1 O respeito às competências dos poderes**

O respeito às competências dos poderes é a primeira premissa, porquanto visa resguardar os Poderes da República com harmonia e independência entre si, obstaculizando o ativismo judicial e buscando o maior equilíbrio possível para a realidade tangível. Sem esquecer que o ambiente jurídico decorrente da jurisdição constitucional desponta na ascensão do Poder Judiciário.

Ora, a judicialização da política é consequência do cenário constitucional vigente. A constitucionalização de direitos já influi naturalmente na prática jurisdicional. Destarte, reconhecer o ambiente jurídico e diferenciar a judicialização da política e os casos de ativismo judicial retrata o caminho de respeito à competência dos poderes.

Pelas competências previstas na CRFB/1988 é possível regular a atuação dos poderes, especialmente do Órgão de Cúpula do Judiciário, que cumula funções. Assim, entende-se que a atuação dos poderes vai de acordo com o que as competências expressamente restringem.

Assim, a dinâmica dos poderes constata que a independência não é rígida. Por esta análise, pode-se afirmar que há cunho político na função julgante sem isso caracterize desrespeito as competências do poder executivo, assim como a atribuição de produzir súmulas dos Tribunais Constitucionais têm conotação de “fazer lei” sem que enseje desrespeito as competências do poder legislativo.

Considera-se democrático e legítimo ao Poder judiciário fazer julgamento das tutelas jurisdicionais e transpassar os rígidos limites de independência dos poderes para o fim de instrumentalizar o alcance constitucional, judicializando a política se necessário. O desequilíbrio de harmonia e independência na realidade jurídica brasileira é constatável, mas “apesar da constatação da existência de relações assimétricas e desarmônicas entre os Três Poderes do país, essa circunstância tem propiciado condições favoráveis para uma adequação criativa da democracia”, mesmo num cenário adverso, o uso criativo do Judiciário é o escape e confirmação da tradição da

cultura política do país, anuncia Pedro Manoel Abreu<sup>596</sup>.

O caráter político da função judicante não se confunde com exercício das competências atribuídas constitucionalmente aos poderes legislativo e executivo, tampouco com atividades político-partidária<sup>597</sup>. Ao contrário do ativismo judicial, a judicialização de políticas no Poder Judiciário brasileiro é favorável, pois pressupõem maior alcance do viés democrático e das garantias constitucionais. Exerce-se o aspecto criativo na atividade judicial<sup>598</sup> com respeito aos limites da competência expressamente disposta na Constituição.

Ademais, o texto normativo precisa ser respeitado para que haja segurança jurídica, a derrota da norma jurídica infringe as competências legislativas e executivas, é preciso respeitar o direito posto.

#### 4.6.2 O combate ao ceticismo moral

A Teoria do Direito, como produto artificial que é, tem passado ao longo da história por profundas transformações no ímpeto de fornecer respostas adequadas aos anseios sociais.

A moral é o *standard* representativo da interdisciplinaridade no Direito. Moral e Direito são duas ordens sociais reguladoras com o propósito de encontrar o bom convívio nas práticas de uma sociedade. As influências entre ambas são inegáveis em todos os contextos de Teorias Jurídicas.

Assim, a construção histórica que a Teoria do Direito sofreu através dos preceitos mistifórios do jusnaturalismo fez repercutir no tratamento

---

<sup>596</sup> ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2008. p. 486.

<sup>597</sup> “o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda”. In: DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 217.

<sup>598</sup> “o papel atribuído ao Judiciário exige dos juízes uma nova postura, desafiando-os a exercer seus poderes criativos à luz dos valores extraídos da Constituição. [...] Em síntese, esse novo e mais criativo juiz do qual se está a tratar, ou juiz dos novos tempos – que não nasce pronto e que, por isso mesmo, requer uma formação integral –, não é mais o juiz que apenas julga nem o juiz que só proclama a letra da lei, mas o juiz que administra, que gerencia, que se comunica, que busca inovações na tecnologia e, destacadamente, que é comprometido com a realidade”. In: JACOBSEN, Gilson; LAZZARI, João Batista. **Formação de magistrados: por que almejar cidades e juízes mais criativos?** In: Revista de Doutrina da 4ª Região. n. 74. v. 1. Porto Alegre: EMAGIS. Out. 2016.

impermeável dado a moral inicialmente pelo juspositivismo. Consequentemente, ocupou em segundo plano tratar da ingerência que os demais ramos da sabedoria atuam ao Direito, diante da discussão advinda primeiro da moralidade.

Ao se investigar qual a aceitação da moral nas teorias juspositivistas, notadamente percebe-se a evolução que a teoria jurídica vem se correlacionando com os aspectos axiológicos. O juspositivismo partiu do pensamento separatista, que visava o exclusivismo do Direito, caminhou para o argumento inclusivo de indiferença com a moral ou de contingência entre ambos, e adiante desenvolveu-se o novo pensamento de mera diferença entre os institutos. Neste interim, a lógica dos fatos permite ponderar que “gradativamente, os adeptos do Juspositivismo foram assimilando as críticas propostas pelos pós-positivistas, notadamente Ronald Dworkin, no sentido de admitir um estreitamento entre as esferas da Moral e do Direito”<sup>599</sup>.

As vertentes teóricas que se atribui como pós-positivismo jurídico concentram em grande parte a verdade por trás do ceticismo aos valores pela qual o positivismo jurídico trabalha a Ciência Jurídica<sup>600</sup>. Ao passo que atualmente a maior parte dos ordenamentos jurídicos recorrem a moralidade disposta através dos princípios para aplicar o direito, porquanto casos moralmente carregados pressupõe o uso da moralidade política para serem resolvidos.

O reconhecimento do Direito como válido não se desapega do juízo moral, pois é inescapável admitir que há relação entre o Direito e a Moral, e que a moral é essencial ao Direito. Assim, a realidade jurídica praticada pelos operadores do Direito só se opera diante desta relação, vincular a lei à moral é necessário para o funcionamento dos sistemas legais e para operá-los. O reconhecimento de uma realidade jurídica, como lei válida, não pode ser feito sem recorrer à moralidade, uma vez que a aceitação da regra do reconhecimento

---

<sup>599</sup> ZANON JR., Orlando Luiz. A desvinculação da tese das fontes sociais do argumento da separação entre moral e direito. p. 41. In **Revista Direito & Paz**. São Paulo: Lorena. 1º Semestre, 2018. Ano X. n. 38. p. 41-61.

<sup>600</sup> Concentradas em grande parte sob a insígnia imprecisa de “pós-positivismo”, essas reflexões teóricas recorreram curiosamente à moralidade dos princípios no esforço de alcançar uma resposta adequada ao ordenamento jurídico, desafiando o ceticismo que sociedades complexas nutrem acerca dos valores.” In: LEITÃO, Macell Cunha. Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) Série 8, Volume 1, pg. 74-84, janeiro-abril, 2016. P. 75.

do sistema (ao contrário do que Hart acreditava) implica necessariamente um julgamento moral. Ademais, julgamentos morais também são necessários para realizar as operações de produzir, aplicar e interpretar a lei. Portanto, uma teoria do direito verdadeiramente interessante, que visa servir à prática, não pode se limitar a descrever a lei a partir do exterior, mas deve assumir, pelo menos em certa medida, uma perspectiva interna ou hermenêutica<sup>601</sup>.

A objetividade moral limita a indeterminação inerente à interpretação do direito pois indica a relevância que a busca pela verdade exerce na enunciação responsável de opiniões morais. Dessa forma, os limites ao poder de decisão dos juízes podem ser pensados pela consciência conjunta de entender a crítica ao ceticismo aos valores e ao mesmo tempo em que se reconhece o valor do ceticismo –, praticamente a fixação na mente sobre o porquê do ceticismo moral ter sido concebido, dando sentido à responsabilidade que todos temos, juristas e cidadãos, enquanto sujeitos de nosso direito. Ora, “o pedido moral de responsabilidade aos juízes deve incluir a busca pela melhor resposta de tal forma que suas convicções morais pessoais sobre as exigências de uma decisão correta nutram especial deferência pelo conteúdo ético selecionado no debate público”<sup>602</sup>.

As conquistas advindas do valor do ceticismo moral são importantes na batalha ao decisionismo, mas hoje combate ao ceticismo moral visa nutrir a busca ética em reflexivos debates públicos promovíveis em uma

---

<sup>601</sup> “Pues bien, si prescindimos de la cuestión terminológica, lo que queda es la necesidad de vincular el Derecho con la moral, si se quiere comprender (no sólo describir o explicar externamente) el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos y operar en ellos. El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido, no puede hacerse sin recurrir a la moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (a diferencia de lo que opinaba Hart) implica necesariamente em un juicio moral. Y los juicios morales son también necesarios para llevar a cabo las operaciones de producir, aplicar e interpretar el Derecho. Además, una teoría del Derecho verdaderamente interesante, que pretenda servir para la práctica, no puede limitarse a describir el Derecho desde fuera, sino que tiene que asumir, al menos hasta cierto punto, una perspectiva interna o hermenéutica”. In: ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 6 ed. Barcelona: Ariel, 2010. p. 112-113.

<sup>602</sup> “tal ideia exerce uma verdadeira coerção interna nos intérpretes que –associada ao dever de justificação argumentativa das decisões – contribui no controle da arbitrariedade mesmo no contexto de sociedades complexas. Por fim, procurando pensar a teoria e a filosofia do direito a partir da realidade jurídica do Brasil, defendi o posicionamento de que aceitar o papel dos valores na interpretação jurídica não implica a defesa *in totum* da tese de uma leitura moral do direito, na medida em que o ceticismo é, ele mesmo, um valor essencial ao direito moderno. Ceticismo aqui entendido como a atitude de reconhecimento de valores oriundos de outras visões de mundo”. In: LEITÃO, Macell Cunha. Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) Série 8, Volume 1, pg. 74-84, janeiro-abril, 2016. p. 83.

sociedade política que seja crítica e consciente politicamente. A consecução da ética e a busca da única resposta jurídica adequada são alvos pertinentes ao julgador na construção da decisão judicial dos casos moralmente carregados.

#### **4.6.3 A integração do contexto da descoberta e a da justificação na construção deliberativa**

O julgador se muni da competência para exercer a função judicante e é notória sua consciência sobre o ambiente jurídico que propicia a decisão judicial no atual meio de jurisdição constitucional, esfera antecedente ao caso em concreto. Dentro da função jurígena, o julgador constrói suas convicções sobre o que é Direito e o que Direito objeta, que o formam como intérprete jurídico. A figura do julgador defronte ao problema fático-jurídico o coloca na posição de análise para aplicar o direito, e como o julgador toma a decisão depende de sua descoberta sobre o caso e a justificação que formula como solução para a decisão judicial.

A decisão judicial se formula pela descoberta do direito aplicável ao caso em concreto. Nasce a resposta jurídica quando o julgador se convence a favor ou contra a demanda propositiva, descobrindo qual determinação tomar sobre o resultado decisório. Tal processo advém do escrutínio da mente em buscar pela solução e se exterioriza quando o julgador justifica seus fundamentos jurídicos na decisão, este são os contextos da descoberta e da justificação decisória.

Pela vertente do juspositivismo, a descoberta do direito desponta em determinar a norma geral a ser aplicada ao caso em concreto, subsumindo o caso fático na moldura normativa e justificando os fundamentos jurídicos a partir deste processo silogístico<sup>603</sup>. No final, o que interessa ao positivismo jurídico é a

---

<sup>603</sup> “Uma decisão judicial não tem, como por vezes se supõe, um simples carácter declaratório. O juiz não tem simplesmente de descobrir e declarar um direito já de antemão firme e acabado, cuja produção já foi concluída. A função do tribunal não é simples ‘descoberta’ do Direito ou ‘jurisdição’ (‘declaração’ do Direito) neste sentido declaratório. A descoberta do Direito consiste apenas na determinação da norma geral a aplicar ao caso concreto. E mesmo esta determinação não tem um carácter simplesmente declarativo, mas um carácter constitutivo. O tribunal que tem de aplicar as normas gerais vigentes de uma ordem jurídica a um caso concreto precisa de decidir a questão da constitucionalidade da norma que vai aplicar, quer dizer: se ela foi produzida segundo o processo prescrito pela Constituição ou por via de

justificação exposta como razões decisórias feita mediante escolhas razoáveis a convencer da verdade<sup>604</sup>.

Neste contexto, os defensores da corrente juspositivista sustentam que a integridade da deliberação judicial se incumbe através da justificação expressa no corpo dos fundamentos jurídicos, razão pela qual os motivos pelos quais o julgador descobre a decisão judicial são irrelevantes à dogmática jurídica. Isto pois a validade da decisão judicial é verificável através da justificação proposta como argumentação, e não da descoberta da resposta jurídica que ocorre no escrutínio da mente<sup>605</sup>. “Não se trata apenas de uma perspectiva que não valoriza os elementos psicológicos da decisão, mas de uma concepção voltada justamente a proporcionar julgamentos blindados contra esses elementos, cuja única função teórica passa a ser a de um obstáculo a ser superado”, isto porque ao concentrar a legitimidade das decisões no contexto da justificação, separa-se a aplicação do direito das características pessoais do julgador presentes no contexto da descoberta. O modelo separatista do positivismo jurídico apenas reconhece as razões objetivamente apontadas na decisão, adequadas aos mandamentos legais<sup>606</sup>.

---

costume que a mesma Constituição delegue.” In: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 166.

<sup>604</sup> No campo das relações humanas, as discussões se dão em torno de convencer interlocutores. Não há verdades apodíticas, mas escolhas razoáveis, que são aquelas que podem ser racionalmente justificadas logrando a adesão do auditório. In: SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 01a ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2002, p. 89-90.

<sup>605</sup> “Cabe ressaltar que os defensores do positivismo, de uma teoria da interpretação ou de uma teoria da argumentação não negam a possibilidade de abordagens científicas voltadas a compreender a psicologia da decisão. Eles simplesmente indicam que esses elementos causais não têm relevância dogmática: para o discurso jurídico, pouco importam os motivos pelos quais uma determinada autoridade enunciou uma decisão, visto que a questão jurídica fundamental (a validade da decisão) é independente dos motivos que influenciaram a decisão. [...] ‘às vezes, acontece que o juiz, ao formar a sentença, inverte a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justificá-la.’ Tal percepção, inclusive, permitiu que teóricos vinculados a essa concepção dividissem a atividade decisória em dois ‘contextos’: o ‘contexto da descoberta’, que indica o momento em que o julgador descobre a decisão que considera intuitivamente mais adequada, e o ‘contexto da justificação’, em que ele apresenta publicamente um discurso jurídico voltado a justificar sua decisão intuitiva.” In: HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 277. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

<sup>606</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 274-275. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

Apesar do propositado esquecimento em estudar o contexto da descoberta, é o ‘misterioso’ processo cognitivo desenvolvido na mente de julgador que protagoniza as nuances da decisão judicial. As interfaces da Psicologia com o Direito precisam novamente complementar a teoria da decisão judicial, os contextos descoberta e justificação não podem mais serem tratados como contextos opositivos, mas sim integrados<sup>607</sup>.

Independente da corrente de teoria jurídica que admite o julgador, adotar uma teoria da interpretação que leve em conta os elementos psicológicos envolvidos no processo decisório “significa levar em conta uma gama de fatores que vinha sendo deixada de lado nos debates jurídico-filosóficos, analisando não só a força dos argumentos por si”<sup>608</sup>. Não representa ceder a aspectos irracionais da mente judicial. Pelo contrário, desconsiderar o ceticismo que envolve o tema, analisar as formulações da descoberta e trabalhar a teoria da decisão que envolva a processo deliberativo na mente do julgador permite diminuir o subjetivismo que vela o assunto.

Independente da Teoria Jurídica admitida pelo julgador, quando defronte ao problema jurídico em concreto, não há que teorizar a decisão judicial apenas no contexto da justificação, considerando que o julgador descobre a resposta e depois justifica as razões decisórias, tratar dos dois contextos como opositivos ou ignorar o contexto da descoberta apenas aumenta a ação do julgador em articular sua argumentação a favor do seu raciocínio intuitivo primário, sem um viés ético, apenas moral.

Estudos da psicologia cognitiva apontam que dentro da mente humana, qualquer decisão é tomada por intuição dentro dos valores da

---

<sup>607</sup> “Assim, justificação e descoberta são duas faces da mesma moeda, e a separação desses dois elementos é tão artificial e improdutiva quanto a desacreditada distinção entre interpretação e aplicação do Direito. Com isso, permite-se deslocar a discussão, hoje concentrada apenas nos métodos mais ou menos adequados para a justificação “racional” de uma decisão, e, sem retirar a importância dispensada à esfera discursiva, incorporar a ela o caráter inevitavelmente político-estratégico da atividade judicante.” In: HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 290. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

<sup>608</sup> HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão**: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 290. In: R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.



moralidade privada. Depois é que a mente humana perpassa por um trabalhoso processo deliberativo para argumentar contrapostos e amoldar a decisão além das particularidades intuitivas individuais. A mente do julgador idôneo não foge da regra de falibilidade humana. Assim, o julgador que toma ciência da 'sabotagem' que o próprio processo mental pode gerar no julgamento, que retira de sobre si a crença de heroísmo infalível, e que institucionalmente recebe cursos de aperfeiçoamento e estrutura institucional para lidar com tais pressupostos inerentes a mente, conseguirá raciocinar e produzir resultados com pretensão corretiva de responder ao múnus da função judicante que o legitima a descobrir a decisão judicial com alteridade, ética e integridade decisória. O modelo sócio-intuicionista de descoberta da decisão judicial e a postura cognitiva que transpassa todas as etapas do raciocínio só é hábil a se produzir quando se torna consciente ao indivíduo, quando este entende como funciona sua mente.

Quando se constrói a ideia de descoberta e justificação da decisão judicial conjuntamente, ambas se articulam de forma dinâmica, assim, o processo de descoberta inclui a necessidade de justificação e faz com que o julgador precise exercer seu próprio convencimento sobre a integridade das razões que apresenta, argumentando à si mesmo de que a escolha que intuiu faz sentido ao Direito.

A construção da decisão judicial pelo uso dinâmicos dos contextos da descoberta e da justificação produzirá julgamento que alavanque todos os critérios presentes nos fatores intrínsecos: a decisão judicial justa, correta, íntegra, razoável, e com alteridade.

Desta forma, o processo deliberativo condicionado em buscar a ética dos valores da sociedade poderá levar o julgador pelo contexto da descoberta da decisão judicial além de seus pressupostos intuitivos, a fim de formar justificação com argumentos jurídicos passíveis de maior aceitabilidade pela opinião pública.

#### **4.6.4 A previsibilidade decisória e o dualismo teórico-jurídico entre positivismo e pós-positivismo jurídico**

Considerando a análise do dualismo entre Positivismo e Pós-positivismo e a conseqüente Interdisciplinaridade do Direito advindo da crise do Direito Unidimensional, a problemática jurídica encaminha o estudo ao conseqüente discurso sobre a decisão judicial. “Assim como a prática jurídico-constitucional condiciona a sua reconstrução jurídico-dogmática e jurídico-teórica, esta influencia aquela, sendo fundamental para o seu aprimoramento”, considera Marcelo Neves<sup>609</sup>.

A descaracterização do Direito pela visão unidimensional tem crescido a ponto de que os tribunais brasileiros têm aplicado a teoria jurídica de maneira variada, ora se utilizam das vertentes clássicas do positivismo jurídico em Kelsen e Hart, ora se utilizam de preceitos pós-positivistas, como Ronald Dworkin, Robert Alexy, entre outros. Assim, o dualismo entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo jurídico é constatável na prática do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Ainda que não constitua problema apenas de natureza intrínseca, cada ordenamento jurídico haverá de mitigar a volatilidade de suas decisões judiciais e trazer maior segurança jurídica se a Teoria do Direito for pensada estritamente para as necessidades do contexto sócio-político que constrói o sistema jurídico, buscando em que lugar do dualismo se encontra o ordenamento jurídico interno.

O pós-positivismo não carrega o ímpeto de desconstruir os avanços relativos ao ordenamento positivo<sup>610</sup>, mas veio para desconstruir o pensamento convencional sobre o Direito e a formação da decisão judicial, isto porque busca reintegrar os ideais de justiça e legitimidade ao processo deliberativo<sup>611</sup>.

---

<sup>609</sup> NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. p. 202.

<sup>610</sup> “O discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples do jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva In: BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional”. Brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 225. P. 5-37, Jul. –Set., 2001.

<sup>611</sup> “O pós-positivismo não surge com o ímpeto de desconstrução, mas com uma desconstrução do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as ideias de justiça e legitimidade”. In: BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional

Pela perspectiva dos países que aderiram ao constitucionalismo contemporâneo, como se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro e espanhol, a inserção de valores, princípios e a constitucionalização de direitos levam o julgador a considerar adequada teoria jurídica que responda deontologicamente o Direito como aberto à Moralidade Política.

Ora, a CRFB/1988 consiste em carta constitucional de caráter aberto porquanto expõe rol exemplificativo de direitos e garantias que não excluem outros provenientes dos princípios adotados, bem como de tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. “A importância dessa concepção repousa no fato de que as Constituições não conseguem acompanhar as mudanças econômicas, políticas, tecnológicas e sociais porque têm passado a sociedade”, a abertura constitucional possibilita a sua própria adequação à realidade social, observa, observam José L.B. Moraes e Valéria R. M. Nascimento<sup>612</sup>.

Neste norte, há que verificar o paradigma pós-positivista mais válido a realidade contemporânea das sociedades complexas e a premissa de diminuir o dualismo pelo qual a prática deliberativa jurisdicional enfrenta nos tribunais é premissa a consecução da previsibilidade das decisões judiciais e a favor da segurança jurídica.

Assim, curial se faz construir posição que assente teoria jurídica que se coadune em efetivar a aplicação do direito com os valores axiológicos constitucionais perfeitos a cada ordenamento jurídico, amoldando a realidade ética de cada sociedade.

#### **4.6.5 O investimento tecnológico na ação comunicativa sobre consciência política e em aferição aos postulados da ética nacional**

A ação comunicativa ainda é o caminho para estabelecer o diálogo social e formar um cenário de reflexão crítica na sociedade complexa, a fim de

---

Brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 225. P. 5-37, Jul. –Set., 2001. P. 30

<sup>612</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes.

**Constitucionalismo e Cidadania- Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

estabelecer as diretrizes para o resgate à consciência política e de cidadania para a sociedade.

Pela teoria de Habermas, a ação comunicativa ocorre quando as ações dos agentes envolvidos são coordenadas, não através de cálculos egocêntricos de sucesso, mas através de atos à consecução do entendimento, de estabelecer o diálogo. Na ação comunicativa, os participantes não estão orientados primeiramente para o seu próprio sucesso individual, eles buscam seus objetivos individuais respeitando a condição de que podem harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação. Assim, a negociação da definição de situação é um elemento essencial do complemento interpretativo requerido pela ação comunicativa<sup>613</sup>.

O imaginário social se forma por um conjunto de imagens e ideais que desejam ser aprendidas e reproduzidas no corpo social, dando origem a representações jurídicas, assim, as representações jurídicas são a manifestação cognitiva que venha expressar sentimento ou a ideia da norma desejável<sup>614</sup>. Nota-se que o imaginário social ganha valor quando se enraíza da opinião pública para fomentar os valores sociais como critério ético dentro da juridicidade. Afinal, “a compreensão de Constituição não deve se dar num espaço vazio, atemporal, justamente porque é o resultado das experiências históricas que se renovam”<sup>615</sup>.

Assim, a racionalidade comunicativa não consiste na relação de sujeito solitário com algo no mundo objetivo que pode ser representado e manipulado. A razão maior advém da comunicação existente na relação intersubjetiva, em que sujeitos falam e atuam, na relação de sujeitos que assumem o entendimento entre si, sobre algo. Na busca pela ação comunicativa os atores se movem por meio de uma linguagem natural, valendo-se de interpretações culturalmente transmitidas e se referem a ideias aplicáveis ao

---

<sup>613</sup> Habermas, Jürgen (1984). **The theory of communicative action**. Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston, Beacon Press. p. 285 - 286.

<sup>614</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 50, 85 e 98.

<sup>615</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania- Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 28.

mundo objetivo, ao mundo social comum e também ao seu próprio mundo subjetivo<sup>616</sup>.

A eticidade ganha fator de preponderância quando a ação comunicativa dentro da sociedade consegue formar um diálogo sincero e verdadeiro que busca refletir criticamente a favor do crescimento da nação e as aspirações sociais formam a memória social que legitima a ação do julgador. A memória social se forma pela conservação no sentimento coletivo de impressões e experiências sociais que vão influir na formação da consciência jurídica da sociedade e das representações jurídicas<sup>617</sup>.

O julgador precisa ter um espaço público além da mídia pelo qual ele possa avaliar os padrões morais que são valiosos para a sociedade e legitimar como padrão ético a ser protegido pelo Direito.

A aplicação do Direito se constrói diante das particularidades do caso em concreto, articulando conhecimentos de conteúdos interdisciplinares ao Direito<sup>618</sup>. Ora, os estudos interdisciplinares ajudam a solucionar as limitações que há no saber profissional. Isto porque o treinamento e a experiência em Direito dão aos juristas um conjunto de ferramentas essencialmente casuísticas e a percepção das doutrinas jurídicas, mas não as ferramentas de que necessitam para compreender as consequências sociais do Direito<sup>619</sup>, bem como a celeridade que os mecanismos tecnológicos podem favorecer na construção da decisão judicial. Isto sem inibir o controle do julgador (*human-in-command*). Atualmente,

tem havido progressos significativos no domínio da Inteligência Artificial estrita, em particular devido ao crescimento da capacidade de processamento informático (*computer processing power*), à disponibilidade de grandes

---

<sup>616</sup> Habermas, Jurgen (1984). **The theory of communicative action**. Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston, Beacon Press. p. 392

<sup>617</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 64.

<sup>618</sup> A “[...] economia, história, psicologia, epistemologia e empirismo quantitativo – guardem pouca relação umas com as outras. Veremos, contudo, que elas se sobrepõem e se misturam”, assim possibilitam compreender a possibilidade da teoria do direito como campo unificado da ciência social” In: POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. XXVII.

<sup>619</sup> POSNER, Richard Allen. Para além do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 95-96.

volumes de dados e ao desenvolvimento da aprendizagem automática (*machine learning*). A aprendizagem automática consiste na capacidade dos algoritmos de aprenderem sozinhos tarefas específicas sem serem programados para tal. Este método consiste no processamento de dados de teste, com base nos quais o algoritmo aprende a reconhecer padrões e a estabelecer regras. A aprendizagem profunda (*deep learning*), um tipo de aprendizagem automática, utiliza estruturas («redes neuronais») baseadas, em traços gerais, no cérebro humano e que desenvolvem a aprendizagem através da prática e do retorno de informação. Como resultado destes progressos, os sistemas de Inteligência Artificial (através de algoritmos) são agora capazes de ser autónomos e adaptáveis e de aprender sozinhos<sup>620</sup>.

Na era da inteligência artificial, a informação pode ser instrumento de consecução de tais objetivos. É a ação comunicativa mediante a informação replicada tecnologicamente que aproxima o julgador da sociedade e por instrumentos sérios de avaliação, pode fazer o julgador compreender os caminhos da função judicante.

Nos últimos tempos houve o aumento exponencial do mercado de Inteligência Artificial, o principal foco da investigação e do desenvolvimento da Inteligência Artificial é o raciocínio, a aquisição de conhecimentos, o planeamento, a comunicação e a percepção visual, auditiva e sensorial, permitindo-se desenvolver variadas aplicações, como: assistentes virtuais, veículos autónomos, agregação automática de notícias, reconhecimento de voz, programas de tradução, programas de conversão de texto em discurso, transações financeiras automatizadas, detecção eletrónica no domínio da investigação judicial (*e-discovery*), etc. Hoje “a dimensão do mercado da IA eleva-se a cerca de 664 milhões de dólares e deverá atingir os 38,8 mil milhões de dólares até 2025”<sup>621</sup>.

Destarte, frente ao fenómeno crescente, serão os investimentos governamentais que possibilitarão trazer um produto lucrativo da iniciativa

---

<sup>620</sup> CESE, Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Inteligência artificial - Impacto no mercado único (digital), na produção, no consumo, no emprego e na sociedade. Bruxelas: Jornal oficial da União Europeia. 2017.

<sup>621</sup> CESE, Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Inteligência artificial - Impacto no mercado único (digital), na produção, no consumo, no emprego e na sociedade. Bruxelas: Jornal oficial da União Europeia. 2017.

privada para otimizar o serviço público e beneficiar a sociedade. A democracia participativa, a concepção da ética nacional, e a consecução de um diálogo prático entre a sociedade e o julgador, até então postulados utópicos, poderão ser operacionalizados através de tais mecanismos tecnológicos.

No Brasil, 92% dos lares têm celular, enquanto apenas 66% têm esgoto tratado, os dados mais recentes da Pnad Contínua, divulgados pelo IBGE, mostram que o acesso à tecnologia móvel avança mais rápido do que a universalização do saneamento básico. Em 2016, enquanto 92,3% ou 63,8 milhões dos lares brasileiros tinham pelo menos um morador com telefone celular, apenas 66% ou 45,6 milhões de famílias tinham sua rede geral ou fossa ligada à rede, ou seja, contavam com tratamento de esgoto<sup>622</sup>.

Diante do grande acesso populacional aos dispositivos móveis, o Direito precisa trabalhar com a tecnologia para ganhar eficiência e instrumentalizar o julgador a ponto de que este reconheça os valores axiológicos relevantes a sociedade e tenha meios de discernir qual é o discurso que transparece a opinião pública. Aplicativos de celular são de uso pessoal e podem ser criados a partir do governo para que o cidadão auxilie e participe das questões políticas. O diálogo entre a sociedade e os poderes públicos precisa ser aproximado, inibindo atos corruptíveis dos representantes dos poderes e prestando contas à sociedade sobre as ações do aparelho estatal, em contrapartida, a postura do cidadão precisa ser participativa, consciente, reflexiva sobre o mundo que o cerca, resgatando a consciência política e jurídica como dever de cidadania.

A ação comunicativa fala de mudança do paradigma social, para que a teoria da comunicação torne possível um retorno à tarefa que foi interrompida com a crítica da razão instrumental; e isto nos permitirá retomar as tarefas, desde então negligenciadas, de uma teoria crítica da sociedade<sup>623</sup>. Deste modo que se alcança espaço público para sociedade complexa da contemporaneidade, a fim

---

<sup>622</sup> O GLOBO. **No Brasil, 92% dos lares têm celular, mas apenas 66% têm esgoto tratado.** São Paulo: O globo. 2017. Disponível <<https://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/11/no-brasil-92-dos-lares-tem-celular-mas-apenas-66-tem-esgoto-tratado.html>>. Acesso 2019.

<sup>623</sup> Habermas, Jürgen (1984). **The theory of communicative action.** Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston, Beacon Press p. 386

de que a consciência política jurídica seja alimentada.

A consciência jurídica trata de aspectos da consciência coletiva que se apresentam como produto cultural de um amplo processo de experiências sociais e de influência de discursos éticos, religiosos, etc., assimilados e compartilhados. Dela advém a capacidade individual e coletiva de arbitramento dos valores jurídicos como um conjunto de sentimentos éticos e de ideais aplicados à vida jurídica<sup>624</sup>.

As melhorias de esperança do futuro só se concretizam a partir de reflexões sobre a trajetória perpetrada, para direcionar a humanidade a favor dos objetivos coletivos, na busca dos valores e da ética.

A tarefa que se coloca então é a reconquista das estruturas simbólicas do mundo da vida (cultura, sociedade e pessoa) pelos mecanismos que coordenam a ação através da busca do entendimento. Somente pela racionalidade comunicativa refletida numa compreensão das consequências provenientes da modernidade, oferece uma lógica interna para resistir contra a colonização do mundo da vida pela dinâmica interna de sistemas autônomos<sup>625</sup>.

O investimento tecnológico, mediante aplicativos de análise e informação, com foco em propagar ação comunicativa sobre a consciência política e em aferição aos postulados da ética nacional é premissa que visa compreender a opinião pública. Isto porque recursos tecnológicos podem hoje criar um espaço público para a manifestação e avaliar o que a sociedade pensa e acredita, a fim de fortalecer a cultura, conscientizar sobre os valores éticos previstos na constituição.

---

<sup>624</sup> MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000. p. 23.

<sup>625</sup> Habermas, Jurgen. (1987). **The theory of communicative action**. Vol. 2. Lifeworld and system: A critique of functionalist reason. Boston, Beacon Press. p. 333.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão do percurso reflexivo proposto pelos objetivos científicos da presente pesquisa, curial ressaltar que não foi objetivo de estudo propor novas teorias sobre situações distantes da realidade observável, mas sim apresentar proposições sobre um ponto crítico na realidade do mundo jurídico.

O esforço da presente tese de doutorado foi analisar teoricamente a discussão que envolve o Direito e sua relação com as demais disciplinas, principalmente as conexões com a Moral. Para tanto, a temática desenvolveu-se sobre a “Interdisciplinaridade do Direito com enfoque na Moralidade Política como fundamento da Decisão Judicial: a opinião pública nas decisões de tema relevante do STF”

Os **problemas** orientadores da pesquisa foram: a) quais os reflexos do dualismo entre Positivismo e Pós-positivismo na prática jurisdicional? b) as decisões judiciais possuem, em alguma medida, o condão de responder à opinião pública para a legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional? c) os fatores socioeconômicos vigentes no séc. XXI geram diferença entre a opinião pública e a opinião publicada? d) a invocação de argumentos interdisciplinares de Moralidade Política, especialmente os decorrentes da Opinião Pública, como critérios de fundamentação de decisões jurídicas resvalam na derrotabilidade do texto normativo? e) é possível propor limites ao uso de conhecimento interdisciplinar como critérios de fundamentação de decisões jurídicas para garantir a previsibilidade decisória?

A perspectiva de compreender o processo filosófico jurídico que desencadeia os problemas indicados permitiu expectar os efeitos futuros, bem como de seus anseios na teoria da decisão judicial, isto a fim de barrar inserções maléficas à segurança jurídica do ordenamento.

Para a resolução dos problemas, suscitou-se a construção da seguinte **hipótese**<sup>626</sup>: supõe-se que as decisões judiciais sofrem ingerências da

---

<sup>626</sup> Define PASOLD como a “[...] suposição [...] que o investigador tem quanto ao tema escolhido e ao equacionamento do problema apresentado”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica**: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito. 2003. p. 138.

opinião pública e da opinião publicada, – considerando-se que há diferença entre o apelo popular e o apelo midiático, – influenciando em alguma medida na construção da decisão judicial, entretanto, a legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional independem de responder aos apelos da opinião popular. Deste modo, é possível que construir limites para a invocação de argumentos interdisciplinares de Moralidade Política, especialmente os decorrentes da Opinião Pública, permite a legítima aplicação como critérios de fundamentação de decisões jurídicas sem que haja a derrotabilidade do texto normativo.

Não se desconhece a longa tradição de estudos em discussão sobre a relação entre Direito e Moral, porém a originalidade da tese proveio do enfoque delimitado como referente, que buscou: a) enquadramento no cenário atual de dualidade Positivismo Jurídico e Pós-positivismo Jurídico; b) análise de todas as decisões judiciais julgadas pelo STF com selo de “tema relevante”; c) ao cotejo de exemplo comparativo com a jurisprudência espanhola; e por fim, d) abordagem da moralidade política como conhecimento interdisciplinar aplicável na atividade jurisdicional.

A Espanha e o Brasil não possuem estudos científicos, específicos do fenômeno, que se proponham a observar as consequências diretas e tecer limites ao uso de tais instrumentos na fundamentação decisória. A partir de estudo comparativo com o ordenamento jurídico espanhol, o objetivo de tese foi propor limites para a invocação de argumentos interdisciplinares de Moralidade Política, especialmente os decorrentes da Opinião Pública, como critérios de fundamentação de decisões jurídicas, especificamente nas decisões do Supremo Tribunal Federal de tema relevante, assim identificados pela forte repercussão na sociedade e nos meios de comunicação.

Para lograr os objetivos pretendidos, a tese se constituiu de **quatro capítulos**. O **Primeiro Capítulo**, intitulado “A CRISE DO DIREITO UNIDIMENSIONAL” buscou-se análise sobre a Teoria do Direito e a dualidade do Positivismo Jurídico e o Pós-positivismo, a fim de construir estudo que reflita sobre a crise do Direito Unidimensional. A temática se desenvolveu em quatro partes. A **primeira parte do primeiro capítulo** (1.1) discorreu sobre

Constitucionalismo, Democracia e as interações com a Filosofia do Direito e possuiu propensões propedêuticas de compreender o contexto de Teoria Política em que a Filosofia do Direito se desenvolveu, uma vez que os processos políticos e jurídicos fortemente se interconectam em sua complexa construção dialético-evolutiva.

Reputa-se que o constitucionalismo contemporâneo traz consigo a transformação do papel da constituição dentro de um Estado, que de carta constitucional que sistematiza o governo, torna-se texto normativo que forma os pilares do Direito. O constitucionalismo contemporâneo agregou valores como os limites dos poderes, as garantias individuais, a democracia, pela firme proposta de alcançar a justiça em nossa sociedade e responder às demandas dos direitos humanos em cada Estado.

Antes a constituição consistia apenas na carta política, hoje a constituição se apresenta no centro do ordenamento jurídico. A jurisdição constitucional se designa pelo poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público em geral e, ainda, na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a constituição.

A separação dos poderes, o *judicial review*, o controle de constitucionalidade, a constitucionalização de rol extensivo de direitos, todos insurgentes na CRFB/1988, geram a ascensão do Poder Judiciário e a legitimidade democrática da função judicante como agente político, a fim de proteger a democracia constitucional.

Adiante, a **segunda parte do primeiro capítulo** (1.2) adentrou na Filosofia do Direito e, para tanto, discorreu sobre o desenvolvimento até a construção do paradigma juspositivista.

Conceitualmente, o jusnaturalismo abarca dois ideais bases em sua construção teórica, primeiro, consiste em tese de filosofia ética que sustenta a premissa de existirem princípios morais e de justiça universalmente válidos e compreensíveis à razão humana, e segundo, trata-se de tese que define o direito pelo sentido que o sistema normativo ou uma norma não podem ser

considerados como 'jurídicos' caso contradigam os princípios morais e de justiça universalmente aceites pela razão humana<sup>627</sup>. O subjetivismo em firmar os valores morais universalmente válidos decorrente do modelo jusnaturalista é o motivo maior de sua decadência.

A codificação é o pressuposto de abandono do jusnaturalismo, o que antes era uma tese para compor análise sobre os costumes, tradições, passa a tomar corpo de direito positivo. O Positivismo Jurídico consiste em postura científica que se solidifica decisivamente na segunda metade do século XIX e na primeira metade do XX.

Nas diversas tradições que são adjetivadas como positivistas, são elementos determinantes para a construção de cada um destes âmbitos do positivismo jurídico: o problema do conceito de direito; a questão da relação entre Direito e Moral; e a análise do direito com relação ao seu objeto de estudo.

Kelsen<sup>628</sup>, através da teoria pura de direito, purifica o Direito de qualquer fator extrajurídico do seu objeto puro de análise. Separa-se o Direito de fatores de carácter moral, ético, político, metafísico, religioso ou de cunho científico. A atribuição do Direito como conjunto somente de regras, excluindo-se os princípios, configura o positivismo jurídico excludente<sup>629</sup>.

Hart<sup>630</sup> também propõe a separação entre Direito e Moral, mas reconhece que a Moral recebe ingerências do Direito, assim como o Direito recebe a interferência da Moral que é compartilhada pelos legisladores e juízes, portanto, tal abrandamento da teoria juspositivista se denominou positivismo jurídico brando ou flexível, ou ainda, o positivismo jurídico includente ou

---

<sup>627</sup> NINO, Carlos Santiago. Colección Mayor Filosofía y Derecho. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2003. p. 27-28.

<sup>628</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: WMF Martins Fontes, 1998. p. 01.

<sup>629</sup> “[...] positivismo excluyente: (1) Tesis de la fuentes del derecho: la existencia y el contenido del derecho de una determinada sociedad dependen únicamente de un conjunto de hechos sociales que pueden ser descritos sin recurrir a la moralidad. (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación de la moralidad de determinadas normas no es nunca codición de su validez jurídica. (3) Tesis de los límites del derecho o tesis de la discreción judicial: cuando el derecho apela a la moralidad concede a los jueces discreción para decidir los casos”. RODENAS CALATAYUD, Ángeles. **Lineamentos Metodológicos para la investigación jurídica n.º 3: la investigación en filosofía del derecho**.

<sup>630</sup> HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 228-229.

inclusivo<sup>631</sup>. Dos assentes clássicos do Positivismo Jurídico decorre a visão do Direito Unidimensional, em perspectiva do direito posto, ou seja, pela dimensão una do texto normativo na aplicação do direito mediante as práticas jurisdicionais e através da construção das fontes jurídicas<sup>632</sup>.

A **terceira parte do primeiro capítulo** (1.3) discorreu sobre as rupturas no pensamento jurídico que apontaram o Positivismo Jurídico como paradigma em crise, caminhando para a construção de um novo horizonte paradigmático.

Os juristas críticos ao modelo juspositivista buscam elementos que respaldem a superação do pensamento formal do Direito. Os diversos modelos teóricos que criticam o juspositivismo atacam ao menos um dos seguintes elementos: a) separação entre Direito e Moral; b) sistema jurídico pautado apenas em regras (unidimensional); c) ordem do sistema jurídico escalonada; d) a aplicação do direito pelo método subsuntivo e discricionário.

A ruptura aconteceu pautada na impossibilidade programática de valoração da ciência social e na impossibilidade estrutural de encontrar critérios de juízo de ordem moral para decidir em Direito e em Política. O que fez com que o debate contemporâneo promovesse a abertura da Filosofia do Direito, por um lado aos valores ético-políticos e, por outro lado, ao mundo dos fatos.

Por derradeiro, a **quarta parte do primeiro capítulo** (1.4) se discorreu acerca das causas do fracionamento da Filosofia do Direito pela

---

<sup>631</sup> “[...] positivismo incluyente, interpretaría dichas tesis: (1) Tesis de las fuentes sociales del derecho: la existencia y contenido del derecho de una determinada sociedad depende de un conjunto de hechos sociales que contingentemente pueden apelar a determinados estándares de moralidade, convirtiéndolos así em jurídicamente válidos. (2) Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral: la adecuación de la moralidade de determinadas normas no es necesariamente condición de su validez jurídica. No es condición suficiente y puede no ser necesaria. (3) Tesis de los límites del derecho y tesis de la discreción judicial: algunas veces em las que el derecho apela a la moralidade determina de esta manera la calificación normativa de las acciones y em dichos casos, no concede discreción a los jueces”. In: RODENAS CALATAYUD, Ángeles. **Lineamentos Metodológicos para la investigación jurídica n.º 3**: la investigación em filosofia del derecho.

<sup>632</sup> “Ora, a representação unidimensional do direito, como um sistema de regras destituído de princípios, impõe a seguinte conclusão: colisões entre regras geram uma indeterminabilidade da situação jurídica, que só pode ser superada decisionisticamente”. In: HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. V 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 259.

vertente das correntes pós-positivistas. As críticas ao juspositivismo possibilitaram que diversos discursos jurídicos se levantassem como escolas de pensamento jurídico-filosófico. As propostas de superação da matriz teórica juspositivista são identificadas como correntes pós-positivistas e trabalham a superação dos problemas do atual modelo paradigmático sem propor retrocesso ao jusnaturalismo.

Observou-se que a maioria das linhas teóricas pós-positivistas apresentam abertura estrutural do sistema jurídico ao mundo externo das razões não-jurídicas, pela Interdisciplinaridade com a Moral e a Política. Na pós-modernidade e frente ao cenário de complexas relações sociais marcado pela era da velocidade, não é possível restringir os padrões que influenciam o judiciário em uma moldura unidimensional restritiva as regras, que desconsidera a realidade social encontrada a sua volta.

O **Segundo Capítulo** de título “O DIREITO E A INTERDISCIPLINARIDADE”, dividiu-se em três partes. A **primeira parte do segundo capítulo** (2.1) investigou a aceitação da Interdisciplinaridade nas teorias pós-positivistas como fonte jurídica de aplicação do Direito, o que visto pela construção clássica da teoria juspositivista, o fenômeno seria inadmissível.

A Moral é o *standard* representativo da Interdisciplinaridade no Direito, por ser a disciplina mais próxima ao sistema jurídico. Moral e Direito são duas ordens sociais reguladoras com o propósito de encontrar o bom convívio nas práticas de uma sociedade.

Ora, a Interdisciplinaridade do Direito na construção clássica da teoria do positivismo jurídico exclusivo parte da separação total, inadmitindo o fenômeno, porquanto estabelece que a aplicação se restringe a norma como fonte jurídica e fecha o sistema jurídico para inserção de fatores externos nos fundamentos da decisão judicial. Em avanço, o positivismo inclusivo já apregoa um nível mínimo de abertura ao sistema jurídico, aceitando que a Moral faça a correção do Direito em casos imprecisos da norma jurídica e também suplante o Direito mediante o uso de fatores externos nos fundamentos decisórios. Em seguimento, o neopositivismo jurídico estabelece a abertura do sistema jurídico

por admitir os princípios jurídicos que inserem a Moral ao Direito como fonte jurídica junto com as regras, a fim de aplicar o novo positivismo jurídico com enfoque numa visão jusconstitucionalista.

A **segunda parte do segundo capítulo** (2.2) se desenvolveu a respeito da Interdisciplinaridade do Direito nas correntes pós-positivistas. As propostas pós-positivistas enxergam alguma forma de articulação entre Direito e outras disciplinas.

Alexy assinala que a Moral corrige o Direito e suplanta as regras com teor de alarmante injustiça. Sobre a relação entre Direito e Moral, Dworkin<sup>633</sup> considera que pertencem ao mesmo sistema, em que o Direito é parte da Moralidade Política, como um galho que se liga a árvore. Para Posner, as fronteiras do Direito são fortemente alargadas pela relação entre Direito e Economia. De todo modo, as teorias pós-positivistas abarcam em algum aspecto a Interdisciplinaridade do Direito e a visão da decisão judicial pluridimensional, típica dos atuais fatos sociais que adentram a juridicidade. A dinâmica jurídica está permanentemente diante dos influxos Interdisciplinares da Moralidade, da Política e das demais disciplinas. Sem retirar a segurança do cunho normativo, mas considerando a função moral e política que o Estado desempenha, é preciso buscar a justificação moral do texto normativo para a legitimidade democrática de sua atuação. O pós-positivismo não carrega o ímpeto de desconstruir os avanços relativos ao ordenamento positivo, e sim desconstruir o pensamento convencional sobre o Direito e sobre a formação da decisão judicial para reintegrar os ideais de justiça e legitimidade ao processo deliberativo.

A **terceira parte do segundo capítulo** (2.3) tratou sobre Direito e Moralidade Política, para estabelecer os limites e as legítimas aplicações de teor axiológico quando esses influxos nascem no cenário de debate jurídico.

Para tanto, esclareceu os postulados da Moral, Ética, Justiça, Moralidade Política e Direito. A Moral é o dever de fazer a coisa certa. A Moral Privada é a percepção individual de fazer a coisa certa, que retrata a forma como

---

<sup>633</sup> DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs. p. 620.

cada pessoa guia sua vida, enquanto que a Moral Pessoal se designa pela ideal crítico da moral dentro cada indivíduo, que sob a visão humanística, todos chegaríamos as mesmas conclusões em condições reflexivas objetivas de análise, o que leva a moral pessoal a ser unívoca. A Ética é a delimitação como certa das deliberações tomadas perante um grupo social, isto é, reflete a moral de uma sociedade. A Justiça é a forma certa de distribuir e avaliar as coisas pelo cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum, enquanto que a justiça social é o sentimento de justiça da sociedade. A Moralidade Política é um ideal que externa determinações valorativas sobre questões políticas, isto é, consiste na interpretação justificadora do Direito e dos comportamentos em favor dos bons preceitos reguladores para a sociedade, com o propósito de estabelecer a integridade política. Deste campo deriva o espaço público que faz nascer a opinião pública. Estabelecendo um comparativo entre Direito e Moralidade Política, duas disciplinas advindas do mesmo sistema, o Direito é a parte que regula os direitos jurídicos, enquanto que a Moralidade Política é o campo de estudo dos direitos políticos justificadores que emanam do Estado. Enquanto a visão entre Direito e Moral for pautada na ideia de que a Moral é apenas orientações valorativas subjetivas (Moralidade Privada), não há racionalidade em legitimar o direito positivo. Isto pela falta de aspectos racionais que concedam um sentido prático ao emprego da Moral. Entretanto, os diversos conteúdos valorativos concorrentes formam um núcleo Moral de fundamentos institucionalizados pela Moralidade Política, assim é possível percorrer reflexão sobre processos jurídicos abertos aos discursos Morais que legitimam o Direito. A aplicação Moralidade Política como conhecimento interdisciplinar de influência na decisão judicial é fundamento justificador dos postulados legais que traz legitimidade ao invés promover inobservância da lei.

O **Terceiro Capítulo** de título “A DECISÃO JUDICIAL SOB A ÓTICA MULTIDIMENSIONAL”, desenvolveu-se em três partes. Sob a análise da Teoria do Direito, destacou-se duas esferas distintas de análise do processo construtivo da decisão judicial: a primeira, de caráter antecedente, consiste no ambiente jurídico propiciado pela jurisdição constitucional; a segunda, de caráter ocorrente, consiste nos fatores intrínsecos e extrínsecos que formam a decisão judicial.



A **primeira parte do terceiro capítulo** (3.1) tratou acerca do ambiente jurídico do julgador. A constitucionalização do ordenamento jurídico, a judicialização da política e o protagonismo judicial são fenômenos em ocorrência na Corte Superior Nacional após o implemento da CRFB/1988 e constituem o cenário que ambienta a função judicante, portanto, interferem na decisão judicial. Em explicação, o ambiente institucional desenhado advém para o julgador ao passo em que se promove as tutelas jurisdicionais decorrentes da Constituição, incumbindo-o de trazer a força constitucional aos sistemas jurídicos e a legitimidade democrática do seu múnus em traçar a efetividade de tais direitos. Por tal asserção, os elementos do ambiente que circunda a decisão judicial inferem o acesso às tutelas jurisdicionais constitucionais, com ensejo de judicializar as medidas para galgar consecução, sem transpassar os limites de competência política. Isto porque o caráter político da função judicante não se confunde com exercício das competências atribuídas constitucionalmente aos poderes legislativo e executivo, tampouco com atividades político-partidária, mas o cunho político compreende ao aspecto criativo na atividade judicial. A forma que o julgador lida com o ambiente jurídico retrata a diferença entre o ativismo judicial e a judicialização da política. A linha que diferencia os institutos é tênue. A judicialização é decisão judicial decorrente do modelo constitucional que se adotou e não um exercício deliberado de vontade política, já o ativismo judicial se apresenta na ação ativista do julgador no sentido de transpassar seus limites funcionais, ao compor decisões judiciais com medidas que satisfaçam o anseio social sobre a função que compete aos demais poderes. Caso a norma constitucional permita que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. São os casos em que o judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer sem alternativa. Isto é a judicialização e não postura ativista do julgador. O meio de ascensão institucional do judiciário envolve o julgador, que se influencia da postura institucional para exercer a função judicante, em ensejo do caráter político da deliberação judicial e da posição decorrente da postura judicial entre os três poderes.

A segunda parte do terceiro capítulo (3.2) tratou sobre a decisão judicial e os fatores intrínsecos ao julgamento. Na perspectiva do fator intrínseco da decisão judicial que se adotou na presente tese, o critério individual de cada

juiz forma-se através de três pontos elementares: o primeiro ponto está na Teoria Jurídica de base que o juiz se posiciona; por consequência ao primeiro, o segundo ponto está nos critérios de julgamentos axiológicos em busca da justiça que o juiz aceita; e por sua vez, o terceiro ponto se relaciona ao problema fático-jurídico, consistindo nas etapas de construir a convicção decisória mediante a justificação (após o contexto de descoberta) dos fundamentos jurídicos.

Neste interim, observou-se que a decisão judicial se formula pela descoberta do direito aplicável ao caso em concreto. Nasce a resposta jurídica quando o juiz se convence a favor ou contra a demanda propositiva, descobrindo qual determinação tomar sobre o resultado decisório. Tal processo advém do escrutínio da mente em buscar pela solução e se exterioriza quando o juiz justifica seus fundamentos jurídicos na decisão, este são os contextos da descoberta e da justificação decisória. O juspositivismo não se ocupa do contexto de descoberta da decisão judicial, o direito despontará quando o juiz determinar a norma geral a ser aplicada ao caso em concreto, subsumindo o caso fático na moldura normativa e justificando os fundamentos jurídicos a partir deste processo silogístico. No final, o que interessa ao positivismo jurídico é a justificação exposta como razões decisórias feita mediante escolhas razoáveis a convencer da verdade. O contexto de descoberta tem sido ignorado para Ciência Jurídica devido ao subjetivismo que há no escrutínio da mente do juiz, importando apenas as razões que se expõe. Estudos da psicologia cognitiva apontam que dentro da mente humana, qualquer decisão é tomada por intuição dentro dos valores da moralidade privada. Depois é que a mente humana perpassa por um trabalhoso processo deliberativo para argumentar contrapostos e amoldar a decisão além das particularidades intuitivas individuais. A mente do juiz idôneo não foge da regra de falibilidade humana. Assim, o juiz que toma ciência da 'sabotagem' que o próprio processo mental pode gerar no julgamento, que retira de sobre si a crença de heroísmo infalível, e que institucionalmente recebe cursos de aperfeiçoamento e estrutura institucional para lidar com tais pressupostos inerentes a mente, conseguirá raciocinar e produzir resultados com pretensão corretiva de responder ao múnus da função judicante que o legitima a descobrir a decisão

judicial com alteridade, ética e integridade decisória. O modelo sócio-intuicionista de descoberta da decisão judicial e a postura cognitiva que transpassa todas as etapas do raciocínio só é hábil a se produzir quando se torna consciente ao indivíduo, quando este entende como funciona sua mente.

Em seguimento, o caráter colegiado da decisão judicial também é fator intrínseco para o processo de deliberação típico dos julgamentos formados pelos Tribunais. O critério colegiado da decisão judicial se soma aos critérios individuais acima expostos devido à pluralidade de convicções dos vários julgadores. A decisão judicial resultante do processo decisório colegiado feito nos Tribunais Constitucionais acrescenta a complexidade da deliberação ser pública ou ser secreta no acordo de vontades em prol do julgamento. A deliberação é pública com *decisão seriatim* no Brasil e em contraponto, a deliberação é secreta com decisão *per curiam* na Espanha. Ambos os processos de deliberação nos Tribunais Constitucionais do Brasil e da Espanha informam a sociedade da dinâmica jurisdicional, mas a exposição informativa alcançada no modelo prático brasileiro é particularmente peculiar ao cenário global, inclusive pelo fato de apresentar a autoria da exposição dos fundamentos ao julgador que a faz. Assim, a opinião pública e a opinião midiática no Brasil conhecem/opinam praticamente em tempo real sobre os julgamentos e sobre os temas polêmicos que a jurisdição constitucional tem levado à análise do STF, cenário que aumenta a influência de tais fatores no Brasil.

A terceira parte do terceiro capítulo (3.3) desenvolveu sobre a decisão judicial e os fatores extrínsecos ao julgamento. Os fatores extrínsecos não são juridicamente aceitáveis para figurar no contexto da justificação da decisão judicial. Geralmente os fatores extrínsecos se interpõem ao processo de construção da decisão judicial, de maneira adjacente, com força atuante ainda que não sejam elementos de formação ao processo deliberativo. Designa-se por fatores extrínsecos as percepções externas ao Direito apreendidas pelo julgador, consciente ou inconscientemente, que funcionam como considerações a produzir ingerência na prática deliberativa de forma decisiva ou de maneira a inclinar determinado critério avaliativo na tomada de decisão judicial. A ideologia, os valores morais/pessoais do juiz, e as particularidades da sua história de vida, como: sexo, religião, crença, cor, estado civil, traumas, estrutura familiar,

naturalidade, formação educacional. Quanto maior a margem de discricionariedade que a teoria decisão judicial abrir ao julgador para deliberar, maior é a influência de fatores extrínsecos no contexto da descoberta, ainda que não apareçam como razões de julgamento. A discricionariedade judicial é uma realidade do processo de construção decisória, mais os limites que a restringem são os recortes que permitem maior previsibilidade das decisões judiciais, segurança jurídica e a integridade do julgamento com o Direito. O julgador precisa seguir os fatores intrínsecos como critério de julgamento construir decisão judiciais mais previsíveis.

O **Quarto (e último) Capítulo** intitulado “AS INTERFERÊNCIAS DA MORALIDADE POLÍTICA NA DECISÃO JUDICIAL”, dividiu-se em seis partes e teceu reflexões de desfecho aos objetivos firmados. A **primeira parte do quarto capítulo** (4.1) tratou sobre opinião pública. A opinião pública é a manifestação da vontade popular, exprimindo concordância ou contrariedade sobre determinada matéria pública. A formação da opinião pública contextualiza o que hoje o Estado contemporâneo é, tendo vista que os avanços em garantias e anseios de legitimidade e democracia no exercício do poder advém da voz concedida à sociedade pela burguesia. A opinião pública se formou através da abertura do espaço público para a livre formação opinativa do povo. Atualmente, muito se vê de opinião publicada, que demonstram os apelos da mídia sem significar a opinião da sociedade sobre as deliberações dos poderes. A opinião pública precisa ser revista pela perspectiva a qual levou a ser criada, a manifestação da vontade popular. É preciso encontrar um espaço social e ético que propicie o diálogo crítico e manifeste a opinião pública da sociedade. A criação de um espaço que una a esfera pública e privada para a reflexão pensante e consciente sobre debates jurídicos e que gere a manifestação da consciência coletiva, é o que formará o espaço social na era contemporânea.

A **segunda parte do quarto capítulo** discorreu acerca da necessidade de dar representatividade pública para a manifestação da vontade popular. A democracia representativa supõe que a vontade popular é manifestada pelas ações das autoridades políticas, porquanto a legitimidade democrática dos agentes políticos emana da soberania popular. O temeroso é quando a vontade de partidos políticos se torna mais importante ao agente para

decidir as medidas de governo do que os interesses de justiça, voltados a virtude cívica e ao bem comum. A opinião não pública somente adquire credenciais de opinião pública na elaboração que dela fazem os partidos porque alcança a representatividade. Assim, cabe a vontade popular em atuar para manifestar sua voz e com consciência política exigir a contraprestação dos representantes políticos. A representação política da opinião pública deve analisar criticamente as vantagens e desvantagens para toda a sociedade, em respeito aos valores éticos instituídos pelo Constituição.

A **terceira parte do quarto capítulo** falou a respeito da opinião pública e a Moralidade Política na prática judicial. A opinião pública é conhecimento que adentra o campo de estudo da Moralidade Política, disciplina que é diferente do Direito, mas que advém da mesma base de valores, como galhos do mesmo tronco que é a Moral. Assim, a genuína manifestação da vontade popular pela opinião pública permite verificar o anseio de justiça social, porque transparece qual é o sentimento de justiça do povo. A depender do teor axiológico contido no debate jurídico, a manifestação da opinião pública expressará a moral da pluralidade de indivíduos que formam a sociedade, portanto dará conhecimento aos postulados éticos que alcançam dita sociedade, visto que os valores morais que se atribuem ao grupo social, deixam de ser aspectos valorativos de subjetividade pessoal e passam a formar valores que se atribuem a ética de uma nação. Neste diapasão, a opinião pública é o instrumento que poderá manifestar os valores da sociedade. Se o espaço social emitir a vontade popular a ponto de se conseguir identificar postulados éticos, e estes estarem consubstanciados pelos princípios da Constituição, haverá a legitimidade justificadora da Moralidade Política. Destarte, a opinião pública pode ser instrumento para conhecimento da ética, que servirá para a aplicação do Direito como argumento interdisciplinar de Moralidade Política.

A quarta parte do quarto capítulo tratou sobre as ingerências da opinião pública na decisão do Tribunal de Justiça da Espanha no julgamento do caso emblemático “la manada”. O julgamento “la manada” é um caso emblemático de violência sexual que teve forte cobertura da mídia e repercussão da opinião pública espanhola devido ao acesso popular ao acervo probatório produzidos pelos acusados durante o intento delitivo. A divulgação de gravações

em vídeos e comentários privados nas redes sociais, feitos pelos próprios acusados a respeito do ato criminoso, dão indícios dos mesmos terem orgulho do suposto crime sexual perpetrado, o que ocasionou forte apelo popular a favor da condenação mais repressiva aos acusados. O caso tomou reconhecimento com esse nome porque os acusados compartilharam vídeos do crime sexual em grupo do aplicativo *WhatsApp* com o nome "la manada". Embora reconhecida a pressão da mídia e da opinião pública sobre o caso, o Tribunal expressou julgamento sem influências do apelo popular. Portanto, não se reconheceu ingerências da opinião pública na decisão judicial proferida pelo Tribunal de Justiça da Espanha.

A **quinta parte do quarto capítulo** desenvolveu o estudo referente às ingerências da opinião pública como fundamento nas decisões do Supremo Tribunal Federal, a partir da análise filtrada de acórdãos timbrados com selo "tema relevante", consoante a Resolução n. 474, de 29 de novembro de 2011. A significação "tema relevante" representa os processos judiciais ou administrativos, em tramitação ou arquivados, cujo assunto seja considerado de grande valor para a sociedade. Isto pelo relevante valor histórico para o STF e para a sociedade brasileira devido à repercussão social e nos meios de comunicação, conforme art. 6º da Resolução n. 474/2011. Ao tempo da pesquisa, identificou-se 33 (trinta e três) processos timbrados com selo de 'tema relevante' pelo STF, dentre os quais 3 (três) processos tiveram julgamentos que apreciaram mérito de conteúdo moral. Os três julgamentos com teor moral apresentam fundamentos de conteúdo axiológico porque a natureza dos casos gerou debates jurídicos com conteúdo valorativo. Assim, considera-se que casos de fundo moral resultam em decisão judicial que implique em valores axiológicos, pois não há como decidir sobre moral sem imprimir julgamento valorativo.

Os julgamentos da ADI 4277 e da ADPF 132 versavam sobre a união estável de casais homoafetivos. Cerne de lide carregado de moral que implicou fundamentos justificados com conteúdo valorativo e com sentido axiológico. Forte apelo midiático repercutiu o julgamento e diante das opiniões que tomaram voz é possível deduzir que opinião pública se mostrou dividida em relação ao reconhecimento dos efeitos civis da união homoafetiva. A declaração de inconstitucionalidade analisou possível contrariedade da união estável para

casais do mesmo sexo contida no art. 226, §3º da CRFB/1988, que dispõe: “para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. Em julgamento, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as regras constitucionais que versam sobre a igualdade de direitos entre os cidadãos e a promoção do bem coletivo autorizam interpretação extensiva a parte do texto normativo que se refere a união estável como relação havida “entre homem e mulher”.

Nas razões deliberativas do acórdão em comento, apresentou-se argumentos eminentemente morais como norteadores do contexto justificativo que culminou na derrotabilidade do texto normativo na parte em que expressa “entre homem e mulher”, isto pelas razões seguintes: “ponderar que a homossexualidade constitui ‘fato da vida [...] que não viola qualquer norma jurídica, nem é capaz, por si só, de afetar a vida de terceiros’. Cabendo lembrar que o ‘papel do Estado e do Direito em uma sociedade democrática, é o de assegurar o desenvolvimento da personalidade de todos os indivíduos, permitindo que cada um realize os seus projetos pessoais lícitos’”. Desta feita, o STF demonstrou postura pragmática que promoveu a elasticidade da interpretação das normas constitucionais em nome da garantia da eficiência da decisão judicial. Conferiu-se legitimidade de união estável às relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo por ser comportamento usual na sociedade, mesmo que não estejam reconhecidas pelo legislador.

A sexta parte do quarto capítulo falou a respeito da aceitação da Interdisciplinaridade ao Direito e propôs limites para inserção do conhecimento interdisciplinar na decisão judicial a fim resguardar a segurança jurídica, através de cinco premissas. Para tanto, propõem-se como premissas limitadoras: 1. O respeito às competências dos poderes e a legalidade; 2. A desconstrução do ceticismo moral no cerne evocativo da deliberação judicial e a compreensão do papel criativo do juiz; 3. A deliberação sobre o contexto da descoberta integrado ao contexto da justificação na construção da decisão judicial; 4. O aumento da previsibilidade decisória dentro do dualismo teórico entre positivismo jurídico e pós-positivismo jurídico; 5. O ideal da ação comunicativa na era tecnológica, que busque a criação de espaço social consultivo da opinião pública mediante banco

de dados digital com acesso gratuito, por meio aplicativos de dispositivos móveis, para analisar com efetividade a resposta ética para os debates jurídicos carregados de teor axiológico.

Em **resposta aos problemas de investigação**, verifica-se que a hipótese resultou confirmada. Os **resultados** apontam que hoje a decisão judicial está no patamar pluridimensional e os valores axiológicos de casos carregados de moral devem inserir a Moralidade Política na construção decisória e aplicar conscientemente o conhecimento interdisciplinar como fonte jurídica na decisão judicial.

Aponta-se que relevante ponto motivante do fracionamento da Filosofia do Direito e, por conseguinte, do surgimento de várias Teorias Jurídicas do cenário sócio-político atual é a forma como as fontes jurídicas são tratadas pelos modelos teóricos. O Jusnaturalismo estabeleceu sistema jurídico dual de fontes, as quais são fontes formais da autoridade e fontes materiais por princípios naturalísticos ou metafísicos. Este modelo apresenta a prevalência das fontes jurídicas naturais sobre as fontes jurídicas formais, gerando ampla discricionariedade. Já o juspositivismo limita as fontes jurídicas no sistema escolanado formado somente por fontes formais de autoridade, que são as leis (civil law) e a jurisprudência (common law). As demais fontes são autorizadas somente para influenciar a compreensão e complementação das fontes formais, ou seja, princípio gerais do Direito, doutrina, costumes e conhecimento interdisciplinar não fundamentam a decisão judicial. O pós-positivismo jurídico, por sua vez, é o sistema jurídico que admitirá outros padrões argumentativos nas suas variadas teorias jurídicas.

O ambiente jurídico decorrente do constitucionalismo contemporâneo demonstra a constitucionalização de extenso rol de direitos e a composição de valores morais que geram a insuficiência das fontes jurídicas juspositivistas em responder as atuais demandas em julgamento.

Assim, o dualismo entre Positivismo e Pós-positivismo causam reflexos na prática jurisdicional porque a construção decisória de cada julgador é guiada pela sua compreensão sobre o que é o Direito, o que é Justiça e sobre



os preceitos que formam a Teoria Jurídica. Dentro da legalidade, o julgador tem liberdade para deliberar em busca da resposta jurídica de formas distintas.

A constitucionalização de tantos direitos traz efeitos para a aplicação descritiva do positivismo jurídico, visto que o número de preceitos constitucionais de baixa densidade normativa, que dispõem garantias, resulta em textos normativos subjetivos a serem tuteláveis de modo jurisdicional, inibindo o comando objetivo típico da decisão judicial advinda do silogismo jurídico.

As decisões judiciais, seja no contexto da descoberta ou no contexto da justificação, podem sofrer influências da opinião pública e da opinião publicada, considerando-se que há diferença entre a opinião popular formada no espaço público e o apelo midiático conduzido pelos meios de comunicação.

A opinião pública é o apelo nascido no espaço público que abarca a voz social sobre determinados direitos, valores, condutas, servindo de contraponto aos comandos dos Poderes e legitimando o clamor de justiça social.

Assim, a opinião pública pode influenciar em alguma medida na construção da decisão judicial por refletir um sentimento de justiça social ao julgador, entretanto, a legitimidade democrática da constituição e da jurisdição constitucional independem de responder aos apelos da mídia ou da opinião pública.

Ressalta-se que a Interdisciplinaridade não condiz em mecanismo para satisfação da opinião pública na tomada de decisões, são pontos distintos. A Interdisciplinaridade não fortalece que a decisão judicial ceda às pressões sociais, mas que o conhecimento interdisciplinar seja instrumento para a melhor decisão judicial, a fim de que satisfaça a justiça e os interesses reais da sociedade, mesmo que não sejam identificados de tal forma pela mesma. Consiste em dizer que a decisão judicial que garante a justiça poderá ser contrária à opinião pública.

Ora, a opinião pública se vincula ao campo do saber que disciplina a moralidade política. Assim, a opinião pública poderá ser utilizada como conhecimento interdisciplinar, mas a Interdisciplinaridade não deve servir a

opinião pública, como esta fosse um fim em si mesma para buscar a satisfação do sentimento de justiça social. Ocorre que dentro dos limites do direito posto, quando se toma ciência da opinião pública, detém-se um conhecimento justificador da moralidade política.

Deste modo, é possível propor que a opinião pública, por se inserível dentro da Moralidade Política, é um conhecimento interdisciplinar que adentra a juridicidade como argumento decisório sem significar diretamente a derrotabilidade do texto legal. Isto quando se constrói limites para a invocação deste e de outros argumentos interdisciplinares.

O conhecimento interdisciplinar da Moralidade Política, especialmente os decorrentes da opinião pública, quando construído em espaço social pautado na confiança e na veracidade, permite que se afigure preceitos de valor moral aceitos pelo grupo social, portanto, quando determinado valor moral alcança a pluralidade gera conhecimento sobre postulado ético.

O preceito normativo que é firmado em consonância com os postulados éticos, resultará em maior eficácia, porque a ética transparece um núcleo moral aceito prevalentemente no contexto social. O postulado ético que consubstancia conteúdo de lei gera o sentimento de justiça em seu cumprimento, isto por causa da maior aceitação social com os valores axiológicos firmados. De igual ponto figura a aplicação do Direito em julgamentos de conteúdo moral, quando o julgador escrutina a eticidade que adentra o Direito como fator justificador do texto normativo.

Ora, os postulados éticos são difíceis de serem identificáveis com objetividade, mas quando possível, garantem que os julgamentos carregados de baixa densidade normativa e alto conteúdo axiológico alcancem resposta jurídica com legitimidade democrática. Atualmente, a Inteligência Artificial aliada ao Direito permite que se crie um banco de dados digital capaz de consultar a vontade popular a fim de manifestar postulados éticos.

Dentro do respeito das competências dos poderes e da legalidade, os julgamentos de casos carregados de moral emitirão teor axiológico na decisão judicial, isto devido a natureza do julgamento. Assim, é legítima a aplicação de

conhecimento interdisciplinar derivado da Moralidade Política, que demonstre postulado ético, para o julgador utilizar como critérios de fundamentação das decisões, gerando maior previsibilidade decisória e segurança jurídica ao invés de gerar aumento de decisionismo.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante

## REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil. 2007.

ABREU, Pedro Manoel. **O processo jurisdicional como um locus da democracia participativa e da cidadania inclusiva**. Tese (Doutorado em Ciência jurídica) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2008.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. **Constitución Española**. Madrid. Disponível:

<<https://www.boe.es/legislacion/documentos/constitucioncastellano.pdf>>.

Acesso em 2018.

AGUILÓ REGLA, Josep. Positivism y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. In: **Doxa**. Alicante. N. 30, p. 665-675. 2007. Disponível em <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55>. Acesso em 18/11/2016.

ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Sobre la existencia de las normas jurídicas**. 1a ed., 1a reimp. Cidade do México: Fontamara, 2002.

ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Fernando de Brito; MACHADO, Edinilson Donisete. **Democracia e Judicialização da Política**: problematizando as decisões judiciais sobre direitos sociais. In: Revista do Direito Público, Londrina, v.11, n.3, p.13-46, dez.2016| DOI: 10.5433/1980-511X.2016v11n3p13.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2000.

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

Atienza, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.

ATIENZA, Manuel. **El sentido del derecho**. 6 ed. Barcelona: Ariel, 2010.

AUSTIN, John [1832]. **The province of jurisprudence determined and the uses of the study of jurisprudence**. London: Weindenfeld and Nicolson.

Tradução de Ramón de Páramo Arguelles. El objeto del la jurisprudência. Madrid: CEC 2002.

BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, Direitos Fundamentais e controle das políticas públicas**. In: Revista Diálogo Jurídico. 15. n. Salvador, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria**. In: Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **Revista da Faculdade de Direito**. v. 2. n. 21. Rio de Janeiro: UERJ, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In: **RFD- Revista da Faculdade de Direito- UERJ**, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em:<  
[http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso\\_para\\_Selecao.pdf](http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf).> Acesso em dezembro 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil. In: **O novo constitucionalismo na era pós-positivista: homenagem a Paulo Bonavides**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional". Brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 225. P. 5-37, Jul. – Set., 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar.

BERZOSA LÓPEZ, Daniel. **Democracia Constitucional y Opinión Pública**. Espanha: Editorial Aranzadi.

BILBAO, César Manzanos. Factores sociales y decisiones judiciales. **Sociológica: Revista de pensamiento social**, n. 5, España: Universidade Coruña. 2004. págs. 127-160. Disponível em:  
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1047680>. Acesso em 06 de novembro de 2017.

BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**.

Tradução por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. Tradução de Denise Agostinetti. WMF Martins Fontes: São Paulo, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. Título original: Il futuro dela democrazia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. 3 ed. Tradução de: Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Título original: Teoria generale del diritto

BONAVIDES, Paulo. **Constitucionalismo social e democracia participativa**. In: Congreso Internacional de Derecho Constitucional. VI Congreso Nacional de Derecho Constitucional. Ponencia presentada em el Instituto de Investigaciones Juridicas de la UNAM. Disponível em <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/constit/pdf/6-234s.pdf>>. Acesso em julho de 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Constituinte e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRANDÃO, Paulo de Tarso; SILVA, Ildete Regina Vale da. **Constituição e Fraternidade**. O valor Normativo do Preâmbulo da Constituição. Curitiba: Juruá, 2015.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). **Catálogo de processos históricos do Supremo Tribunal Federal** [recurso eletrônico]: Biblioteca / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2017.

CALVO GARCÍA, Manuel. **Teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Tecnos, 2010.

CANOTILHO José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CANTANHÊDE, Eliane; MOURA, Rafael Moraes. **Revisar o foro agilizará a Lava Jato, diz Cármen Lúcia**: Presidente do STF afirma que processos da operação precisam ser julgados e também defende as delações. Entrevista com Cármen Lúcia, presidente do Supremo Tribunal Federal. In: Política Estadão. São Paulo: O Estado de S.Paulo. 2017. Disponível em <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,revisar-o-foro-agilizara-a-lava-jato-diz-carmen-lucia,70002097448>> Acesso em 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Autor, 1999. Título Original *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*. Tradução Aroldo Plínio Gonçalves.

CARMEN LUCIA, Discursos proferidos em 2017. Disponível em <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/DiscursosProferidos/2017\\_1\\_semestre.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/CarmenLucia/DiscursosProferidos/2017_1_semestre.pdf)>. Acesso em 2018.

CASTAÑO, Sergio Raúl. Legitimidad de origen y consenso: síntesis y precisiones desde los principios del orden político. p. 45. In: GARRIDO GÓMEZ, Isabel; ESPINOZA DE LOS MONTEIROS, Javier (Eds.) **Paradigmas y desafíos del Constitucionalismo Democrático**. Granada: Editorial Comares. 2014.

CENDOJ, Consejo General del Poder Judicial E- 62J181. **La imagen de la justicia en la sociedad española**. Séptimo Barómetro de Opinión. Noviembre de 2000.

CESE, Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre Inteligência artificial - Impacto no mercado único (digital), na produção, no consumo, no emprego e na sociedade. Bruxelas: Jornal oficial da União Europeia. 2017.

CLÉVE, Clèmerson Merlin. A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO, Maurizio. Reflexões sobre a crise financeira internacional e o estado de bem-estar. In: Revista NEJ – Eletrônica. Vol. 18 - n. 2 - p. 212-223 / mai-ago 2013.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. O novo paradigma do direito na pós-modernidade. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 3, n. 1, p. 75-83, jan.-jun. 2011. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/index.php?e=5&s=9&a=111>>. Acesso em 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

DADER, José Luis, **Tratado de comunicación política**. Madrid: J. L. Dader, 1998.

DIMOULIS, Dimitri. A relevância prática do positivismo jurídico. p. 217. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 102. Belo Horizonte: 2011. jan./jun. 20.

DIMOULIS, Dimitri. Manual de introdução ao estudo do direito. São Paulo: RT, 2011.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. 2 ed. São Paulo: Martins

Fontes, 2005.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Título original: Justice for hedgehogs.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge-MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

FARREL, Martín D. Discusión entre el Derecho Natural y el Positivismo Jurídico. p.121. In: **Revista Doxa**, n. 22, p.121-128, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In STRECK, Lenio Luiz. FERRAJOLI, Luigi. TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, Hermenêutica e (Neo)constitucionalismo**. Porto Alegre: Do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. p. 15. In: **Revista DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 34, Alicante: 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: RT, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Garantismo: uma discussão sobre direito e democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia através de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta. 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos Bens Fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori,



Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia. V 1. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Um debate sobre el constitucionalismo**. Barcelona: Marcial Pons, 2012.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

FIGUEREDO, Rubens. Verdades e mitos sobre a cultura. In: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). **Ouvindo o Brasil: uma análise da opinião pública brasileira hoje**. São Paulo: Editora Sumaré, 1992.

FINNIS, John. **Natural law and natural rights**. 2. ed. New York: Oxford University Press. Inc. 2011.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitución**. De la antigüedad a nuestros días. Madrid: Trotta, 2001. Tradução de Manuel Martínez Nieira.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. **Derecho procesal constitucional**. Madrid: Editorial Civitas, S. A. 1980.

GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juízes? (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

GREENE, Joshua. **Tribos morais: a tragédia da moralidade do senso comum**. Rio de Janeiro: Record. 2018.

GUASTINI, Riccardo. **Lezioni di teoria del diritto e dello Stato**, Turín: Giappichelli Editore, 2006.

HABERMAS, Jürgen (1962). **História y crítica de la opinión pública**. 2. ed. Barcelona: Editorial Gustavo Gili S.A. 1981. Tradução de Antoni Doménech.

Habermas, Jürgen (1984). **The theory of communicative action**. Vol 1. Reason and the rationalization of society. Boston, Beacon Press.

HABERMAS, Jürgen. **¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?** In: Revista DOXA 5. Alicante: Universidad Alicante. 1988.

Habermas, Jürgen. (1987). **The theory of communicative action**. Vol. 2. Lifeworld and system: A critique of functionalist reason. Boston, Beacon Press.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. V 1.

Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **El futuro de la naturaleza humana: ¿hacia una eugenesia liberal?** Barcelona: Paidós, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Europe: the Faltering Project**, p. 104-105 *apud* DANNER, Leno Francisco. Habermas e a Retomada da Social-Democracia. In: Veritas, v. 57, n. 1, jan./abr. 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Historia y crítica de la opinión pública: la transformación estructural de la vida pública.** Naucalpan: G. Gili, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Mas Allá del Estado nacional.** 4.ed. Madrid: Trotta. 2008. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Título Original: Die Normalität einer Berliner Republik.

HABERMAS, Jürgen. Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAIDT, Jonathan. **A Mente Moralista: por que pessoas boas se separam por causa da política e da religião?** @kntz. 2013. Tradução de Antonio Kuntz.

HABERMAS, Jürgen. **Técnica e Ciência como “Ideologia”.** Lisboa: Edições 70. 1994.

HART, H. L. A. **Direito, liberdade e moralidade.** Porto Alegre: Fabris, 1987.

HART, H. L. A. **Ensaio sobre teoria do direito e filosofia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HART, H. L. A. **O conceito de direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert L. A [1961]. **The concept of law.** Oxford: Oxford University Press. Tradução original. A Ribeiro Mendes. O conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado.** São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição.** Porto Alegre: Fabris, 1991. Título Original *Die normative kraft der verfassung.*

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism.** Cambridge: Harvard University Press, 2007.

HOBSBAWM, Eric. **The nation and globalization.** *Apud* BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Rio de Janeiro: Zahar.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão:** por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. p. 274-275. In: R.

Opin. Jur., Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

JACOBSEN, Gilson; LAZZARI, João Batista. **Formação de magistrados: por que almejar cidades e juízes mais criativos?** In: Revista de Doutrina da 4ª Região. n. 74. v. 1. Porto Alegre: EMAGIS. Out. 2016.

Jurgen. **Mas Allá del Estado nacional**. 4.ed. Madrid: Trotta. 2008. Tradução de Manuel Jimenez Redondo. Título Original: Die Normalitat einer Berliner Republik.

KAUFMANN, A; HASSEMER, W. (ORG). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELLY, John M. **Uma breve história da Teoria do Direito Ocidental**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. Tradução de Marylene Pinto Michael.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000. Título original: *The structure of scientific revolutions*.

KUNDA, Ziva. *Social Cognition: making sense of people*. Cambridge. The MIT Press. 1999.

La redacción. “**Medios, opinión pública y la Suprema Corte**”. In: Revista NEXOS. El juego de la Suprema Corte. Mayo 26, 2010. Disponível em: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=268> Acesso em 24 de outubro de 2017.

LAMOUNIER, Bolívar (Org.). **Ouvindo o Brasil: uma análise da opinião pública brasileira hoje**. São Paulo: Editora Sumaré, 1992.

LEITÃO, Macell Cunha. Ceticismo ao valor e valor do ceticismo na interpretação do direito. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) Série 8, Volume 1, pg. 74-84, janeiro-abril, 2016.

LIMA, George Marmelstein. Tese de Doutorado A JUDICIALIZAÇÃO DA ÉTICA: Um Projeto de Transformação da Ética em Direito Orientado pela Expansão do Círculo Ético. Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. COIMBRA: 2013. p. 632. Disponível em <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/24576/2/A%20Judicialização%20da%20Ética.pdf>. Acesso em 2018.

LISBOA, Vinícius. **Fux diz que juízes não devem ignorar opinião pública em suas decisões**. In: Reportagem da Agência Brasil. Edição: Valéria Aguiar. Rio de Janeiro: Agência Brasil. 2015. Disponível em:

<<http://www.ebc.com.br/cidadania/2015/06/fux-diz-que-juizes-nao-devem-ingorar-opiniao-publica-em-suas-decisoes>>. Acesso em 2019.

LOEVINGER, Lee. **Jurimetrics**: the methodology of legal inquiry. In: Law & Contemp. Probs. v. 28, 1963. Disponível em <<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2945&context=lcp>>. Acesso em 2018.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, 1986.

LÓPEZ, Daniel Berzosa. **Democracia Constitucional y Opinión Pública**. Espanha: Editorial Aranzadi.

LUCAS VERDÚ, Pablo. Estado de derecho y justicia constitucional: aspectos históricos, ideológicos y normativo-institucionales de su interrelación. In: Revista de Estudios Políticos (Nueva Época). Núm. 33. Mayo-Junio 1983.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **Política y Justicia Constitucionales: consideraciones sobre la naturaleza y funciones del Tribunal Constitucional**. p. 43. In: El Tribunal Constitucional. Vol. II. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, Dirección General de lo Contencioso del Estado; 1981.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Trad. Amanda Flores. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santiago de Chile: Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1996. Título original: Vertrauen.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema**: la ambición de la teoría. Barcelona: Ediciones Paidós, 1990.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1985.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2006. Tradução de Waldéa Barcellos. Revisão da tradução Marylene Pinto Michael.

MACCORMICK, Neil. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. p. 240. In: **New Yorker University Law Review**. volume 58, maio 2016. Rev.239, 1983, n. 2, 2.

MAGALHÃES, Jose Luiz Quadros de. O novo constitucionalismo indo-afro-latino-americano. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v. 13. n. 26. Belo Horizonte, jul-dez. 2010.

MANZANOS BILBAO, César. Factores sociales y decisiones judiciales. p. 127-128. In: **Sociológica: Revista de pensamiento social**, n. 5, España: Universidad Coruña. 2004. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1047680>. Acceso en febrero de 2019.

MATTEUCCI, Nicola. Constitucionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI,

Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

Matthew L. Stanley, Ashley M. Dougherty, Brenda W. Yang, Paul Henne, and Felipe De Brigard. Reasons Probably Won't Change Your Mind: The Role of Reasons in Revising Moral Decisions. In: **Journal of Experimental Psychology: General**. Advance online publication. Online First Publication, September 18, 2017. View: <http://dx.doi.org/10.1037/xge0000368>.

MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. **Dicionário de política jurídica**. Florianópolis: OAB/SC. 2000.

MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. **Fundamentos de Política Jurídica**. Sergio Fabris Editor, 1994.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. The enigma of reason: a new theory of human understanding. London: Allen Lane. 2017.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Setven G. **Economics and the Law: from posner to postmodernism and beyond**. 2. ed. New Jersey EUA: Princeton University Press. 2006.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai. Ativismo Judicial e a Efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012..

MICHELON Jr., Cláudio Fortunato. **Aceitação e objetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2003. V. 2.

MONTEQUIEU, Charles de Secondat, Baron de [1689-1755]. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Tradução de Cristina Murachco.

MONZÓN, Cándido, Opinión pública, comunicación y política. Madrid: Tecnos, 1996.

MORAIS, José Luiz Bolzan de, e NASCIMENTO, Valéria Ribas de Moraes. **Constitucionalismo e Cidadania- Por uma jurisdição constitucional democrática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

MORALES, Luis María Aguilar. La redacción. “**Juicios Judiciales vs. Juicios Mediáticos**”. In: Revista NEXOS. El juego de la Suprema Corte. <<https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=1286>> Acesso em 24 de outubro de 2017.

MOURA, Rafael Moraes. ‘Quadro compromete terrivelmente o Judiciário’, diz Gilmar. In: **O Estado de S.Paulo**. São Paulo: Estadão. 2018. <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,quadro-compromete-terrivelmente-o-judiciario-diz-gilmar,70002176145>>. Acesso em 2018.

- MUÑOZ ALONSO, Alejandro; ROSPIR, Juan Ignacio (eds.), **Democracia mediática y campañas electorales**. Barcelona: Ariel, 1992.
- NEVES, António Castanheira. **Digesta**: Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. V 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. 2.ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.
- NINO, Carlos Santiago. Colección Mayor Filosofía y Derecho. **Introducción al análisis del derecho**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2003.
- NORVIG, Peter; RUSSELL, Stuart. **Inteligência Artificial**. 3. Ed. São Paulo: Elsevier, 2013.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- OLIVIEIRO, Maurizio. **Il costituzionalismo dei paesi arabi**. Le costituzioni del Maghreb traduzione dei testi vigente, prefazione di Francesco Castro. Milano: Giuffrè, 2003.
- OLIVIERO, Maurizio; STAFFEN, Márcio. Resenha Il Diritto Globale: giustizia e democrazia oltre lo stato (Sabino Cassese).
- PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14.ed.rev.atual. e amp. Florianópolis: EMais, 2018.
- PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa Jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. Florianópolis: OAB, SC, 2003.
- PECES-BARBA, Gregorio. FERNANDEZ, Eusebio. ASIS, Rafael de. **Curso de teoría del derecho**. 2 ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- PECZENIK, Aleksander. **Derecho y razón**. México: Fontamara, 2000.
- PEIRCE, Charles Sanders (1877). **A fixação da crença**. UBI: Lusosofia. Tradução de Anabela Gradim.
- PETOFT, Arian. Neurolaw: A brief introduction. In: **Iran Journal of Neurology**. 2015; vol. 14; n.1. p. 53-58. Disponível em <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4395810/>>. Acesso em 2018.
- PETTORUTI, Carlos Enrique; SCATOLINI, Julio César. **Elementos de introducción al derecho**. Buenos Aires: La Ley, 2005.
- PIÇARRAS, Nuno. A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.
- PIRES, Breno. **Toffoli diz que clamor não deve orientar decisão de juiz e defende políticos**. In: Reportagem O Estado de S.Paulo. Brasília: 2018.

PLATÃO, **O político**. São Paulo: Círculo de Leitores, 2008. Tradução de Carmen Isabel Leal Soares.

POSNER, Richard Allen. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

POSNER, Richard Allen. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard Allen. **Problemas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RAMALHO, Renan. **'Clamor por justiça' não será 'ignorado' pelo Supremo, diz Cármen Lúcia**: Presidente do STF fez um discurso na sessão de encerramento do semestre do Judiciário. Ela agradeceu aos ministros pela 'ajuda' durante um período 'tão difícil'. In: Reportagem Política G1. Brasília: 2017. Disponível em < <https://g1.globo.com/politica/noticia/clamor-por-justica-nao-sera-ignorado-pelo-supremo-diz-carmen-lucia.ghtml> >. Acesso em 2018.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAÚL CASTAÑO, Sergio. Legitimidad de origen y consenso: síntesis y precisiones desde los principios del orden político. p. 45. In: GARRIDO GÓMEZ, Isabel; ESPINOZA DE LOS MONTEIROS, Javier (Eds.) **Paradigmas y desafíos del Constitucionalismo Democrático**. Granada: Editorial Comares. 2014.

RAZ, Joseph. **O conceito de sistema jurídico**: uma introdução à teoria dos sistemas jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

REGLA, Josep Aguiló. *Positivismo y postpositivismo: dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*. **Doxa**. Alicante. N. 30, p. 665-675. 2007. Disponível em <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA2007.30.55>. Acesso em 2018.

**Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. 4. ed. Jan/Fev 2009. p. 3. Disponível em: < [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf)>.

**Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 225. P. 5-37, Jul. –Set., 2001.

RODENAS CALATAYUD. Ángeles. **Lineamentos metodológicos para la investigación jurídica n. 3**: la investigación em filosofía del derecho. PUCP: Perú, 2017.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2000.

ROXO, Sérgio. **Barroso diz que Constituição deve ser interpretada em 'sintonia com o sentimento social'**: Ministro não quis comentar julgamento de habeas corpus de Lula. In: Reportagem Jornal O globo Brasil. Rio de Janeiro: Editora O Globo S/A. 2018. Disponível em <  
<https://oglobo.globo.com/brasil/barroso-diz-que-constituicao-deve-ser-interpretada-em-sintonia-com-sentimento-social-22549589>>. Acesso em 2018.

SÁ, Elida Lúcia Batista. **Biodireito**: inter-relação do direito e das ciências biomédicas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2. ed., 1999.

SADEK, Maria Tereza (org). **In Uma introdução ao estudo da justiça** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. A crise do judiciário vista pelos juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa. pp. 17-31. Disponível em:< <http://books.scielo.org> >. Acesso em 26 nov. 2017.

SANCHÍS, Luis Prieto. **El constitucionalismo de los derechos**: ensayos de filosofia jurídica. Madrid: Editorial Trotta. 2013.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo.

SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização**: do pensamento único à conscientização universal. 18. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Record, 2009.

SARMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 01a ed. Lúmen Júris. Rio de Janeiro. 2002.

SARMENTO, Daniel. **Livres e Iguais**. Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SGARBI, Adrian. **Clássicos de Teoria do Direito**. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009.

SGARBI, Adrian. **Teoria do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2011.

STF. Conheça a TV Justiça. Disponível em  
<http://www.tvjustica.jus.br/index/conheca>. Acesso 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8 ed. rev. atual. Porto Alegre: Do Advogado, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência**. Porto Alegre: Do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Precisamos falar sobre Direito e Moral**: os problemas



da interpretação e da decisão judicial. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Porto Alegre: 2. ed. rev. e ampl. Livraria do Advogado Editora, 2016.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. CAPÍTULO VII Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza [Org.]. **Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: Puc Rio.

STRUCHINER, Noel. **Para falar em regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do direito**. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-Rio Departamento de Filosofia, 2005.

Supremo Tribunal Federal - STF. Habeas Corpus n. 139.612 Minas Gerais. Relator Ministro Alexandre de Moraes. DJ: 25/04/2017. Disponível <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28139612%2EENUME%2E+OU+139612%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zuy7ee3>>. Acesso em 2018.

Supremo Tribunal Federal - STF. Habeas Corpus n. 152752- Paraná. Relator Ministro Edson Fachin. DJ: 04/04/2018. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28152752%2EENUME%2E+OU+152752%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycxjp7db>>. Acesso em 2018.

TOVAR Sergio. In: Aguilar Tremoya, Miguel Ángel. **Medios de comunicación y cultura política**, Madrid, Editorial Pablo Iglesias, 1999.

V. GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. p. 9. In: **Revista de Direito do Estado**. Rio de Janeiro. out/dez. 2006. v.1, n. 4. Tradução de Bianca Stamato Fernandes.

VALE, André Rufino. Argumentação Constitucional: um estudo sobre a deliberação nos Tribunais Constitucionais. **Tese de Dourado em Direito pela Universidade de Brasília (UNB)**. Brasília.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF**. Curitiba: Juruá. 2009.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. Tradução Tércio Sampaio Ferraz Jr.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. In: Revista de Direito FGV. São Paulo, 4. p. 441-464, Jul-Dez, 2008. Disponível em [file:///Users/juliete\\_ruanamafra/Documents/Proposta%20de%20tese/Artigo%20Supremocracia.pdf](file:///Users/juliete_ruanamafra/Documents/Proposta%20de%20tese/Artigo%20Supremocracia.pdf).

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, estado e direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Editorial Trotta. 1995.

ZANON JR. Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. Florianópolis: Empório do direito, 2016.

ZANON Jr. Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. Curitiba: Editora Prismas, 2015.

ZANON JR., Orlando Luiz. A desvinculação da tese das fontes sociais do argumento da separação entre moral e direito. p. 20. In **Revista Direito & Paz**. São Paulo: Lorena. 1º Semestre, 2018. Ano X. n. 38.



Universitat d'Alacant  
Universidad de Alicante