

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RODOLPHO OLIVEIRA SANTOS

O Judiciário e a Possibilidade de Solver Conflitos Políticos

Mestrado em Direito

São Paulo

2022

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RODOLPHO OLIVEIRA SANTOS

O Judiciário e a Possibilidade de Solver Conflitos Políticos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Filosofia do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Livre Docente Márcio Pugliesi.

São Paulo

2022

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Santos, Rodolpho Oliveira
/ Rodolpho Oliveira Santos. -- São Paulo:
[s.n.], 2022.
99p. il. ; 21,5 x 30 cm.

Orientador: Márcio Pugliesi.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós
Graduados em Direito.

1. Multifuncionalidade dialética. 2. Supremo
Tribunal Federal . 3. Matriz decisória. 4. Teoria
dos Sistemas. I. Pugliesi, Márcio. II. Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, Programa de
Estudos Pós-Graduados em Direito. III. Título.

CDD

RODOLPHO OLIVEIRA SANTOS

O Judiciário e a Possibilidade de Solver Conflitos Políticos

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na subárea Filosofia do Direito, sob a orientação do Professor Doutor Livre Docente Márcio Pugliesi.

Aprovado em: ____/____/____.

Banca Examinadora

Professor Doutor Márcio Pugliesi (Orientador).

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professora Doutora Regina V. Villas Bôas

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)

Julgamento: _____

Assinatura: _____

Professor Doutor João Roberto Gorini Gamba

Instituição: Universidade São Judas Tadeu

Julgamento: _____

Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Vários caminhos percorridos na vida nos levam a um sem número de experiências e de resultados; temos a ilusão de que no mais das vezes tínhamos noção de nossas motivações e determinantes quando a percorrer estas mais diversas trilhas.

Sempre achei que a escolha de estudar Direito e me tornar um profissional da área tinha sido puro resultado destes caminhos e escolhas, caminhos estes que me colocaram nesse mestrado, por exemplo. Em meio ao curso fui abatido pela perda da minha mãe, a dor mais latente e perene que sinto e já senti na vida e que me fez olhar para todas estas rotas. Minha mãe, Dna. Anatália Oliveira Santos, foi uma jovem extremamente talentosa, filha de uma família humilde, que perdeu o pai ainda no início da adolescência e, já aos 16 anos, trabalhava em uma corretora de valores, como secretária – se formando no antigo técnico em contabilidade; aos 19 anos, foi aprovada em 2º lugar para o cargo de escrevente técnica judiciária no antigo Tribunal de Alçada Criminal, em 1971.

Cresci vendo minha mãe trabalhar, escrever acórdãos e depois chefiar a antiga seção de acórdãos do tribunal. Lá frequentava desde que nasci, fazia meus trabalhos de escola na biblioteca do Tacrim, no 13º andar, acompanhava aqueles trabalhos incessantes de tantas pessoas – na época ainda ouviam-se furadeiras na sala de costura dos processos. Assistia, vez por outra, julgamentos solenes, subi e desci milhares de vezes aqueles antigos elevadores com portas pantográficas.

Minha mãe era uma verdadeira apaixonada pelo Direito, ela por suas limitações da vida e da própria condição de ser uma mulher, mãe de dois filhos, com enormes responsabilidades e encargos de um mundo todo em mudança, nunca pode alçar voos mais altos – mas chegou a Diretora da 1ª Câmara do Tacrim; ainda muito jovem se aposentou, aos 51 anos, sem ter que ver a extinção de seu amado Tribunal.

Minha mãe falava francês, amava literatura, as artes, o latim – aos 6 anos ganhei meu primeiro dicionário de latim das mãos dela – adorava música, estudou piano, mas, acima de tudo, amava o Direito. Eu nunca me dei muito conta disto – ela sofreu por tantos infortúnios na vida que nunca falamos diretamente desta paixão. O que parecia trivial para mim (estudar Direito) para ela era uma realização – ainda que eu nunca tenha quisto realizar seu maior desejo

que era de me ver como juiz de Direito.

Ela se foi em 01 de setembro de 2019, depois de uma sofrida batalha contra um câncer de mama, apenas aos 66 anos!

Católica fervorosa, de uma fé inquestionável, perdê-la foi uma dor irreparável (uma amputação na verdade!), mas foi daí que vieram essas reflexões. Não tenho a menor dúvida hoje de quanto a paixão da minha mãe influenciou meus caminhos e meu destino, atuar no Direito, advogar, escrever, atuar na política, tentar me destacar nos mais diversos campos sempre com a farda do Direito é uma forma de realizar os sonhos dela em vida. Mesmo a filosofia que sempre me encantou e foi cara aos meus estudos me permite hoje acreditar ser a expressão em “potência” de minha mãe, Dna. Anatólia – já que sou ela em vida, sangue de seu sangue, espírito alimentado pelos seus esforços e paixões.

A ela dedico esse humilde esforço e procurarei fazer dele uma chama a não mais ser interrompida para, sempre com um olhar fraterno a ajudar aos outros, propagar sua história e continuar a caminhar pelo mundo tentando imprimir um pouco do que ela em vida sempre sonhou!

**- *ROT IST DAS RECHT. IM BLUTE LEBEN MUSS MEINEN
JÜRGEN SEIN GEBOT.***

***WENN SIE NUR MIT DER. LOGIK STREBEN, HAT'S MIT
DEM RECHTEN SEINE NOT.***

**(VERMELHO É O DIREITO. DEVEIS LOGO VIVER OS SEUS
MANDAMENTOS NO VOSSO PRÓPRIO SANGUE. SE VOS
ESFORÇAIS SÓ POR LHE APRENDER A LÓGICA, POBRE DIREITO
SERÁ O VOSSO!)**

Karl Heinsheimer

AGRADECIMENTO

Com profunda admiração – e orgulho de agora também poder estar frequente ao seu contato como amigo – agradeço o Prof. Dr. Márcio Pugliesi, pela generosidade em me admitir ao mestrado, confiança, paciência e cuidado com minhas dúvidas teóricas e elucubrações, sempre me dando grande liberdade e estimulando saltos mais ambiciosos;

Aos meus colegas, em especial ao meu sócio Tiago, que além de tudo se tornou um dos meus maiores amigos e grande parceiro na jornada, apoiador do esforço empreendido neste mestrado;

Aos meus colegas estudantes e professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, em especial na figura de um caro amigo a quem muito aprendi a admirar, Marco Antonio Marinelli Filho – de quem primeiro ouvi lições sobre semiótica e que mudaram completamente minha abordagem sobre o direito;

À minha esposa Susana, aos meus pais Francisco e Anatólia (*in memoriam*) e ao meu filho Rodolpho, que me motiva a acordar todos os dias e ser o melhor que puder naquilo que faço;

A todos os meus amigos, *ex toto corde*.

RESUMO

A presente pesquisa perscruta as possibilidades de análise pelo judiciário de conflitos oriundos do sistema político e como se dá tal análise. A problemática da utilização dialética multifuncional e as limitações do sistema jurídico em interferir no sistema político e vice-versa são objeto de análise. O trabalho procura chavear os pressupostos para que tal análise seja feita e perpassa pelas discussões sobre dialética, linguagem, teoria de sistemas, ciência política, teoria de separação de poderes e fundamentos de decidir. A pesquisa envolveu a análise de textos históricos, as principais teorias sobre o tema, a evolução e ganho de legitimidade do judiciário no Brasil e alguns países paradigmas fundamentais para o nosso sistema. O trabalho revolve a condição fática do enfrentamento pelos tribunais dos conflitos oriundos da política e constata que tal vem se dando na prática, assim como, verificou-se os estriamentos de tal atuação e sugere um procedimental para a abordagem dos conflitos e tomada de decisão, com destaque para a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Supremo Tribunal Federal; Multifuncionalidade dialética; Teoria de Sistemas; Matriz decisória; Fazendo a democracia funcionar.

ABSTRACT

The present research investigates the possibilities of an analysis by the judiciary of conflicts arising from the political system and how such analysis takes place. The problematic of the use of multifunctional dialectics and the limitations of the legal system in interfering in the political system and vice-versa, those questions are the object of the analysis. The work seeks to key the assumptions for such an analysis and goes through discussions on dialectics, language, systems' theory, political science, separation of powers theory, and grounds for deciding. The research involved the analysis of historical texts, the main theories on the theme, the evolution and gain of legitimacy of the judiciary in Brazil and some paradigm countries that are fundamental to our system. The work reviews the factual condition of the courts' handling of conflicts arising from politics and verifies that this has been occurring in practice, as well as verifies the stretches marks of such performance and suggests a procedural approach to conflicts and decision making, with emphasis on the performance of the Supreme Court.

Keywords: Supreme Court; Dialectical Multifunctionality; Systems Theory; Decision Matrix; Making Democracy Work.

IN SHAKESPEARE'S HENRY IV, Hotspur listens to
Owen Glendower boast,
"I can call spirits from the vastly deep." Hotspur
then replies,
*"Why, so can I, or so can any man, but will they
come when you do call for them?"*¹

¹ Em Henrique IV, de Shakeaspere, a personagem Henry Percy "Hotspur" ouve Owen Glendower gabar-se: "Posso chamar espíritos da mais profunda vastidão". Hotspur então responde: "Por quê, eu também posso, ou qualquer homem também pode, mas será que eles virão quando os chamar?". Neste trabalho explora-se, também, o limite aos quais podemos invocar os mitos fundadores de nossa jovem constituição e se, quando deles mais precisarmos, se lá estarão.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Transição entre sistemas	16
Figura 2 – Sistema de ação	33
Figura 3 – Sistema social	33
Figura 4 – Macroestrutura de cultura	37
Figura 5 – Mapa geopolítico pós-Westphalia	43
Figura 6 – Quadro analítico multifuncional	63
Figura 7 – Matriz de análise prática (quadro analítico multifuncional)	66
Figura 8 – Matriz de análise prática (quadro analítico multifuncional)	69

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	METODOLOGIA	15
3	O CONCEITO DE CIÊNCIA POLÍTICA E SUA OPERACIONALIDADE – MAIS PODER <i>V/S.</i> MENOS PODER	29
4	ASPECTOS SISTÊMICOS	32
5	TRIPARTIÇÃO DE PODERES E AS CORTES CONSTITUCIONAIS	40
6	HIPÓTESE	58
7	CONCLUSÃO	78
	REFERÊNCIAS	80
	APÊNDICE – Gustav Radbruch e o Jusnaturalismo Renovado (apontamentos do autor e excertos da Filosofia do Direito, de Gustav Radbruch)	86
	ANEXO – Excertos do texto Direito Natural e Jusnaturalismo, de Álvaro de Azevedo Gonzaga	91

1 INTRODUÇÃO

A questão envolvendo o enfrentamento, por parte do Poder Judiciário, de conflitos do campo da política vem gerando grande ruído sistêmico e, por vezes, expondo situações-limite dos atores envolvidos na solução dos conflitos.

O Poder Judiciário é chamado para solucionar conflitos políticos, porém, tendo que distender sua dialética (legal/ilegal) para estruturas mais afeitas à política – de mais poder e menos poder, por exemplo.

Essa multiplicidade dialética no enfrentamento dos conflitos – para além da controversa hipótese de a prática ser possível e permissível pelo ordenamento jurídico brasileiro – tem gerado grande cacofonia entre os decisores, introduzido uma nova lógica valorativa na análise e na solução dos conflitos postos ao Judiciário, principalmente nas Cortes com competência de análise de legislação nacional e constitucional.

A (i)lógica atuação política dos atores jurídicos tem fraturado a análise e a estabilidade dos sistemas jurídico e político, abrindo reiteradas e expostas feridas da fricção entre os poderes da república. Pesa nesse contexto a baixa capacidade demonstrada pelos atores jurídicos, assim como dos analistas, em traduzir os cenários possíveis e adjacentes da atuação do Poder Judiciário.

O fenômeno do sistema jurídico de autocriar suas estruturas e elementos valorativos (autopoiese), reequilibrar-se para manter-se operante (homeostase) e enfrentar os conflitos políticos a serem solucionados tem, em princípio, sido pouco analisado, aparentemente desestruturado e, ainda, sem uma lógica determinada quanto à forma pela qual se materializa.

Indo além, a própria demonstração dos limites do sistema positivo de regular de forma geral os complexos conflitos contemporâneos da sociedade – com a consequente reação do sistema político de emanar normas de conteúdo mais geral e abstrato –, lega ao Poder Judiciário um papel de especificar estas normas e de, propriamente, legiferação, o que tem hipertrofiado o Poder Judiciário.

Assim, a capacidade de conjuntura do Poder Judiciário de apreciar os conflitos oriundos da política, a possibilidade legal de uso de dialética diversa na solução de conflitos – particularmente aquela oriunda da lógica política (mais poder/menos poder; maioria/minoria) –, o efeito “inflacionário” dessa legiferação (quanto mais irradia normas menos *enforcement* alcança), acrescido da baixa legitimidade popular dos poderes ligados à justiça (que são togados e não eleitos), acrescido da atuação midiática dos atores jurídicos a fim de se legitimarem, são elementos do enorme desafio para a compreensão da lógica de atuação e a

existência ou não de uma teoria suficiente para conformar e explicar estas atuações e seus resultados.

Trata-se de uma crise paradigmática que não está presente somente no Brasil mas, particularmente no caso brasileiro, tem aberto feridas nas relações entre os poderes que sugerem até eventos de ruptura.

O assunto é complexo e delicado, na medida em que afeta basicamente toda a base sistêmica organizativa dos poderes e do Estado brasileiro.

2 METODOLOGIA

O sabido método que permeia a investigação do conhecimento baseado no diálogo, que articula ideias e conceitos distintos e/ou divergentes a fim de se alcançar um conhecimento, por meio da exploração das contradições nos embates de modo de pensamento distinto é o assento das proposições que se articulam neste trabalho. Esse método, desenvolvido na Grécia Antiga, berço do pensamento ocidental, é a dialética, que exercita o espírito crítico e põe no centro o questionamento.

O modelo hegeliano de tese, antítese e síntese, no qual se articulam as proposições e o contraditório, que se externa em refutação e negação, exercício que obtém a síntese (lógica dialética), é um elemento de operacionalidade muito utilizado no discurso jurídico e, naquilo que este trabalho percorre de forma subjacente, a intersecção dos sistemas jurídico e político. Por isso, é fundamental mencionar que o método é observado a fim de se descortinar os elementos estruturais e compreender como se vem desmontando e reconstruindo os valores e os princípios que norteiam a fundamentação das decisões do Poder Judiciário e principalmente, de sua mais alta instância, o Supremo Tribunal Federal.

O botão desaparece no desabrochar da flor, e pode-se dizer que é refutado pela flor. Igualmente, a flor se explica por meio do fruto como um falso existir da planta, e o fruto surge em lugar da flor como verdade da planta (Georg Wilhelm Friedrich Hegel).

Ainda que sucintamente mencionada tal filiação neste trabalho, reforça-se a ideia de produção do conhecimento como um *processo*, pelo qual esforços e proposições de teses, antíteses e sínteses geram o ponto de partida de uma nova especulação a partir da síntese em uma nova operacionalização de teses, antíteses e sínteses, assumida a máxima hegeliana de “o que é real é racional e o que é racional é real”¹.

Hegel situou definitivamente o fulcro essencial da contribuição de Kant à história da Teoria Geral do Conhecimento e à Filosofia quando salientou o sentido revolucionário de sua concepção nomotética e criadora do espírito, capaz de ordenar normativamente a multiplicidade amorfa dos dados sensíveis, pondo as bases do saber científico, que se desenvolve segundo sínteses sucessivas, sempre sujeitas a novos testes e revisões².

¹ HEGEL. Lineamentos de Filosofia do Direito (*Grundlinien der Philosophie des Rechtes*), introdução. Ed. Georg Lasson, Leipzig, 1930, p. 14: “Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig” *apud* REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82.

² REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82.

As tríades objeto de exploração neste trabalho são componentes da intersecção entre o sistema jurídico e o sistema político. É neste ponto que se busca responder à pergunta inserta na hipótese desta dissertação: “o Poder Judiciário pode resolver conflitos da política?”

Figura 1 – Transição entre sistemas



Fonte: Elaboração nossa.

Importante mencionar, quando inicialmente se pronuncia o enfoque da dialética, também a preocupação sobre como a linguagem é articulada operacionalmente nas estruturas dos sistemas jurídico e político. Em razão disso, do ponto de vista semiótico, reproduz-se o quadro de estrutura deôntica:

FR. DÉONTIQUES (MODALITÉS ~); INGL. DEONTIC MODALITIES

1. Do ponto de vista semiótico, a estrutura modal **deôntica** aparece quando o enunciado modal, tendo por predicado o dever*, sobredetermina e rege o enunciado de fazer*. A projeção binarizante dessa estrutura no quadrado* semiótico permite a formulação da categoria modal deôntica:



Cada termo do quadrado é suscetível de receber uma denominação substantiva:



Deve-se notar que, em lógica deôntica, o termo *prescrição* é, muitas vezes, substituído por *obrigação* (o que é injustificado semanticamente, porque a interdição é, também uma obrigação).

2. É talvez conveniente ressaltar que as modalidades deônticas afetam o sujeito na sua competência* modal e fazem parte da sua definição. Elas não regem, pois, o universo do Destinador* nem a axiologia de que ele depende transformando-a em um sistema de normas: o Destinador exerce um fazer-dever-fazer, e não prescreve este ou aquele fazer.

3. Pode-se reconhecer uma **lógica deôntica** que repousa no dispositivo modal resultante do dever-fazer; mais genericamente, pode-se prever uma **semiótica deôntica** que leve em conta as relações do dever-fazer com as outras modalidades*, tais como saber-fazer ou o poder-fazer³.

O tema da disposição do discurso jurídico no tempo e o seu próprio tempo instalado foi objeto de estudo em artigo recentemente acolhido para publicação, quando pode-se presenciar a larga utilização de discursos dramatizados, principalmente nos ambientes filosófico, jurídico e linguístico.

O drama é comunicacional: o conceito de Direito é extremamente polissêmico, fato ilustrável por uma rápida consulta a qualquer dicionário de nossa língua e que provoca obscuridades que embaraçam a compreensão do que é lido pelo leitor que, não raro, não consegue precisar de que Direito se está tratando. Com isso, o risco da polissemia do conceito de Direito exige daquele que o estuda, e sobre ele escreve, que o defina no intuito de prevenir ou ao menos abreviar tais obscuridades⁴.

Propo-se assim, lá naquele artigo, que o direito como discurso, é um discurso enunciado por alguém para outrem que recebe o discurso enunciado.

Assume-se que a língua é, para o contexto lá proposto e aqui incorporado, o critério distintivo do direito. E a razão é simples, mas não simplória: o direito sempre é enunciado segundo uma língua natural⁵. Não importa onde tenha vigência e em que tempo tenha vigência, seus enunciados normativos sempre serão constituídos por elementos linguísticos de uma língua natural. Não por outro motivo, para valer-nos de um exemplo que nos é próximo,

³ GREIMAS, A. J.; COURTÉS, J. **Dicionário de semiótica**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2020, p. 124.

⁴ SANTOS, Rodolpho Oliveira; MARINELLI FILHO, Marco Antonio. O tempo no direito e o tempo do direito. **International Journal of Development Research**. Impact Factor, v. 11, out. 2021.

⁵ Fato também constatado, ainda que tangencialmente, por A. J. Greimas: “O discurso jurídico não passa de um caso particular, definível na sua especificidade, entre todos os discursos possíveis – e realizados – numa língua natural qualquer”. GREIMAS, A. J.; COURTÉS, J. **Dicionário de semiótica**. São Paulo: Contexto, 2008; GREIMAS, Algirdas Julien. **Semiótica e Ciências Sociais**. São Paulo: Cultrix, 1981, p. 70.

todos os conceitos jurídicos fundamentais, suas categorias, são definidas não somente por dicionários jurídicos, mas também por dicionários da língua brasileira (portuguesa) que indicam, ao lado dos significados usuais, os significados jurídicos.

A nossa língua define o Direito como conjunto de enunciados (leis ou normas) que são enunciados por um enunciador específico (poder soberano, poder constituído). Sobre esta definição, a tradicional doutrina do direito certamente cairia sedenta e carregada de críticas. Afirmaria, dentre outros pontos, que a definição é demasiado restritiva, pois não considera como Direito os contratos particulares; ou que não é capaz de distinguir uma norma válida de uma norma inválida quando proferidas pelo enunciador definido pela língua; ou que é deveras avalorativa, não axiologizada em termos de justiça.

O Direito é necessariamente produzido por uma enunciação que o produz como enunciado. A enunciação é o ato de enunciar, é uma ação e, como tal, ocorre no tempo. O fruto do ato de enunciar, o enunciado, por sua vez, ao ser enunciado é posto no tempo. Tanto a enunciação quanto o enunciado decorrente, além de estarem no tempo, são estruturados por tempos discursivos. Esses três temas: a enunciação, o enunciado e o tempo são bases singulares no processo de análise do Direito e o instrumental fundante para formar o ato de violência que é a decisão posta, o cogente para as partes alcançadas pela norma ali individual.

A questão do tempo é inafastável quando o assunto em voga é o discurso – a produção de enunciado através de um ato de enunciação. Sobretudo quando o discurso sob análise é formado por enunciados estabilizados no tempo, pois escritos, como são os enunciados normativos de direito positivo⁶.

O tempo físico é o tempo do mundo, cujo percurso, em sua dimensão objetiva, é inexorável, uniforme e linear e, em sua dimensão subjetiva, é sentido de forma individual e peculiar (mais acelerado ou mais desacelerado) por cada indivíduo que percebe seu transcorrer e o interpreta segundo suas emoções e as ocupações que preenchem sua rotina no instante em que interpreta.

O tempo crônico é o tempo dos acontecimentos que, por um motivo ou outro, marcam a vida em que vivemos. Como esses acontecimentos ocorrem em cadeia, ensejam a formação de uma cronologia, que de fato sempre foi estruturada pelas sociedades humanas no intuito de matematizar o tempo crônico. A estruturação toma com parâmetro fenômenos

⁶ “O tempo, nesse sentido, faz imperiosamente parte do direito positivado. Por exemplo, ao contrário de um direito costumeiro, reconhecido, aceito, aplicado ‘desde tempos imemoriais’, o direito positivado (estabelecido mediante decisão) é fenômeno que começa, tem duração, permanece ou termina”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015; FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014, p. 8.

naturais repetitivos⁷ (como as recorrências dos dias e das noites, por exemplo) para promover um rígido fracionamento do tempo crônico em intervalos idênticos. Essa objetivação do tempo crônico é empreendida socialmente como condição imprescindível à sua existência, e ilustrada perfeitamente pela imagem do calendário⁸.

Enfim, o cômputo dos intervalos é fixo e imutável. Se ele não fosse fixo, estaríamos perdidos em um tempo errático e todo nosso universo mental não teria como se orientar. Se ele não fosse imutável, se os anos mudassem com os dias, ou se cada um os contasse à sua maneira, nenhum discurso sensato poderia mais ser mantido sobre nada e a história inteira falaria a linguagem da loucura⁹.

A estrutura que promove o cômputo do tempo crônico, contudo, não está, ela mesma, situada no tempo, por isso, é “intemporal”, como afirma Emile Benveniste. Como os segmentos são todos iguais (anos, meses, dias, horas, por exemplo, são sempre idênticos), não lhes são aplicáveis as categorias temporais do passado, do presente e do futuro. Esses intervalos: os anos, meses, dias, são apenas medidas, valores matemáticos que formam a cronologia (uma sequência numérica) que instrumentaliza o cômputo do tempo crônico. Esse fato, a atemporalidade do tempo crônico objetivo, não significa, contudo, que os anos, meses e dias não possam ser situados no tempo por aqueles que são e estão no tempo:

Ora, como um dia é idêntico a um outro qualquer, nada diz sobre determinado dia do calendário, tomado nele mesmo, se ele é passado, presente ou futuro. Ele não pode ser colocado em uma dessas três categorias senão por aquele que *vive* o tempo. ‘13 de fevereiro de 1641’ é uma data explícita e completa em virtude do sistema, mas que não nos informa em que tempo ela foi enunciada; pode-se tomá-la como prospectiva, por exemplo, em uma cláusula que garante a validade de um tratado concluído um século mais cedo, ou como retrospectiva e evocada dois séculos depois. O tempo crônico fixado em um calendário é estranho ao tempo vivido e não pode coincidir com ele; pelo próprio fato de ser objetivo, propõe medidas e

⁷ “Todas as sociedades instituíram um cômputo ou uma divisão do tempo crônico baseada na recorrência de fenômenos naturais: alternância do dia e da noite, trajeto visível do sol, fases da lua, movimento das marés, estações do clima e da vegetação etc.” BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral**. v. 1. Campinas: Pontes, 2005; BENVENISTE, Emile **Problemas de linguística geral**. v. 2. Campinas: Pontes, 2006, p. 72.

⁸ “Em todas as formas de cultura humana e em todas as épocas constatamos de uma maneira ou de outra, um esforço para objetivar o tempo crônico. Esta é uma condição necessária da vida das sociedades, e da vida dos indivíduos em sociedade. Este tempo socializado é o do calendário”. BENVENISTE, Emile **Problemas de linguística geral**. v. 2. Campinas: Pontes, 2006, p. 72.

⁹ BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral**. v. 1. Campinas: Pontes, 2005; BENVENISTE, Emile **Problemas de linguística geral**. v. 2. Campinas: Pontes, 2006; BENVENISTE, Emile. **Dicionário escolar da língua portuguesa**/Academia Brasileira de Letras. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

divisões uniformes em que se alojam acontecimentos, mas estes não coincidem com as categorias próprias da existência humana no tempo¹⁰.

Durante a explicação sobre a atemporalidade do tempo crônico, Benveniste permitiu compreender que àquele que vive o tempo é possível colocar também no tempo qualquer das frações de medida do tempo crônico objetivo através da sua enunciação. Resumidamente, para temporalizar o tempo crônico, bastaria enunciá-lo no tempo. Essa possibilidade não provoca, no entanto, uma coincidência entre tempo crônico enunciado e tempo linguístico. O tempo crônico, mesmo quando enunciado, permanece crônico. O tempo linguístico não se confunde nem com o tempo crônico nem com o tempo físico¹¹.

O tempo linguístico tem sua existência no discurso¹², ou seja, surge através do exercício da enunciação. É o discurso que traz à luz o tempo linguístico, articulando-o em verbos e advérbios, preposições e conjunções¹³. E como é no discurso que o tempo linguístico passa a ser, o marco que serve de referência ao tempo linguístico é o instante da enunciação discursiva, que é sempre presente, como afirma Emile Benveniste¹⁴. Diz-se que não se confunde com o tempo crônico, pois, por exemplo, no caso de o tempo linguístico ser marcado no enunciado pelo advérbio “hoje”, esse “hoje” não fará referência necessária a um dia específico do calendário, mas, ao contrário, poderá referir-se a qualquer dia do calendário, já que, como afirmado acima, todos os dias são iguais na objetividade do tempo crônico¹⁵. Ainda que não se confunda com o tempo crônico, nele pode ser ancorado o tempo linguístico. Essa ancoragem é realizada pela própria enunciação, que pode relacionar o seu presente a uma unidade do tempo crônico. Por exemplo, uma carta redigida no presente verbal e que leva, após a assinatura do enunciador, a data de sua enunciação. Neste caso, eventual “hoje” enunciado estaria ancorado na data grafada ao final da carta.

O presente da enunciação instaura um *agora* que servirá de orientação temporal para as demais marcações temporais que eventualmente venham a surgir no discurso. Assim, caso

¹⁰ BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral**. v. 1. Campinas: Pontes, 2005; BENVENISTE, Emile **Problemas de linguística geral**. v. 2. Campinas: Pontes, 2006, p. 74.

¹¹ “É pela língua que se manifesta a experiência humana do tempo, e o tempo linguístico manifesta-se irreduzível igualmente ao tempo crônico e ao tempo físico. BENVENISTE, Emile **Problemas de linguística geral**. v. 2. Campinas: Pontes, 2006, p. 74.

¹² “O que o tempo linguístico tem de singular é o fato de estar organicamente ligado ao exercício da fala, o fato de se definir e de se organizar como função do discurso.” (2006, p. 74), p. 74.

¹³ FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 148-177.

¹⁴ “Este tempo tem seu centro – um centro ao mesmo tempo gerador e axial – no *presente* da instância da fala [...] A língua deve, por necessidade, ordenar o tempo a partir de um eixo, e este é sempre e somente a instância do discurso.” BENVENISTE, Emile **Problemas de linguística geral**. v. 2. Campinas: Pontes, 2006, p. 74-75.

¹⁵ “É evidente que este presente, na medida em que é função do discurso, não pode ser localizado em uma divisão particular do tempo crônico, porque ele admite todas as divisões e não se refere a nenhuma em particular.” BENVENISTE, Emile **Problemas de linguística geral**. v. 2. Campinas: Pontes, 2006, p. 75.

um acontecimento seja rememorado, será narrado no passado, caso seja esperado, será descrito no futuro, pois em ambos os casos não serão coincidentes com o momento da enunciação¹⁶.

Partindo desse modelo proposto por Benveniste, José Luiz Fiorin identificou e sistematizou o funcionamento do tempo linguístico ordenado pela enunciação e articulado pelo enunciado. Pensando especificamente no enunciado, que tem o momento da enunciação como pressuposto lógico, identificou que aquele sempre traz em seu interior ao menos um momento de referência (uma marcação temporal que ordena o nível narrativo do enunciado¹⁷) e ao menos um momento do acontecimento (o fato ou a ação que derivam do verbo no interior do enunciado). Tomando esses dois sistemas, criados pelo momento de referência e pelo momento do acontecimento, José Luiz Fiorin propõe o seguinte (a citação será um pouco longa, mas indispensavelmente esclarecedora):

Daí decorre que existe na língua dois sistemas temporais: um relacionado diretamente ao momento da enunciação e outro ordenado em função de momentos de referência instalados no enunciado. Assim, temos um sistema enunciativo no primeiro caso e um enuncivo no segundo. Ocorre, no entanto, que o momento de referência está relacionado ao momento da enunciação, já que este é o eixo fundamental de ordenação temporal na língua. Por isso, ao momento da enunciação aplicamos a categoria topológica *concomitância* vs. *não-concomitância* (*anterioridade* vs. *posterioridade*) e obtemos três momentos de referência: concomitante, anterior e posterior ao momento da enunciação. Se o momento de referência é concomitante ao momento da enunciação, utilizamos o sistema enunciativo, já que tudo estará referido ao momento da enunciação. Cabe lembrar que esse momento de referência só se explicita em casos excepcionais (como já mostramos, isso ocorre quando a recepção não é simultânea à produção, por exemplo, numa carta). Se o momento de referência for anterior ou posterior ao momento da enunciação, deverá ser sempre explicitado. Temos, pois, dois momentos de referência explicitados: um pretérito e um futuro, que ordenam dois subsistemas temporais enuncivos.

O momento dos acontecimentos (estados e transformações) é ordenado em relação aos diferentes momentos de referência. Faz-se essa ordenação aplicando-se a categoria topológica *concomitância* vs. *não-concomitância* (*anterioridade* vs. *posterioridade*) aos diferentes momentos de referência. São três os momentos estruturalmente relevantes na constituição do sistema

¹⁶ “Chega-se assim a esta constatação – surpreendente à primeira vista, mas profundamente de acordo com a natureza real da linguagem – de que o único tempo inerente à língua é o presente axial do discurso, e que este presente é implícito. Ele determina duas outras referências temporais; estas são necessariamente explicitadas em um significante e em retorno fazem aparecer o presente como uma linha de separação entre o que não é mais presente e o que vai sê-lo. Estas duas referências não se relacionam ao tempo, mas as visões sobre o tempo, projetadas para trás e para frente a partir do ponto presente”. BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral**. v. 1. Campinas: Pontes, 2006, p. 76.

¹⁷ “A temporalização manifesta-se na linguagem na discursivização das ações, isto é, na narração, que é o simulacro da ação do homem no mundo”. FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 140.

temporal: momento da enunciação (ME), momento de referência (MR) e o momento do acontecimento (MA)¹⁸.

O discurso jurídico sempre se projeta do presente para um futuro indeterminado. Fá-lo através do uso do presente omnitemporal¹⁹ para criar um efeito de sentido de perenidade²⁰ sobre a qualificação modal que atribui a uma conduta qualquer, que passa a ser compreendida como obrigatória, proibida, permitida ou facultada desde sempre para sempre: sempre. E também através do emprego do futuro do presente, cujo efeito de sentido é explicado por José Luiz Fiorin:

Normalmente, diz-se que o futuro pode ocupar o lugar do imperativo na expressão da ordem. No Decálogo, por exemplo, temos: ‘Não matarás’. Esse valor deriva do alcance temporal e não modal do futuro. Como a ordem incide sobre acontecimentos posteriores em relação ao presente, o futuro pode substituir o imperativo²¹.

Com isso, o discurso jurídico projeta através de seus enunciados um efeito de sentido que permite compreender condutas proibidas, obrigatórias, permitidas e facultadas desde sempre para sempre e desde então para sempre. Esse modo de estruturação sintagmática das preposições “desde” e “para” (desde...para...) possui caráter essencialmente temporal, fato que demonstra como a produção do efeito de sentido de juridicidade transmitido pelo discurso jurídico está estritamente vinculada à estruturação que lhe promove o tempo discursivo.

Demonstrada a atuação do tempo discursivo no interior do discurso jurídico, resta analisar como o direito promove a categorização do tempo e tentar explicar essa categorização em termos discursivos.

É sobre esse interstício que a categorização jurídica do tempo incide como tempo jurídico. O tempo jurídico é a medida da validade de um enunciado normativo no interior do discurso jurídico total, é a medida de sua existência. É o percurso linear da reenunciação dos enunciados normativos, é a duração dessa reenunciação. Cada intervalo de reenunciação de enunciados normativos marca o início e o fim de uma nova sincronia no fluxo contínuo da diacronia do discurso jurídico. A categorização que o direito, enquanto um discurso gigantesco, exerce sobre o tempo, adaptando-o à sua realidade, é, portanto, a medida temporal

¹⁸ FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 145-146.

¹⁹ “Presente omnitemporal ou gnômico, quando o momento de referência é ilimitado, também o é o momento do acontecimento”. FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 150.

²⁰ “É o presente utilizado para enunciar verdades eternas ou que se pretendem como tais. Por isso, é a forma verbal mais utilizada pela ciência, pela religião, pela sabedoria popular (máximas e provérbios)”. FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 151.

²¹ FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2008, p. 154.

da validade de seus enunciados normativos. Ou seja, o direito situa-se temporalmente, marca o seu tempo conforme os enunciados normativos a cada vez existentes como seu discurso total. Cada sincronia é o conjunto de enunciados normativos válidos em um intervalo de tempo. Cada alteração desse conjunto, pela cessão da reenunciação ou pelo início de uma nova reenunciação, marca a sucessão a uma nova sincronia.

O tempo jurídico, contudo, não deve ser confundido com o tempo crônico. Sua diacronia em nada se relaciona ao tempo crônico. Cada sincronia que marca o conjunto de enunciados normativos válidos em algum momento pode coincidir com qualquer intervalo do tempo crônico: pode ter duração de um ano, um mês, um dia, uma hora ou um segundo, basta pensar nas sentenças também como enunciados normativos e na velocidade de sua produção nessa era digital.

O tempo crônico, para o tempo jurídico, funciona como uma simples ancoragem. Isso porque o direito, apesar de temporal (categoriza o tempo produzindo o tempo jurídico), não é cronológico. A categorização imposta pelo direito ao tempo limita-se à medida da duração da validade de suas normas jurídicas. Dado que o direito não secciona o tempo em partes iguais para computá-lo, como faz o tempo crônico, utiliza-se deste para contar a duração da reenunciação de suas normas, de suas sincronias. A instrumentalização do tempo crônico pelo direito dá-se da seguinte maneira: todo enunciado normativo traz em seu texto a data de sua enunciação, que marca também o início do processo de reenunciação que só será terminado pela enunciação de outro enunciado normativo que proíba sua reenunciação. E esse outro enunciado normativo, de caráter revogatório, também trará uma data de enunciação, que servirá para assinalar o término do período de validade daquele enunciado normativo revogado, que deixou de ser reenunciado. Logo, através de datas de enunciação ancoradas no tempo crônico, o direito controla o decorrer de seu tempo jurídico, controla a sucessão de suas sincronias prevenindo o caos que seria instituído caso fosse impossível estimar o início e o fim da reenunciação de seus enunciados normativos. O tempo jurídico, portanto, é uma categoria criada pelo próprio discurso jurídico que goza de autonomia relativamente ao tempo crônico, mas no qual opcionalmente²² ancora-se para racionalizar sua contagem.

²² Essa facultatividade pode ser ilustrada pela seguinte situação hipotética: caso o Direito atingisse um patamar de excelência que dispensasse qualquer nova enunciação, o tempo crônico deixaria ser necessário como instrumento de ancoragem, já que a última sincronia tornar-se-ia permanente, não precisando ser delimitada. Nesse caso o Direito positivo assemelhar-se-ia ao Direito consuetudinário. Por esse motivo, vale lembrar citação de Tercio Sampaio Ferraz Junior, já feita acima: “O tempo, nesse sentido, faz imperiosa parte da vivência do direito positivado. Por exemplo, ao contrário de um direito costumeiro, reconhecido, aceito aplicado ‘*desde tempos imemoriais*’, o direito positivado (estabelecido mediante decisão) é fenômeno que começa, tem duração, permanece ou termina.” Ou seja, o direito costumeiro não precisa ancorar-se no tempo crônico, pois vale, existe e vige independentemente dele, e, ainda assim, continua sendo Direito e possuindo sua própria temporalidade.

Enfim, é da comunhão entre os conceitos de validade e de tempo jurídico que deriva o conceito de vigência como o interstício localizado entre o início da existência (primeira enunciação) e o fim da existência (término da reenunciação) de um enunciado normativo no interior do discurso jurídico total. Enquanto o enunciado normativo for reenunciado, será válido, enquanto a reenunciação estiver no tempo jurídico, será vigente. A vigência, por conseguinte, é o ser temporal da validade no interior do universo do discurso jurídico.

Com base nessa definição, é possível verificar que há no funcionamento do discurso jurídico um inter-relacionamento entre três tempos distintos: o tempo discursivo, o tempo jurídico e o tempo crônico. O primeiro articula a composição sintagmática interna dos enunciados normativos originando o efeito de sentido de imperatividade ou juridicidade. O segundo, denominado de vigência, é a medida sincrônica da existência (validade) dos enunciados normativos no interior do discurso jurídico total. O terceiro é usado como instrumento de ancoragem cronológica pelo direito, que o emprega para viabilizar o cômputo de suas diversas sincronias, que se sucedem na sua incessante diacronia.

Ilustradas acima as questões quanto às características do discurso jurídico, como este irrompe e como organiza-se temporalmente – a sincronicidade imperativa do conjunto da imposições que dão forma ao direito que, ainda que se verifique a diacronia dos acontecimentos do direito, é estruturado para também dar forma aos seus “tempos”, que apenas se ancoram no tempo crônico mas, como a matemática, não estão necessariamente ligados a um tempo ou espaço.

Sob tais assunções pode-se propor um olhar sobre os subsistemas jurídico e político, estes contidos em um sistema mais amplo que é o sistema social, onde suas estruturas têm operacionalidade própria, mas não são refratárias e compartilham ambiente comum, de maneira que a interoperacionalidade entre esses sistemas não se dá sem ruídos.

Em decorrência dessa postura, as estruturas sociais (alguns preferem: instituições) necessitam ser entendidas como totalidades regidas por leis de composição não redutíveis a sucessões de eventos ou a uma gênese. A estrutura é um conjunto de transformações obedecendo a uma lei da totalidade considerada. As situações são possíveis e sua estruturação numa política não é diretamente observável – mesmo porque acontece no tempo e depende de decisões intermediárias. É fato que todas as teorias do equilíbrio necessitam simplificar, mas qualquer teoria simplifica. A homeostase sistêmica é conceito dependente da escolha de fatores atuantes, objetivos a perseguir e operadores interessados. A autorregulação sistêmica

representa uma série de desequilíbrios tornados suportáveis por alterações políticas, isto é, por reconsideração, no período crítico, das decisões possíveis na instauração de novas situações²³.

Este trabalho incorpora na análise o conceito de homeostase sistêmica em sistemas sociais, com suporte no conceito de Márcio Pugliesi, a fim de abarcar a capacidade do sistema jurídico e de suas estruturas componentes permanecer em alguma espécie de equilíbrio constante face aos ruídos ocasionados por outros sistemas – e aqui nos interessa o sistema político –, seja pela sua autorrenovação e ressignificação (autopoiesis), seja pela incorporação dialética de operacionalidade de outros sistemas.

A cultura, como sistema adaptativo que tem como conteúdo o capital cultural e escolar (que inclui a técnica), e a civilidade, com o capital tecnológico e suas realizações concretas, estabelecem entre si um movimento em que a tese ora surge no campo da cultura, ora naquele da civilidade e a antítese decorre da reação do outro campo: a síntese estabelece resultados em ambos os campos – alterando as expectativas e as representações sociais. O objeto representado não pode ser copiado, a representação social alberga essa síntese e a consolida para eventos análogos futuros. O capital político resultante forma-se, portanto, a partir da interação dos demais capitais e mantém a homeostase sistêmica sendo, muitas vezes, chamado de experiência. Assim, um homem que faça da política, em seu sentido vulgar, a profissão de sua vida e tenha uma formação cultural deficiente deverá buscar assessoria capaz de dar-lhe sustentação adequada sob pena de ver falecer essa carreira por inadequação entre seus projetos e sua experiência com as efetivas necessidades da sociedade²⁴.

A adoção da dialética de Hegel baseada na “negação da negação” é aqui feita por sua preponderância nos discursos jurídicos e por ser o método comum para solucionar conflitos trazidos ao sistema jurídico. Não se pretende aqui discutir os paradoxos de distinção²⁵, tendo como ponto de partida o sujeito que conhece e o objeto a ser conhecido.

²³ PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e direito**. t. I e II. Coimbra: Novas Edições Acadêmicas, 2021, p. 81.

²⁴ PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e direito** – uma abordagem sistêmico-construcionista. t. I e II. Coimbra: Novas Edições Acadêmicas, 2021, p. 87.

²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma filosofia da filosofia** – conceitos de filosofia. Fortaleza. Ed. UFC (Casa de José de Alencar) Programa Editorial, 1999. “Aqui, pode-se dizer, com **Cirne-Lima** (1993: 45), que se está diante de ‘um processo autoconstitutivo e auto-sustentado, no qual se fundamenta toda a lógica e a teoria da linguagem’, e, logo, o próprio conhecimento. Para nos darmos conta disso, porém, temos que nos confrontar – e, não evitar, por paradoxal e antinômica – com a contradição, que representa a auto-referência. Foi precisamente isso o que fez **Spencer-Brown**, quando recusou-se a aceitar o caminho proposto em teorias como aquela dos tipos, de **Russell** (cf. **Spencer-Brown**, 1979: XII/XIV) –, em que se afasta o paradoxo da auto-referência por um expediente *ad hoc*. Como propõe **Varela** (ib.:5, 21/22), se dermos vazão livremente à capacidade inerente a todo discurso de se referir a si mesmo, se buscarmos a circularidade da auto-referência e do paradoxo, ao invés de temermos o dano que causam à linearidade do pensamento axiomático, então nos damos conta de que aí não nenhuma *anomia*, mas sim um sinal de *autonomia* de um novo domínio do discurso, que se nos revela. Ao formular um paradoxo, se radicalizam absurdamente distinções que fazemos, que remetem à distinção básica que nos permite iniciar o processo de conhecimento, entre sujeito cognoscente e objeto cognoscitivo, e o absurdo do paradoxo, da antinomia, nos leva a conceber um novo domínio, em que,

Como lembra **Kesselring** (ib.: 576), *negação é distinção*, logo, *separação*, *análise*, do que originariamente aparece como junto, e uma forma do *distinguir* ou *separar* é o interromper da auto-referência. *Negar* significa por conseguinte também *não se referir a si* ou referir-se a um outro, ter em vista algo do outro que não a si mesmo, e também *abstrair de sua própria atividade* (grifos do original). A ‘negação da negação’, portanto, vai recuperar a unidade perdida, apontando para a auto-referência pressuposta no discurso de negação da contradição, axiomático, analítico, ao mesmo tempo em que nos projeta em um outro nível cognitivo, em que se apresenta a verdade do ‘uni-versum’, na unidade dos opostos²⁶.

Em outro trecho, o autor conclui:

Ora, estruturas normativas são sempre resultado de uma convenção, surgida na interação discursiva entre as pessoas, não podendo se pretender chegar a afirmar, por meio delas, algo definitivo sobre a natureza das coisas a que elas se referem, e sim, no máximo, sobre a natureza dessas estruturas mesmas. Então, o melhor é nos darmos conta de que, em todo discurso, operamos distinções, as quais pode-se definir como ‘perfeita continência’ (**Spencer-Brown**, ib:1). Saibamos contermo-nos, nos limites da compreensão possível. Sendo o discurso, seja ele proveniente do senso comum, da arte, da religião, da filosofia ou da ciência, uma ‘tela’ (**framework**) que construímos para captar a realidade, uma vez que essa construção repousa numa estrutura normativa, pode-se transpor o que disse o antropólogo hermenêuta **Clifford Geertz** (1983; 173) sobre aquela ordem normativa por excelência, em nossa sociedade, que é o direito, para caracterizar a matemática, a lógica e a filosofia, analítica ou dialética, como diferentes formas de propor um mundo em que suas descrições – e distinções – fazem sentido, e, logo, como formas diversas de ‘imaginar o real’. Nem mais, nem menos que isso²⁷.

Nessa pesquisa, perpassa-se por diversas discussões quanto à forma operativa do sistema jurídico. É trazido o exemplo da Corte mais importante do nosso sistema, o Supremo Tribunal Federal, onde se verificam enfrentamentos envolvendo os conflitos que transitam entre os sistemas político e jurídico, de maneira que na nossa análise não se despreza o quanto se forma em geração de sentido e conteúdo semântico. No embate político diário, a batalha de sentidos é densa. Vale lembrar que no nível fundamental da sintaxe, o padrão negação e a

mais amplo, e[m] em que os oposto[s] podem re-encontrar sua unidade. Assim fizeram, no início da filosofia, **Eubúlides** e demais representantes da **Escola Megárica** com seus jogos mentais, os eleatas, com seus paradoxos, **Sócrates**, com seu questionamento irônico; assim fazem, em outro ambiente cultural, os monges zen-budistas, com os **koan** que propõem aos seus discípulos; assim fez **Nietzsche**, com seus aforismos morais ‘inversores’, **Wittgenstein**, com os jogos de linguagem de suas ‘Investigações Filosóficas’, marcos da filosofia contemporânea; e assim fez **Hegel**, com seu método dialético baseado na estrutura auto-referencial da ‘negação da negação’.

²⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma filosofia da filosofia** – conceitos de filosofia. Fortaleza/CE. Ed. UFC (Casa de José de Alencar) Programa Editorial, 1999, p. 51.

²⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma filosofia da filosofia** – conceitos de filosofia. Fortaleza/CE Ed. UFC (Casa de José de Alencar) Programa Editorial, 1999, p. 52-53.

asserção são amplamente utilizados – método largamente aplicado na construção de mitos, como no caso cristão (que mais nos atine):

O mito constrói-se com a junção de termos opostos. No universo mítico cristão, a partir da oposição semântica de base/divindade/*versus*/humanidade/, teremos seres complexos como Cristo (divindade e humanidade). No universo cultural grego, o mito do andrógino concebe um ser, ao mesmo tempo, masculino e feminino²⁸.

José Júlio da Silva Ramos, em seu texto reproduzido por José Luiz Fiorin, demonstra o percurso gerativo de sentido:

Conhecem o apólogo do escudo de ouro e de prata?
 Eu lhe conto.
 No tempo da cavalaria andante, dois cavaleiros armados de ponto em branco (= com cuidado, com esmero, completamente), tendo vindo de partes opostas, encontram-se numa encruzilhada em cujo vértice se via erecta uma estátua de Vitória, a qual empunhava numa das mãos uma lança, enquanto a outra segurava um escudo.
 Como tivessem estacado, cada um de seu lado, exclamaram ao mesmo tempo:
 Que rico escudo de ouro!
 Que rico escudo de prata!
 Como de prata? Não vê que é de ouro?
 Como de ouro? Não vê que é de prata?
 O cavaleiro é cego.
 O cavaleiro é que não tem olhos.
 Palavra puxa palavra, ei-los que arremetem um contra o outro, em um combate singular, até caírem gravemente feridos.
 Nisto passa um dervis, que depois de os pensar com toda a caridade, inquire deles o motivo da contenda.
 É que o cavaleiro afirma que aquele escudo é de ouro.
 É que o cavaleiro afirma que aquele escudo é de prata.
 Pois, meus irmãos, observou o daroês, ambos tendes razão e nenhum tendes. Todo esse sangue se teria poupado, se cada um de vós se tivesse dado ao incômodo de passar um momento ao lado oposto. De ora em diante nunca mais entreis em pendência sem haverdes considerado todas as faces da questão²⁹.

E prossegue o raciocínio:

Considerar um objeto de várias perspectivas leva à conciliação, que é o bom entendimento com os outros a partir da aceitação de seus pontos de vista. A passagem da conjunção com um ponto de vista para a conjunção com

²⁸ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O vírus da verdade**. Versão adaptada para o webinar da Rede Direito & Arte, 2020.

²⁹ FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2018, p. 23.

múltiplos pontos de vista implica a substituição da polêmica pelo contrato, da confrontação pela conciliação³⁰.

³⁰ FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2018, p. 23.

3 O CONCEITO DE CIÊNCIA POLÍTICA E SUA OPERACIONALIDADE – MAIS PODER VS. MENOS PODER

A zona de contato entre os subsistemas jurídico, econômico e político é o local no ambiente constituinte – sistema social – em que este trabalho repousa seu olhar e tenta extrair da observação dos ruídos nos choques ininterruptos, sucessivos e inevitáveis uma ideia de como a operacionalidade do sistema jurídico se adequa e responde aos conflitos postos à solução.

Nesse ponto, a pesquisa aqui apresentada filia-se à noção de que a ciência política se propõe a analisar o fenômeno político e seu sistema operativo, de modo empírico, utilizando metodologias desenvolvidas nas ciências tradicionais, como a física e a biologia, por exemplo.

Aqui, o que nos interessa é o processo de distanciamento que a ciência política fez do Direito, mais especialmente do direito público, e como esta última se desenvolveu na análise dos fenômenos políticos – escapando das tradicionais fundamentações no direito natural ou de um acordo tácito ou formal (contrato), fundação de validade do Estado.

E aí a formulação teórica mais moderna de análise da política por meio da teoria geral de sistemas é que justamente acopla a tentativa de abordagem que se pretende neste estudo:

[...] hoje uma das teorias mais aceitas, ou pelo menos bastante discutidas entre os cientistas políticos, é a ‘sistêmica’ (*general system theory*), proposta por David Easton, segundo a qual a vida política no seu conjunto é considerada como um processo de *inputs* (perguntas) que nos chegam do ambiente externo (econômico, religioso, natural, etc.) e que se transforma em *outputs* (respostas), que seriam as decisões políticas em todos os níveis, que, por sua vez, retroagem sobre o ambiente circunstante provocando, assim, sempre novas perguntas³¹.

A ciência política almeja alcançar previsões, ainda que, segundo seus mais profícuos estudiosos, esteja longe desse intento, mas não se limite a pura e simplesmente descrever seu objeto de pesquisa, esforçando-se para explicar os fenômenos e, por vezes, não resistindo à sedução de fazer conjecturas.

A advertência aqui diz respeito a utilizar estas explicações para entender a operacionalidade do sistema político e nisto identificar como tal externalidade é absorvida pelo sistema jurídico. Como dito, ambos os “subsistemas”, jurídico e político, são estruturas a conviver no ambiente do sistema social, e suas interações, desejadas e indesejadas, geram

³¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. São Paulo: UNB – Imprensa Oficial, 2004, p. 167.

efeitos em seus mecanismos operativos. A homeostase inerente a estes sistemas procurará manter o equilíbrio de funcionalidade incorporando, rejeitando ou neutralizando os ruídos dos sistemas interferentes.

A Ciência política, além disso, é uma disciplina histórica, ou seja, uma forma de saber cujo objeto se desenvolve no tempo, sofrendo contínua transformação, o que torna impossível, de fato, um dos procedimentos fundamentais que permite aos físicos e biólogos a verificação ou a falsificação das próprias hipóteses, isto é, a experimentação. Não se pode reproduzir uma revolta de camponeses em laboratório por óbvias razões, entre outras, aquela que uma revolta reproduzida não seria mais uma revolta (note-se a relação entre uma ação cênica, que se pode repetir indefinidamente e a realidade representada pelos acontecimentos; o Hamlet, de Shakespeare, não é o príncipe da Dinamarca que realmente viveu). Finalmente, a Ciência política, enquanto ciência do homem e do comportamento humano, tem em comum, com todas as outras ciências humanísticas dificuldades específicas que derivam de algumas características da maneira de agir do homem. Destas, três são particularmente relevantes:

- a) O homem é um animal *teleológico*, que cumpre ações e se serve de coisas úteis para obter seus objetivos, nem sempre declarados e, muitas vezes, inconscientes. Podemos designar um significado à ação humana somente quando se consegue conhecer os fins desta ação; por isso, a importância que tem no estudo da ação humana o conhecimento das motivações, porque cada ciência social e, portanto, também a Ciência política, não pode prescindir da presença da psicologia.
- b) O homem é um animal *simbólico*, que se comunica com seus semelhantes através de símbolos (dos quais o mais importante é a linguagem): o conhecimento da ação humana exige a decifração e a interpretação destes símbolos, cuja significação é quase sempre incerta, às vezes desconhecida, e apenas passível de ser reconstruída por conjecturas (línguas mortas ou primitivas).
- c) O homem é um animal *ideológico*, que utiliza valores vigentes no sistema cultural no qual está inserido, a fim de racionalizar seu comportamento, alegando motivações diferentes das reais, com o fim de justificar-se ou de obter o consenso dos demais; por isso, a importância que assume na pesquisa social e política a revelação daquilo que está escondido, assim como a análise e a crítica das ideologias³².

No que tange à operacionalidade, importa trazer a este trabalho a definição de *poder*, já que é o elemento operacional principal no sistema político, procurando perquirir além das definições gerais de capacidade ou possibilidade de agir e/ou de produzir efeitos no meio natural ou sobre coisas inanimadas, mas especificamente naquilo que toca o poder do homem sobre o homem.

³² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. São Paulo: UNB – Imprensa Oficial, 2004, p. 168.

Gumprowicz afirmou: que essência do Poder consiste na posse dos meios de satisfazer as necessidades humanas e na possibilidade de dispor livremente de tais meios. [...] uma relação triádica. Para definir um certo Poder, não basta especificar a pessoa ou grupo que o detém e a pessoa ou grupo que a ele está sujeito, ocorre determinar também a esfera de atividade a qual o Poder se refere ou esfera de Poder³³.

Especificamente quanto às funções do mecanismo de operacionalidade do sistema político, importante distinguir entre o poder potencial, que é a capacidade de influenciar e/ou determinar o comportamento dos outros, e o poder atual, que é uma relação entre comportamentos. Lembremos sempre de que é o poder sobre o homem que importa na análise política, ainda que a posse ou a possibilidade de manejar recursos físicos sejam atributos de potência ao poder – *e.g.* dinheiro, equipamentos bélicos, força militar ou de polícia.

Na definição weberiana entre poder carismático, tradicional e legal, aquele que mais atine a este trabalho é o de poder legal, aquele adstrito às sociedades contemporâneas, fundados e legitimados em sistemas jurídicos delimitadores do exercício de tal poder por leis, normas e pela contenção exercida pelo Poder Judiciário.

Não se ignora o efeito de autoridade oriundo de legitimação fundada na tradição (sacro-religiosa ou secularizada) e no carisma do líder político – distinguindo livremente dentre eles os tribunos, os profetas e os sacerdotes³⁴.

Parsons define Poder, no sentido específico de Poder ‘político’, como a ‘capacidade geral de assegurar o cumprimento de obrigações pertinentes dentro de um sistema de organização coletiva em que as obrigações são legitimadas pela sua coessencialidade aos fins coletivos e, portanto, podem ser impostas com sanções negativas, qualquer que seja o agente social que as aplicar’. Nesta perspectiva, o Poder, conservando embora sua característica relacional fundamental, torna-se precisamente, o ‘meio circulante’ político, análogo à moeda na economia, ancorado por uma parte na institucionalização e na legitimação da autoridade e por outra, na possibilidade efetiva do recurso à ameaça e, como extrema medida, ao uso da violência³⁵.

³³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. São Paulo: UNB – Imprensa Oficial, 2004, p. 934.

³⁴ Menção intencional ao livro do Prof. Bolívar Lamounier e sua obra *Tribunos, Profetas e Sacerdotes*, na qual o autor distingue as características de discurso dos líderes políticos, onde o profeta é aquele que anuncia e “vende” aos seus seguidores um novo mundo, um porvir; o sacerdote é aquele líder que professa o dogma sacro-religioso que respeita uma certa tradição empunhada e o tribuno é aquele político que vem a público tematizar e defender as suas teses – mais efeito ao espírito democrático moderno.

³⁵ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. São Paulo: UNB – Imprensa Oficial, 2004, p. 941.

4 ASPECTOS SISTÊMICOS

Um metassistema pressupõe um código, através do qual se pode ligar um objeto material (o significante) ao comportamento que desperta (o significado). A parte material, visível, desse código é constituída, pelos significantes – os objetos, as formas e marcas duráveis ou não duráveis que se podem detectar. Mas há uma parte do metassistema que não se fixa no tempo: é o seu significado, o comportamento resultante dos significantes que, se não for atual e diretamente observável, apenas se pode reconstituir por descrições, analogias ou compreensões por processos hermenêuticos. Contudo, esse significado é partilhado pelos elementos em interação. O mesmo é dizer que estes elementos, por aprendizagem ou imposições externas, desenvolvem comportamentos idênticos perante certas mensagens. [...] Assim, por exemplo, nas comunidades podem ser encontrados metassistemas que resultaram da interação entre os indivíduos, mas que se concentraram e organizaram para difundir determinadas mensagens para todos os elementos da comunidade. É o caso das instituições eclesiásticas, legislativas e escolares, sempre em relação com o supra-sistema político. E é também o caso dos complexos sistemas dos *mass media* e, é claro, daqueles sistemas voltados à criação, aplicação e crítica das leis³⁶.

Este trabalho encampa a abordagem sistêmica sobre o problema posto sob análise e sobre como se dá o funcionamento das instituições de poder na sociedade. Sob essa ótica, constata-se que um estudo por meio de sistemas tem o condão de permitir uma melhor observação dos objetos investigados e de trazer certa simplificação analítica.

Muitos caminhos poderiam ser percorridos para demonstrar que o encadeamento de ideias e a ordenação das proposições explicam melhor o mundo – e que muito se afastaria do objeto da nossa pesquisa. Apesar de estar no nosso espírito essa tal *causa sui*, para os fins desta pesquisa, a visão de Niklas Luhmann de que “a sociedade se descreve a si mesma e não aceita que haja discursos reguladores de totalidade” é que nos governa. Dessa forma, utilizando os sistemas sociais, a ideia de *limitacionalidade* do escopo da sociologia, procurando explicar a sociedade por meio de acordos entre os indivíduos (ainda que, nas palavras de Márcio Pugliesi, esses acordos nem sempre sejam consentidos ou inferíveis, visto serem objeto de imposição e força), parece-nos a mais adequada.

Diante dessas considerações e advertências, trazemos o esquema de quatro funções AGIL de Parsons – *Adaptation, Goal Attainment, Integration, Latent Pattern Maintenance*:

³⁶ PUGLIESI, Márcio. **Filosofia do direito**. t. 1 e 2. Coimbra: Novas Edições Acadêmicas, 2021, p. 70.

Figura 2 – Sistema de ação

	instrumental	consumatório
exterior	<u>A</u> adaptação (<i>adaptation</i>)	<u>G</u> obtenção de fins (<i>goal-attainment</i>)
	conduta orgânica	personalidade
interior	<u>L</u> manutenção de estruturas latentes (<i>latent pattern-maintenance</i>)	<u>I</u> integração (<i>integration</i>)
	cultura	sistema social

Fonte: Autoria nossa – quadro baseado na obra de Niklas Luhmann.

Por seu realismo analítico e abertura à criatividade, no esquema da teoria de Talcott Parsons, a teoria da ação é o nível mais abstrato e geral e que comporta, por sua vez, o sistema social:

Figura 3 – Sistema social

	instrumental	consumatório
exterior	<u>A</u> adaptação (<i>adaptation</i>)	<u>G</u> obtenção de fins (<i>goal-attainment</i>)
	economia	política
interior	<u>L</u> manutenção de estruturas latentes (<i>latent pattern-maintenance</i>)	<u>I</u> integração (<i>integration</i>)
	instituições culturais	sistema comunitário

Fonte: Autoria nossa – quadro baseado na obra de Niklas Luhmann.

No sistema de Talcott Parsons, o sistema jurídico estaria inserido no campo das instituições culturais, naquilo que Talcott Parsons classificava como “a manutenção das estruturas de comportamento e preservação dos valores sociais”. Os diagramas transcendem hierarquia (de cima para baixo/de baixo para cima), possuem meios de troca funcional entre os sistemas por meios simbólicos (economia $\cong$ dinheiro; política $\cong$ poder; a comunidade $\cong$ a influência da autoridade; e o sistema da cultura $\cong$ o compromisso com os valores) e a relação entre os sistemas se daria por interpenetração.

Este esquema analítico não é a única arquitetura possível. A dialética é o contraste com os quais muitos dos autores citados nesta pesquisa vão criticar, superar, adaptar e evoluir a aplicação da teoria da ação.

Ao transferir seu centro de gravidade para o conceito de *autopoiesis*, a Teoria dos Sistemas defronta-se com o problema de como estão reguladas as relações entre sistema e meio; uma vez que, principalmente na estratégia teórica, a distinção sistema/meio faz referência ao fato de que o sistema pode evoluir a partir de si mesmo. Em todo processo evolutivo, a autopoiesis do sistema se reproduz e pode sobreviver à reprodução divergente oferecida pelas estruturas. É fácil entender que o meio desempenha um papel muito importante nisso; sem contar que carece de sentido perguntar o que é mais importante, sistema ou meio, já que é precisamente esta diferença que torna possível o sistema.

Isso significa que as transformações das estruturas, que só podem ser efetuadas dentro do sistema (de modo autopoietico), não se produzem a bel-prazer do sistema, mas devem se afirmar em um meio que o próprio sistema não pode perscrutar totalmente, e não pode, afinal, incluir em si mesmo, através do planejamento.

Portanto a pergunta fundamental é: como o sistema entra em relação com o meio, e quais instrumentos conceituais são necessários para apreender esta relação?³⁷

Propositalmente encerramos a citação no questionamento de Niklas Luhmann, pois nessa bifurcação teórica percorre-se trilha um pouco diferente. Como perpassado, a comunicação e a linguagem são as operações básicas do sistema social, de modo que o próprio alerta de Niklas Luhmann, abaixo, coaduna com a proposição de Márcio Pugliesi quanto à arbitrariedade de sistemas sociais humanos, incluindo nosso objeto de estudo, qual seja, os sistemas jurídico e político:

Eu não entendo que exista conhecimento científico que possa ser diretamente aplicado à práxis. A práxis, por exemplo, um Ministério, constitui para mim um sistema que se desenvolve segundo sua própria lógica, e que se apropria do que julga interessante no meio científico. Como vê, não entendo que a teoria deva ser aplicada. Ao contrário, fascina-me a ideia de que uma teoria, assim como a práxis, torna-se mais complexa quando lhe é permitido desenvolver suas próprias possibilidades, no sentido de que ela mesma possa aprimorar suas afirmações de acordo com seus próprios padrões (entrevista ao *Zeitschrift für Soziologie*, ano 21, CAD. 6, dez/1992)³⁸.

Para Talcott Parsons, assim como para Durkheim,

a sociedade tem uma constituição originária e de caráter moral: a sociedade só é possível quando se obtém suficientes consensos morais [...] A sociedade, antes que os indivíduos se disponham a agir, já está integrada pela moral, pelos valores e pelos símbolos normativos. Portanto, a sociedade não é possível, sem estar previamente integrada sob a forma de sistema³⁹.

³⁷ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 128-129.

³⁸ LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

³⁹ Parsons e Durkheim *apud* LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. Petrópolis: Vozes, 2009.

Os sistemas sociais lidam com humanos e estes não reagem somente de forma sistemática, mas respondem teleologicamente aos ruídos. O sistema social e seus subsistemas se transformam considerando o ambiente e os sistemas com os quais se inter-relacionam, todavia, para que essa homeostase funcione é preciso haver interação e superação ininterruptas – a “operação imunitária do sistema”, conforme explica Willis Santiago Guerra Filho em aula ministrada no programa de pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Este organismo (sistema jurídico) não pode permanecer em uma bolha, pois o isolamento enfraquece o indivíduo. Todavia, a “infestação” pode não permitir a sobrevivência. Diante disso, a autopoiese envolve a operação desta reação imune do sistema, respeitando um processo homeostático que limitará o quanto o sistema é capaz de reagir à infestação informacional trazida de outro sistema – o político, no exemplo aqui analisado. Assim, o sistema jurídico dialoga com o sistema político, mas não se pode permitir ser capturado por tal dialética, sob pena de se desintegrar. Igualmente, o sistema político não pode se penalizar pela dialética jurídica.

Eis aqui um possível paradoxo da autoimunidade, além de uma demonstração, segundo o nosso entendimento, de que a resultante da interação dos sistemas é o conflito. Então, questiona-se: o choque é inevitável?

A dialética política no discurso e no *decisum* jurídico é o parasita ou o “mal” que não pode ser desligado do sistema, essa “flora intestinal” do sistema jurídico que é necessária para processar, digerir e excretar o que é absorvido pelo conflito põe à prova, ininterruptamente, a integridade do sistema jurídico. Mas, ao mesmo tempo, a necessidade de legitimação e de interação de força com os outros sistemas impõe o uso dessas operações multifuncionais para, embora paradoxal, seja possível encerrar conflitos (e, não necessariamente, solucioná-los).

A biopolítica pode ser vista como política para promover uma vida melhor em vez de torná-la o campo privilegiado para a demonstração de poder soberano ou disciplinar. Tal possibilidade é dirigida a uma valorização positiva da imunidade como condição não apenas de fechamento hostil para evitar doenças ou ameaças mortais, mas também como um impulso para se abrir a fim de incluir com hospitalidade a quantidade do outro exterior que é necessária não apenas para resistir contra ela, enquanto é agente de diferenciação, complexificação e crescimento dos poderes vitais.

[...] Schmitt (1996, 2007) afirma que esta é uma despolitização propriamente dita, pois para ele a essência da política está na distinção dos amigos dos inimigos. Pelo contrário, para a política partidária de **Derrida**, o inimigo interior é, na realidade, nossa atual saturação em superpolitização. O conflito partidário é a verdadeira essência do sintoma autoimune de uma guerra civil mundial em curso. Derrida, de fato, quer, reconhece e exige uma

despolitização. Será outro nome para a destruição como para a pós-modernidade de **Lyotard** (1979, 1988) ou um sinal de retirada democrática como sugerido por **S. Zizek** (2003), especialmente nesta era de sobrepolitização? Mais ainda, ele anuncia um novo conceito de política, um conceito não-político de política, no seu conjunto; ele exige um novo conceito de democracia. É claro, uma "democracia a vir", dentro de uma "política a vir", através de uma "amizade a vir". Será possível? A resposta de Derrida: talvez. Em sua conhecida fórmula, isso só é possível como *impossível*. Sua impossibilidade é a condição de sua possibilidade. **Luhmann** não negaria tal com-possibilidade no mundo humano que ele concebe sob condições de dupla contingência. Do meu ponto de vista, poderíamos dizer com **Leibniz** e **Kant** que, se for necessário, deve ser (tornado) possível⁴⁰.

Assim, na esteira do caminho tomado a partir da bifurcação acima, traz-se o esquema estrutural elaborado por Márcio Pugliesi como pressuposto de análise para a hipótese debatida, pois, entende-se, concentra os elementos que emolduram a abordagem aqui buscada.

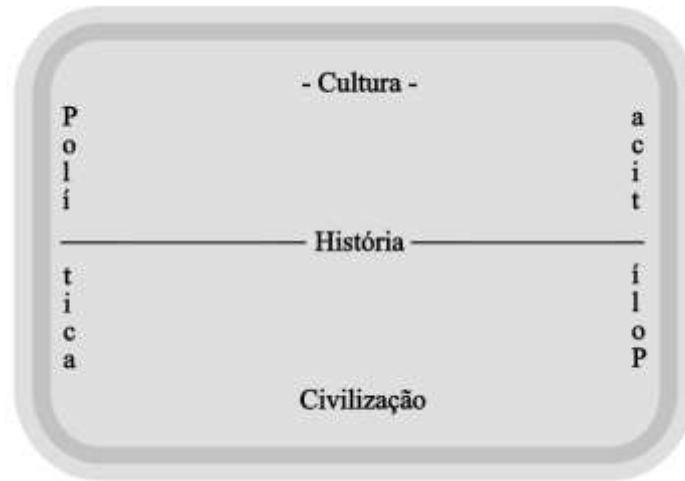
Um conceito em regra fugidio pode, agora, ser abordado de maneira mais estrita: um governo tem legitimidade quando persegue, nos limites da legalidade, os objetivos apresentados pela cultura à civilidade. Quando a cultura dominante – supondo-se que esta consiga de fato impor seus desígnios – se afasta sobremodo daquela popular, por mais esforços que o governo desempenhe, ainda assim, parecerá ilegítimo à maioria popular.

⁴⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Immunological theory of law**. Saarbrücken – Germany: LAP Lambert Academic Publishing, 2014, p. 31. “Biopolitics can be seen as politic to promote a better life instead of making it the privileged field for the demonstration of sovereign or disciplinary power. Such a possibility is directed connected to a positive valuation of immunity as a condition not only of hostile closure to avoid mortal diseases or menaces but also as a drive to become open in order to hospitably include the amount of the other outside that is needed not only to resist against it, while it is agent of differentiation, complexification and growth of life powers.

[..] Schmitt (1996, 2007) asserts that this is properly a depoliticalization, since for him the essence of politics lies in the distinction of the friends from the enemies. On the contrary, for **Derrida** partisan politics, the enemy within is, in reality, our current saturation in overpoliticalization. The partisan conflict is the true essence of the auto-immune symptom of an ongoing world civil war. Derrida, indeed, wants, acknowledges and demands a depoliticalization. Is it another name for the destruction as it is for **Lyotard's** (1979, 1988) post modernity or a sign of democratic withdrawal as suggested by **S. Zizek** (2003), especially in this age of overpoliticalization? More so, he advertises a new concept of politics, a non-political concept of politics, altogether; he demands a new concept of democracy. This is of course, a ‘democracy to come’, within a ‘politics to come’, through a ‘friendship to come’. Is it possible? **Derrida's** answer: perhaps. In his well-known formula, it is only possible as im-possible. Its impossibility is the condition of its possibility. **Luhmann** would not deny such com-possibility in the human world that he conceives under conditions of double contingency. From my point of view we could say with **Leibniz** and **Kant** that, if it is necessary, it must be (made) possible.”

Aqui se traz uma expressão preliminar e gráfica do exposto acima:

Figura 4 – Macroestrutura de cultura



Fonte: PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e direito** – uma abordagem sistêmico-construcionista. t. I . Coimbra: Novas Edições Acadêmicas, 2021, p. 456.

Observa-se que a posição superior de cultura é meramente decorrente de sua maior abstração frente à concreção dos elementos da civilização. Esse gráfico preliminar busca demonstrar que, como a história é lastreada no registro das circunstâncias (situações) e das decisões tomadas frente a essas situações, representa (a história) o registro das decisões tomadas em decorrência da harmonização dialética das condições concretas e atuais da civilização e das tendências de longo prazo ditadas pela cultura. De fato, para o homem comum, imerso em suas atividades cotidianas, acaba sendo gerada, por efeito de sua prática, uma concepção de mundo que, grosso modo, aproxima-se do conceito desenvolvido por Althusser:

Lembrem-se do que dissemos sobre a diferença que distingue uma filosofia de uma concepção do mundo. Numa concepção do mundo pode tratar-se da ciência, mas uma concepção do mundo nunca é centrada sobre a ciência como o é a filosofia. Não mantém com as ciências as relações que a filosofia mantém com a ciência. Uma concepção do mundo é centrada sobre algo diferente das ciências: sobre o que nós chamamos os valores das ideologias práticas. Uma concepção do mundo exprime as tendências que atravessam as ideologias práticas (religiosa, jurídica, política etc.). Uma c.d.m. tem sempre directa ou indirectamente pontos de contacto com questões que pertencem a estes domínios: problemas da religião, da moral, da política e, duma maneira mais lata, problema do sentido da história, da salvação da história humana. Toda a c.d.m. exprime finalmente uma certa tendência de carácter ou matiz político.

E concluímos: infelizmente, para Althusser e para todos, nem mesmo a ciência e a filosofia podem, num gesto de higiene, depurar-se, mesmo por profundo e intenso trabalho metodológico, dessa impura instância da realidade. A formulação teórica é afetada por todas essas poluições

semânticas e constrói-se no interior dessa poluída e única disponível atmosfera semântica. O mundo constitui a consciência e essa, ao apropriá-lo, começa a empreender a transformação de si própria e da realidade: não é possível apreender o mundo sem transformá-lo e transformar-se. Refiro-me, como seria desnecessário dizer, ao problema presente nas Teses sobre Feuerbach, em Karl MARX e Frederick ENGELS (1973), p. 665-668, e, particularmente à de número 11, que diz: ‘Os filósofos limitaram-se a interpretar o mundo de distintos modos; o que importa é transformá-lo’⁴¹.

Por fim, forçoso trazer a este ponto do trabalho o embate contemporâneo no campo das ciências política e jurídica quanto à discussão sobre os conceitos das teorias tradicionais de democracia majoritária, constitucionalismo e revisão judicial, que é foco atual de debate nos EUA.

Por vezes confundidos, os conceitos de democracia majoritária, constitucionalismo e revisão judicial encapsulam paradoxos na sua articulação e aplicação. Do ponto de vista simbólico, a Constituição também é fundada em uma “metaconstituição” que congregaria a ideia daquilo que a fundamenta, seus valores e ideologias.

Daí que os elementos que refreariam uma ditadura da maioria, por exemplo, estariam esculpidos nessa ideia de metaconstituição que seria o repositório dos valores e ideologias fundantes e aos quais o controle e a revisão judicial recorreria para limitar a abrangência de leis e até mesmo declará-las inconstitucionais.

Aqui reside também um desafio semântico e conjuntural ligado à cultura, visto que essa interpretação semântica vai se ajustar ao quadro cultural de nosso tempo e o recurso de fundamentação em valores gravados pelo “legislador constitucional” ou “fundamental” se oporia ou seria superior à maioria conjuntural. Este desafio de linguagem é também um fator a ser ponderado na articulação da tomada de decisão e, a depender do momento e do conteúdo político do problema posto, irá propor um ruído de maior envergadura para ser solucionado.

A ideia de constitucionalismo como um conjunto de normas de comportamento governamental, estabelecimento das instituições de estado e prescrição de mínimos direitos e garantias individuais (que representaria o mínimo consensual e superior a todos as leis subsequentes e, neste ponto representaria sempre uma melhor solução que a anarquia), não é livre de diversos questionamentos e críticas.

Nossa comunidade [em empilhamento histórico de histórias] mítica chegou a um acordo sobre certas regras fundamentais, regras que estabelecem alguma(s) instituição(ões) (ou pessoa) como promulgador de regras básicas e tomador de decisões, que prescrevem certos direitos e procedimentos e

⁴¹ Althusser *apud* PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e direito** – uma abordagem sistêmico-construcionista. t. I e II. Coimbra: Novas Edições Acadêmicas, 2021, p. 173.

estabelecem certas instituições adicionais, e que estabelecem uma instituição supermajoritária para expandir ou mudar essas regras básicas. Os membros [desta aludida comunidade] concordam com este complexo pacote de regras, mas não necessariamente porque seja o ideal de qualquer pessoa, e não necessariamente porque não haja regras no pacote que alguém ache moralmente repugnantes em oposição a um sub-ótimo. Ao contrário, eles concordam com o pacote porque é, do ponto de vista de qualquer um de seus membros, tanto moralmente superior à ausência de um acordo imperativo como também o melhor pacote ao qual eles podem fazer com que outros concordem.⁴²

Assim, a composição das abordagens mencionadas com a reflexão dos paradoxos existentes nos limites operacionais dos conceitos de democracia representativa, constitucionalismo e revisão judicial é o conjunto que este trabalho adota para a arquitetura analítica a ser utilizada na hipótese aqui suscitada.

⁴² CHRISTIANO, Thomas; CHRISTMAN, John. **Contemporary debates in political philosophy**. United Kingdom: Oxford: Wiley-Blackwell, 2009. “

Our mythical community has reached agreement about certain foundations rules, rules that set up some institution (or person) as the basic rule promulgator and decision-maker, that prescribe certain rights and procedures and set up certain additional institutions, and that set up a supermajoritarian institution for expanding or changing these basic rules. The members agree to this complex package of rules, but not necessarily because it is anyone’s ideal, and not necessarily because there are no rules in the package that anyone finds morally repugnant as opposed to suboptimal. Rather, they agree to the package because it is from everyone’s point of view both morally superior to the absence of authoritative settlement and also the best such package to which they can get others to agree.”

5 TRIPARTIÇÃO DE PODERES E AS CORTES CONSTITUCIONAIS

Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último ‘o poder de julgar’, e o outro chamaremos, simplesmente, ‘o poder executivo do Estado’. Dessa forma, o poder de julgar, tão terrível entre os homens, não estando ligado nem a uma certa situação, nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, **invisível e nulo**. E ninguém mais terá, constantemente, juizes diante dos olhos: temer-se-á a magistratura, e não os magistrados.

Dos três poderes dos quais falamos, o judiciário é, de algum modo, **nulo**. Restam dois, portanto, e como esses poderes necessitam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo, que é composto de nobres, torna-se muito capaz de produzir esse efeito (grifos nossos)⁴³.

Iniciamos este pressuposto com os excertos literais ilustrados por Montesquieu quanto à divisão de poderes em um Estado, seja ele uma república ou uma monarquia, sabido que será mais despótico e totalitário o Estado quanto mais tais poderes se fizerem concentrados na figura de um governante ou de uma certa aristocracia.

A ideia da divisão de poderes é sempre ilustrada a partir da Idade Moderna, com base fundante nos escritos de Montesquieu. Os grifos no texto original acima são justamente para atentar ao fato de que, naqueles idos, a ideia de um Poder Judiciário autônomo e independente não existia e nem se imaginava – até porque o próprio Montesquieu imaginava que tal poder de julgar era episódico e poderia facilmente ser moderado pelos nobres a compor o legislativo. Como ponto de partida, as palavras de Montesquieu:

Desejaria ter pesquisado, em todos os governos moderados que conhecemos, qual a distribuição dos três poderes, e daí calcular o grau de liberdade dos quais cada um deles pode gozar. Entretanto, nem sempre se deve deixar que se esgote o assunto a ponto de nada deixar para que o leitor também se esforce. Não se trata aqui de fazer ler, mas de fazer pensar⁴⁴.

A ideia de um Poder Judiciário independente e, mais adiante, instituição preponderante em Estados organizados e fundados em uma Constituição é uma construção histórica e não fruto de uma verdade teórica. O século XVIII é produto da ebulição do fim da

⁴³ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Texto Integral. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 165-170.

⁴⁴ MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Texto Integral. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 195.

Idade Média, do Iluminismo e da era das revoluções gêmeas, quais sejam, a Revolução Industrial (Inglaterra) e a Revolução Política (França) – além do experimento republicano democrático nos EUA.

Tal não se deu ao acaso. O século XVII vai gestando a consolidação dos estados soberanos naquilo que se veio a conhecer modernamente; a Inglaterra passou por um período republicano com a tirania de Oliver Cromwell, um puritano calvinista como os primeiros colonos que aportaram na América. Após a sua morte, a Inglaterra viveu um intenso período de restauração e de reinstituição da monarquia, contudo, dando forma a um modelo de limitação de poder do monarca (monarquia parlamentarista que até hoje lá vigora) e em uma forma mais liberal de organização da propriedade da terra e da circulação de bens. Neste contexto, as ideias de John Locke vão cristalizar, para os aspectos de organização política que aqui nos interessa, as bases para a Revolução Industrial iniciada na Inglaterra e influenciar os “pais fundadores” daquilo que viria a irromper com a independência americana.

Entendo, pois, por poder político o direito de elaborar as leis, incluindo a pena de morte e, portanto, as demais penalidades menores, no intuito de regular e conservar a propriedade, e de utilizar a força da comunidade para garantir a execução de tais leis e para protegê-la de ofensas externas. E tudo isso visando só ao bem da comunidade.

Os nossos espíritos não são tão grandes como a verdade nem conformes com a extensão total das coisas. Sejamos sinceros com nós mesmos e admitamo-lo. Quadrar-nos-ia melhor considerarmos bem as nossas próprias fraquezas e exigências, para o que fomos feitos, e do que somos capazes. Tal deve ser o nosso modesto princípio. Longe de possuímos algum conhecimento inato e bem arrumadinho das coisas, nas reentrâncias de nosso espírito nos cumpre encarar o fato único de que não podemos conceber ideias verdadeiras além de nossa experiência.

[...] Na realidade, há duas maneiras pela qual o espírito recebe as suas ideias. A primeira, por meio da simples *sensação*, pela percepção das ideias no mundo exterior. A segunda, por meio da *reflexão*, pela assimilação e classificação das ideias que o espírito recebe dos sentidos⁴⁵.

No outro lado do canal, na esteira da derrota para John Churchill⁴⁶ e a restauração da coroa britânica, os histrionismos de Luís XIV e seu absolutismo vão ser enfrentados intelectualmente por diversos luminares, com destaque para Montesquieu e Jean-Jacques Rousseau.

Ver-se-ia a multidão oprimida, internamente, em virtude das próprias precauções tomadas contra o que a ameaçava no exterior; ver-se-ia a opressão crescer continuamente, sem que os oprimidos pudessem jamais

⁴⁵ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁴⁶ CHURCHILL, Winston S. (Abridged by Henry Steele Commager). **Marlborough** – his life and times. First American Abridged Edition, (ed.) Charles Scribners Sons, 1968.

saber que termo teria, nem que meios legítimos lhes restariam para contê-la; ver-se-iam os direitos dos cidadãos e as liberdades nacionais se extinguirem pouco a pouco, e as reclamações dos fracos serem consideradas como murmúrios sediciosos; ver-se-ia a política restringir a uma porção mercenária do povo a honra de defender a causa comum; ver-se-ia surgir daí a necessidade dos impostos, o lavrador desanimado abandonar o campo, mesmo durante a paz, e deixar a charrua para cingir a espada; ver-se-iam os defensores da pátria cedo ou tarde tornarem-se seus inimigos, segurando sem cessar o punhal levantado contra os seus concidadãos; e viria um tempo em que os ouviríamos dizer ao opressor de seu país: *Pectore si fratris gladium juguloque parentis Condere me jubeas, gravidaeque in viscera partu Conjugis, invita peragam tamen omnia dextra*. Lucan, lib. I, V. 376⁴⁷.

Este caldo de assentamentos do mapa geopolítico do século XVII, da paz *Westfaliana*, do monarquia parlamentarista britânica e do profundo descontentamento com o império absolutista de Luís XIV, depois sucedido por seu herdeiro Luís XV, com a profunda transformação que a Revolução Industrial viria a trazer ao criar aglomerações urbanas e o exponencial aumento da produção de bens; o ideal republicano no espírito dos colonos americanos e seu protestantismo puritano; a virada antropocêntrica na filosofia; as rápidas descobertas e revoluções do pensamento científico – de Galileu, Copérnico, Newton, para nomear somente alguns –, todos esses acontecimentos culminam com os fenômenos da independência americana e da Revolução Francesa no final do século XVIII.

⁴⁷ Se a mim ordenasses fincar a espada no peito de meu irmão, na garganta de meu pai ou no ventre de minha esposa grávida, mesmo que contrariamente, minha mão tudo isto faria até o fim (N. do E.). ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Texto integral. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 84.

Figura 5 – Mapa geopolítico pós-Westphalia



Fonte: Created by [Mapping Solutions](#), Alaska, 2009.

Este novo desenho geopolítico e criação dos fundamentos do estado moderno, com definição de fronteiras e o conceito de soberania, em meio à ebulição de novos pensamentos é o ambiente onde se nutrirá os ideais que dominarão a vida dos povos e dos impérios nos séculos seguintes.

A liberdade, este rouxinol com voz de gigante, desperta os que têm o sono mais pesado. [...] Como é possível pensar em alguma coisa hoje que não seja lutar a favor ou contra a liberdade? Os que não podem amar a humanidade ainda podem ser grandes tiranos. Mas como se pode ficar indiferente?"
Ludwig Boerne

Os governos, tendo perdido seu equilíbrio, acham-se assustados, intimidados e confusos com os gritos da classe intermediária da sociedade, que, colocada entre reis e seus súditos, quebra o cetro dos monarcas e usurpa o grito do povo. *Metternich ao czar*⁴⁸.

Assim, das reminiscências do século das revoluções emergem as experiências políticas que vão materializar os pensamentos iluministas e do plano do pensamento para a realidade,

⁴⁸ HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções – 1789-1848**. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006, p. 159.

criar vida própria e irradiar sua influência no que conhecemos como democracia moderna e Estado Democrático de Direito.

Neste ponto, olhar para a experiência americana nos chama atenção, na medida em que se corporifica a ideia de divisão de poderes em três ramos que vieram a se consolidar como “independentes e harmônicos entre si”:

As treze colônias que sacudiram simultaneamente o jugo da Inglaterra no fim do século passado tinham, como já disse, a mesma religião, a mesma língua, os mesmos costumes, quase as mesmas leis; elas lutavam contra um inimigo comum, logo deviam ter fortes motivos para se unirem intimamente umas às outras e se absorverem numa só e mesma nação.

Mas cada uma delas, tendo sempre levado uma existência à parte e um governo a seu alcance, criara interesses assim como usos particulares e rejeitava uma união sólida e completa que fizesse desaparecer sua importância individual numa importância comum. Daí duas tendências opostas: uma que levava os anglo-americanos a se unirem, a outra que os levava a se dividirem.

Enquanto durou a guerra com a mãe-pátria, a necessidade fez prevalecer o princípio da união. E conquanto as leis que constituíam essa união fossem defeituosas, o vínculo comum subsistiu a despeito delas.

Mas assim que a paz foi firmada, os vícios da legislação mostraram-se a descoberto: o Estado pareceu dissolver-se de repente. Cada colônia, tornando-se república independente, apoderou-se da soberania inteira. O governo federal, que sua própria constituição condenava à fraqueza e que o sentimento do perigo público já não sustentava, viu seu pavilhão abandonado aos ultrajes dos grandes povos da Europa, enquanto não podia encontrar recursos suficientes para enfrentar nações indígenas e pagar os juros das dívidas contraídas durante a guerra da independência. A ponto de parecer, declarou ele próprio oficialmente sua importância e apelou para o poder constituinte.

Se a Inglaterra soube elevar-se por alguns instantes àquele alto grau de glória em que a imaginação orgulhosa de seus habitantes queria sem cessar mostrá-la, isso aconteceu nesse momento supremo em que o poder nacional vinha de certa forma abdicar o império.

Um povo lutar com energia para conquistar sua independência é um espetáculo que todos os séculos puderam proporcionar. Aliás, exageram muito os esforços que os americanos fizeram para livrar-se do jugo dos ingleses Separados por 1300 léguas de mar de seus inimigos, socorridos por um poderoso aliado, os Estados Unidos deveram a vitória muito mais a sua posição do que ao valor de seus exércitos ou ao patriotismo de seus cidadãos. Quem ousaria comparar a guerra da América com as guerras da revolução francesa, e os esforços dos americanos com os nossos, quando a França, exposta aos ataques da Europa inteira, sem dinheiro, sem crédito, sem aliados, lançava um vigésimo da sua população contra seus inimigos, sufocando com uma mão o incêndio que devorava sua entranhas e, com a outra, passeando a tocha à sua volta? Mas o que é novo na história das sociedades é ver um grande povo, advertido por seus legisladores de que as engrenagens do governo estão parando, voltar sem precipitação e sem medo seus olhares para si mesmo, sondar a profundidade do mal, conter-se durante dois anos inteiros, a fim de descobrir com vagar o remédio e, quando esse

remédio é indicado, submeter-se voluntariamente a ele sem que isso custe uma só lágrima nem uma só gota de sangue à humanidade.

Quando a insuficiência da primeira constituição federal se fez sentir, a efervescência das paixões políticas que fizera nascer a revolução estava em parte aplacada, e todos os grandes homens que ela criara ainda existiam. Foi uma dupla felicidade para a América. A assembleia pouco numerosa que se encarregou de redigir a segunda constituição continha os mais belos espíritos e os mais nobres caracteres que apareceram no Novo Mundo. George Washington a presidia.

Essa comissão nacional, após longas e maduras deliberações, ofereceu enfim à adoção do povo o corpo de leis orgânicas que ainda hoje rege a União. Todos os Estados o adotaram sucessivamente. O novo governo federal assumiu suas funções em 1789, após dois anos de interregno. A revolução da América acabou, pois, precisamente em que começava a nossa⁴⁹.

Este caminho foi percorrido por séculos para forjar os dogmas que se secularizaram na inspiração teórica de poder “episódico” e “neutro” para a instância que detém a prerrogativa de por último falar e de dar os contornos definitivos de interpretação da Constituição – daquilo que Ian Hamilton propõe na Convenção Federalista e que depois, incorporada pelo Juiz Marshall da Suprema Corte Americana, veio a se tornar a doutrina básica do constitucionalismo americano.

Abaixo, o artigo 78 da Convenção Federalista:

78

HAMILTON

OS JUÍZES COMO GUARDIÃES DA CONSTITUIÇÃO

Ao povo do Estado de Nova Iorque:

Passaremos agora à análise do poder Judiciário do governo proposto.

Na exposição dos defeitos da atual Confederação foram claramente acentuadas a utilidade e a necessidade de uma judicatura federal. É dispensável recapitular as considerações então expedidas, uma vez que a propriedade da instituição é por si só inquestionável, cabendo apenas algumas dúvidas quanto à maneira de organizá-la e a extensão de sua competência. Assim, nossas observações se limitarão a esses pontos.

A maneira de organizar o poder Judiciário compreende vários tópicos: 1º – o processo de nomeação de juízes; 2º – o período durante o qual eles deverão ser mantidos nos cargos; 3º – a repartição da autoridade pelas diferentes cortes e as relações entre elas.

Primeiro – o processo de nomeação dos juízes é igual ao observado para os funcionários públicos dos Estados Unidos em geral e já foi detalhadamente discutido nos dois últimos artigos, de modo que o que for dito aqui não será mais do que inútil repetição.

Segundo – quanto ao tempo em que os juízes deverão ser mantidos em seus cargos, é preciso considerar o exercício das funções, as remunerações e as medidas para assegurar-lhes a independência.

⁴⁹ TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro 1 – Leis e Costumes. 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 127-129.

De acordo com o projeto apresentado pela convenção, todos os juízes nomeados pelos Estados Unidos devem ser mantidos em seus cargos enquanto “bem se conduzirem”, o que está de acordo com o que consta na maioria das constituições estaduais, inclusive a nossa. O fato de ter sido este dispositivo contestado pelos adversários daquele projeto constitui sintoma seguro de uma vocação para discordar, que lhes perturba a imaginação e os julgamentos; a regra de boa conduta para a permanência no cargo da magistratura judicial é certamente um dos mais valiosos dos últimos progressos no exercício do governo, constituindo, em uma monarquia, excelente barreira contra o despotismo do príncipe e, nas repúblicas, obstáculo não menos importante contra as usurpações e opressões do Legislativo. Ademais, é o melhor recurso de que dispõe um governo para assegurar uma aplicação constante, correta e imparcial das leis.

Quem analisar atentamente os diferentes ramos do poder, percebe desde logo que, em um governo em que eles são separados um dos outros, o Judiciário, pela própria natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos previstos na Constituição, pois será o de menor capacidade para ofendê-los ou violá-los. O executivo dispõe não apenas das honrarias, mas também da espada. O Legislativo, além de manter os cordões da bolsa, prescreve as normas pelas quais cada cidadão deve regular seus direitos e deveres. O Judiciário, porém, não tem a menor influência sobre a espada nem sobre a bolsa; não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Na verdade, pode-se dizer que não tem “força” nem “poderio”, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo até do auxílio do ramo executivo para a eficácia de seus julgamentos.

Esta simples análise do assunto sugere várias conclusões importantes. Ela prova, incontestavelmente, que o Judiciário é, sem comparação, o mais fraco dos três poderes (*o famoso Montesquieu escreveu, a respeito deles: “Dos três poderes acima mencionados, o Judiciário é quase nada.” – *Spirit of Laws*, vol. I, p. 186. – Publius); que nunca poderá enfrentar com êxito qualquer dos outros dois; e que deve tomar todas as precauções possíveis para defender-se dos ataques deles. Prova igualmente que – embora alguma opressão individual possa, de quando em vez, partir das cortes de justiça – a liberdade geral do povo nunca será ameaçada por este lado, isto é, enquanto o Judiciário permanecer separado do Legislativo do Executivo, pois aceito que “não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado dos poderes Legislativo e Executivo”. E prova, finalmente, que a liberdade nada tem a temer do Judiciário isoladamente, mas tem sobrado motivos para precaver-se contra a união desse poder com qualquer dos outros dois; que tal união deve dar margem a todos os efeitos negativos de uma dependência do primeiro em relação aos demais, apesar de uma separação nominal e aparente; que, em consequência de sua natural fraqueza, o Judiciário está continuamente ameaçado de ser dominado, intimidado ou influenciado pelos outros ramos; e que, como nada pode contribuir para sua firmeza e independência do que a estabilidade nos cargos, essa condição deve ser encarada como fator indispensável em sua constituição e, em grande parte, como a cidadela da justiça e da segurança pública.

A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex-post-facto* e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, que têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão

inúteis. Relativamente à competência das cortes para declarar nulos determinados atos do Legislativo, porque contrários à constituição, tem havido certa surpresa, partindo do falso pressuposto que tal prática implica em uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Argumenta-se que a autoridade que pode declarar nulos os atos de outra deve necessariamente ser superior a esta outra. Uma vez que tal doutrina é muito observada em todas as constituições americanas, convém uma breve análise de seus fundamentos.

Não há posição que se apoie em princípios mais claros que a de declarar nulo o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade. Consequentemente, não será válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Negar tal evidência corresponde a afirmar que o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo que aqueles que agem em razão de delegações de poderes, estão impossibilitados de fazer não apenas o que tais poderes não autorizam, mas sobretudo o que eles proíbem.

Se se imaginar que os congressistas devem ser os juízes constitucionais de seus próprios poderes e que a interpretação que eles decidirem será obrigatória para os outros ramos do governo, a resposta é que esta não pode ser a hipótese natural, por não ter apoio de qualquer dispositivo da Constituição. Por outro lado, não é de admitir-se que a Constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepor a própria vontade à de seus constituintes. É muito mais racional supor que as cortes foram destinadas a desempenhar o papel de órgão intermediário entre o povo e o Legislativo, a fim de, além de outras funções, manter este último dentro dos limites fixados para sua atuação. O campo de ação próprio e peculiar das cortes se resume na interpretação das leis. Uma constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em consequência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes.

Todavia, esta conclusão não deve significar uma superioridade do Judiciário sobre o Legislativo. Somente supõe que o poder do povo é superior a ambos; e que, sempre que a vontade do Legislativo, traduzida em suas leis, se opuser à do povo, declarada na Constituição, os juízes devem obedecer a esta, não aquela, pautando suas decisões pela lei básica, não pelas leis ordinárias.

O exercício do critério judicial, no caso de leis contraditórias, é exemplificado a seguir. Não é raro acontecer que duas delas, aprovadas na mesma época, sejam parcial ou totalmente conflitantes, nenhuma delas contendo qualquer dispositivo revogável. Neste caso, cabe às cortes decidir, fixando-lhes o sentido e a atuação. Sempre que, por um equitativo artifício, for possível reconciliá-las, a lógica e a lei recomendam que isso seja feito; quando tal solução for impraticável será necessário pôr em execução uma delas, excluindo a outra. A regra observada nas cortes para determinar-lhes a validade relativa é que a última, na ordem cronológica, pretere as anteriores. Trata-se de uma simples norma de conduta não resultante de qualquer lei específica, mas tão-somente da lógica e da natureza das coisas não sendo imposta às cortes por qualquer dispositivo legal, apenas adotado por elas, como mais condizente com a realidade e a justiça, para orientar-lhes a conduta como intérpretes da lei. Elas julgaram razoável que, no caso de dois atos conflitantes e de igual hierarquia, deve ter preferência o que mais recentemente expressa a vontade do legislador.

Entretanto, se o conflito ocorrer entre os atos de autoridades de hierarquia diferente, a lógica e a natureza das coisas indicam que deve ser observada regra diferente, devendo o ato anterior da autoridade mais hierarquizada ter preferência sobre o subsequente de subordinada; em consequência sempre que uma lei ordinária à Constituição, é dever dos tribunais obedecer o prescrito por esta e ignorar aquela.

Não será demais temer que as cortes, sob o pretexto de não gostarem de determinada lei, decidam, a seu bel-prazer, modificar as intenções do legislador. Isso poderia acontecer tanto no caso de leis conflitantes como em cada aplicação de uma mesma lei. As cortes devem esclarecer o sentido de dispositivo legal e, se tentarem substituir “julgamento” por “vontade”, as consequências serão as mesmas da predominância de seus desejos sobre os dos legisladores. Se tal procedimento fosse válido não seria que os juízes deixassem de pertencer ao Poder Legislativo.

Aceitando, então, que as cortes de justiça devem ser consideradas como baluartes de uma Constituição limitada, opondo-se às usurpações do Legislativo, disporemos de um forte argumento em favor da estabilidade nos cargos judiciais, uma vez que nada contribuirá tanto para a sensação de independência dos juízes – fator essencial ao fiel desempenho de suas árduas funções.

Esta independência dos juízes é igualmente necessária à defesa da Constituição e dos direitos individuais contra os efeitos daquelas perturbações que, através das intrigas, dos astuciosos ou da influência de determinadas conjunturas, algumas vezes envenenam o povo e que – embora este rapidamente se recupere após ser bem-informado e refletir melhor – tendem, entretanto, a provocar inovações perigosas no governo e graves opressões sobre a parcela minoritária da comunidade. Embora eu esteja certo de que os adeptos da Constituição proposta jamais concordarão com seus inimigos (**Protest of the Minority of the Convention of Pennsylvania*, Discurso de Martin, etc. – *Publius*) questionando aquele princípio fundamental do regime republicano, que admite o direito do povo alterar ou abolir a Constituição em vigor, sempre que julgar inconsistente com sua conveniência, não é justo inferir do citado princípio que os representantes do povo – no caso de uma momentânea tendência colocar a maioria de seus constituintes em oposição aos dispositivos da Constituição vigente – tenham, por isso adquirido o direito de violá-los; ou que as cortes devam ser tão coniventes com infrações desse tipo como quando estas provinham totalmente das manobras do Legislativo. Até que o povo tenha, por algum ato solene e peremptório, anulado ou alterado as normas vigentes, elas devem ser obedecidas tanto coletiva como individualmente e nenhum pressuposto ou mesmo conhecimento das intenções do povo poderá autorizar seus representantes a furtarem-se, antes do referido ato, ao cumprimento daquelas normas. Entretanto, é fácil imaginar que será necessária uma forte dose de retidão, por parte dos juízes, para cumprirem seus deveres como fiéis guardiões da Constituição, se as invasões do legislativo tiverem sido instigadas pela maioria da comunidade.

Não é, porém, apenas com vistas às infrações da Constituição que a independência dos juízes deve ser uma salvaguarda essencial contra os efeitos de ocasionais perturbações na sociedade, as quais algumas vezes não vão além de ferir os direitos privados de determinadas classes de cidadãos, por meio de leis injustas e parciais. Nesses casos também a firmeza da magistratura judicial é de grande importância para mitigar a severidade e restringir amplitude de certas leis, servindo não apenas para moderar os malefícios imediatos daquelas que já tenham sido sancionadas, mas também atuando como um freio relativamente às que se encontram ainda em fase de

discussão; é que, percebendo os obstáculos ao êxito de suas iníquas intenções, que provavelmente serão criados pelas cortes, os maus legisladores ver-se-ão de certa maneira compelidos, pelas próprias razões da injustiça que premeditavam, a alterar sua tentativas. Este um elemento previsto para ter sobre a conduta do governo maior influência do que poucos poderiam imaginar. Os benefícios decorrentes da integridade e da moderação do judiciário já foram sentidos em mais de um estado e, embora tais virtudes tenham desagradado aqueles cujas maléficas intenções foram frustradas, elas merecem a simpatia e os aplausos dos ponderados e desinteressados. As pessoas sensatas, qualquer que seja sua classe, devem louvar tudo o que contribuir para criar ou fortalecer esta disposição nas cortes, eis que ninguém pode estar seguro de que não será amanhã vítima de um espírito de injustiça que possivelmente hoje o tenha beneficiado. E todos devem capacitar-se de que a inevitável desse espírito é solapar as bases da confiança, tanto pública como privada, e substituí-la por um clima de suspeita e de desassossego.

Esta inflexível e uniforme fidelidade aos direitos constitucionais e individuais, que percebemos serem indispensáveis às cortes de justiça, certamente não se pode esperar de juizes que exercem seus cargos em caráter temporário. Nomeações periódicas, ainda que regulares e feitas por quem quer que seja, resultam, mais cedo ou mais tarde, fatais à necessária independência dos juizes. Se a autoridade para fazê-las fosse cometida ao Executivo ou ao Legislativo, haveria o perigo de uma imprópria complacência relativamente ao ramo do poder que a exercesse; se fosse a ambos, o inconveniente resultaria do receio de desagradar um deles; se ao povo ao a pessoas por ele escolhidas para essa finalidade específica, ocorreria uma tendência exagerada para conquistar popularidade e para alardear o compromisso de que seriam consideradas apenas a Constituição e as leis.

Há ainda mais um poderoso argumento em favor da estabilidade nos cargos judiciais, que é resultante da natureza das qualificações que eles requerem. Tem sido frequentemente observado, com grande propriedade, que um dos inconvenientes associados às vantagens de um governo livre é o excessivo volume de suas leis. Para evitar uma conduta arbitrária das cortes, é indispensável que elas sejam refreadas por normas escritas e precedentes, visando a definir e exemplificar seus deveres em cada caso particular que possa surgir; e será logo previsto ante a variedade das controvérsias provocadas pela insensatez e maldade dos homens, que os registros desses precedentes devem inevitavelmente formar um enorme volume, exigindo longo e laboriosos estudos para que seja adquirido um bom conhecimento deles. Em consequência, são poucas as pessoas que, por suficientemente familiarizadas com a legislação podem ser nomeadas para as funções de juiz. Se ainda considerarmos as reduções impostas pelas fraquezas da natureza humana, será ainda menor o número das que reúnem o requisito de integridade com o de conhecimentos. Estas considerações nos levam a concluir que o governo não dispõe de muitas opções para o recrutamento de juizes capazes e, como a nomeação por prazo limitado naturalmente desencorajará os que deverão deixar um lucrativo escritório de advocacia para aceitar o cargo, resultaria a tendência de entregar a administração da justiça a mãos menos qualificadas para exercê-la com competência e dignidade. Nas atuais condições de nosso país e provavelmente ainda por um longo tempo, as desvantagens nesse campo seriam bem maiores do que à primeira vista podem parecer, mas devemos confessar que são ainda inferiores às que se apresentam relativamente a outros aspectos do assunto. Em resumo, não pode haver dúvida de que a convenção agiu judiciosamente, tomando como modelo as suas constituições que adotaram a norma de

manter os juízes em seus cargos enquanto bem se conduzem; e que, longe de ser criticável a esse respeito, o projeto apresentado teria sido inevitavelmente defeituoso se lhe faltasse tão importante característica de um bom governo. E a experiência da Grã-Bretanha nos oferece um belo exemplo da excelência desta prática.

PUBLIUS
(*The Federalist Papers* – May 28th 1788)⁵⁰

A despeito de pequenas menções em artigos antecedentes, como a ponderação sobre as conspirações com o Poder Legislativo no artigo 16, sobre a organização das Cortes federais no artigo 33, e as ponderações no artigo 65 sobre o *impeachment*, é no artigo 78 de O Federalista que se dá a mais bem-acabada doutrina sobre a autoridade e a responsabilidade da Suprema Corte Americana para a revisão judicial e poder de interpretação constitucional superior ao Congresso e a do chefe do Poder Executivo.

James Madison, posteriormente, no primeiro Congresso americano, ao apresentar o *Bill of Rights* argumenta a tese sobre o papel dos tribunais:

[...] os tribunais deveriam considerar-se de maneira peculiar os guardiões desses direitos; seriam um baluarte inexpugnável contra qualquer pretensão de poder no Legislativo ou no Executivo; serão naturalmente levados a resistir a qualquer usurpação dos direitos expressamente estipulados na Constituição⁵¹.

Todavia, nem Madison nem Jefferson jamais aceitaram plenamente a doutrina de Ian Hamilton, que veio a se tornar a doutrina básica do direito constitucional americano.

Essa concepção de supremacia judicial foi seguida por aquele que é considerado o maior juiz americano – John Marshall⁵² – no julgamento do caso *Marbury v. Madison*⁵³. Este

⁵⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOHN, Jay. **O Federalista**. Coleção Pensamento Político n. 62. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

⁵¹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOHN, Jay. **O Federalista**. Coleção Pensamento Político n. 62. Brasília: Universidade de Brasília, 1984, p. 81.

⁵² John Marshall, (born Sept. 24, 1755, near Germantown [now Midland], Va.—died July 6, 1835, Philadelphia, Pa.), fourth chief justice of the United States and principal founder of the U.S. system of constitutional law. As perhaps the Supreme Court's most influential chief justice, Marshall was responsible for constructing and defending both the foundation of judicial power and the principles of American federalism. The first of his great cases in more than 30 years of service was *Marbury v. Madison* (1803), which established the Supreme Court's right to expound constitutional law and exercise judicial review by declaring laws unconstitutional. His defense of federalism was articulated in *McCulloch v. Maryland* (1819), which upheld the authority of Congress to create the Bank of the United States and declared unconstitutional the right of a state to tax an instrument of the federal government. In his ruling on *McCulloch*, Marshall at once explained the authority of the court to interpret the constitution, the nature of federal-state relations inherent in a federal system of government, and the democratic nature of both the U.S. government and its governing. During his tenure as chief justice, Marshall participated in more than 1,000 decisions, writing more than 500 of them himself. Disponível em: <https://www.britannica.com/biography/John-Marshall>. Acesso em: 28 nov. 2021.

caso foi o mais importante a estabelecer a autoridade da Suprema Corte para invalidar leis em conflito com a Constituição. Foi relevantíssimo porque o juiz Marshall estava à frente de uma Corte ainda muito fraca e com um número muito pequeno de Cortes federais inferiores e diante de uma situação em que ninguém saberia se as Cortes estaduais iriam seguir a interpretação dada pela Suprema Corte. O caso foi ainda mais tormentoso, pois envolvia uma troca no poder onde os Republicanos liderados por Thomas Jefferson assumiam o poder em substituição aos Federalistas e, como dito, tanto Jefferson como Madison não comungavam da doutrina de Ian Hamilton. Assim, estava em jogo não somente a troca de grupos no poder, mas a própria ideia de uma federação forte, no idos de 1801. Os federalistas que deixavam o poder temiam os movimentos dos republicanos que, por sua vez, receavam diante do esforço centralizador dos federalistas e do apontamento de juízes para a Suprema Corte feito por eles. Alegavam, ainda, um temor às liberdades dos cidadãos – para Jefferson, quanto menos força tivesse a Suprema Corte, melhor seria para o país.

Além disso, Jefferson estava menos disposto do que Hamilton a dar aos juízes o poder final para resolver conflitos constitucionais/estatutários. Como ele escreveu mais tarde, Cada um dos três departamentos tem igualmente o direito de decidir por si mesmo qual é seu dever sob a constituição, sem levar em conta o que outros possam ter decidido por si mesmos sob uma questão semelhante⁵⁴.

No julgamento do caso *Marbury v. Madison*, o juiz Marshall consolidou os argumentos legais do (i) papel da Constituição como lei fundamental e superior às outras disposições legais; (ii) a natureza da expertise judicial; e (iii) a necessidade de se evitar uma legislatura de toda poderosa para fazer qualquer mudança. Porém, vale destacar as implicadas questões deste caso histórico. Mesmo assentando esses entendimentos e reafirmando a doutrina de Ian Hamilton, a decisão do caso foi favorável a Thomas Jefferson; diante disso, a Suprema Corte não teve que testar se sua decisão seria seguida pelo governo de então.

⁵³ O caso *Marbury v. Madison* envolvia a nomeação para juiz de paz do Distrito de Columbia pelo ex-presidente Adams de William Marbury, mas neste particular caso John Marshall que era secretário de estado no governo Adams – e já apontado como Chief of Justice da Suprema Corte – assinou o comissionamento de William Marbury, mas por ser nos últimos dias de governo, este document não foi entregue e o novo presidente, Thomas Jefferson, se negou a comissionar e dar posse a William Marbury.

⁵⁴ BREYER, Stephen. **Making our democracy work** – a judge’s view. United States: Vintage, 2010, p. 13. “Furthermore, Jefferson was less willing than was Hamilton to give judges ultimate power to resolve constitutional/statutory conflicts. As he later wrote, ‘each of the three departments has equally the right to decide for itself what is its duty under constitution, without any regard to what others may have decided for themselves under a similar question.

O destaque é para a forma pela qual se deu o início de legitimação da Suprema Corte americana, que começa com o embate do caso acima no século XIX e percorrerá um longo caminho de mais de 150 anos para firmar posições mais sólidas de aceitação de sua autoridade na sociedade americana – o que tem grande importância para o nosso sistema que claramente se inspirou na divisão de poderes e no constitucionalismo americano.

Antes de ilustrarmos essa discussão com outros casos paradigmáticos americanos, trazemos a reflexão de *Stephen Breyer*, um dos atuais juízes associados da Suprema Corte Americana:

Esta hesitação em considerar inconstitucional um estatuto federal, como a visão estratégica de Marshall sobre *Marbury*, sugere uma Corte profundamente incerta sobre se o presidente, o Congresso ou o próprio público aceitaria as opiniões da Corte sobre a Constituição - pelo menos quando eles discordaram fortemente das opiniões daqueles. E sem a garantia de que outros funcionários do governo e o público seguiriam a lei, como a Suprema Corte poderia exercer com sucesso seu poder de revisão? Como poderia ajudar a proteger, digamos, uma minoria impopular? Como poderia ajudar a tornar a Constituição mais do que palavras no papel?

Hoje, juízes de todo o mundo fazem perguntas semelhantes. Um chefe de justiça de uma nação africana que lutava para manter um judiciário independente recentemente me perguntou diretamente: "Por que os americanos fazem o que os tribunais dizem? O que, na Constituição, torna isso provável? Qual é o dispositivo institucional que torna eficaz a decisão dos tribunais? Qual, ela se perguntou, é o segredo? Eu respondi que não há segredo; não há palavras mágicas no papel. Seguir a lei é uma questão de costume, de hábito, de entendimentos amplamente compartilhados sobre como aqueles no governo e membros do público devem, e irão, agir quando confrontados com uma decisão judicial de que fortemente não gostam.

Minha breve resposta à pergunta do presidente desta Suprema Corte foi dizer que a história, não a doutrina jurídica, nos diz como os americanos vieram a seguir as decisões da Suprema Corte. Minha resposta mais longa consiste em vários exemplos que ilustram os diferentes desafios que a Suprema Corte e a nação enfrentaram, pois gradualmente, ao longo do tempo, o público americano desenvolveu esses costumes e hábitos⁵⁵.

⁵⁵ BREYER, Stephen. **Making our democracy work** – a judge's view. United States: Vintage, 2010, p. 13.

"This hesitancy to find a federal statute unconstitutional, like Marshall's strategic view of *Marbury*, suggests a Court deeply uncertain as to whether the president, the Congress, or the public itself would accept the Court's views about the Constitution – at least when they strongly disagreed with those views. And without assurance that other government officials and the public would follow the law, how could the Court successfully exercise its review power? How could it help to protect, say, an unpopular minority? How could it help make the Constitution more than words on paper? Today judges from all over the world ask similar questions. A chief of justice of an African nation struggling to maintain an independent judiciary recently asked me directly, 'Why do Americans do what the courts say?' What in the Constitution makes this likely? What is the institution device that makes court decision effective? What, she wondered, is the secret? I answered that there is no secret; there are no magic words on paper. Following the law is a matter of custom, of habit, of widely shared understandings as to how those in government and members of the public should, and will, act when faced with a court decision they strongly dislike. My short answer to the chief justice's question was to say that history, not legal doctrine, tell us how Americans came to follow the Supreme Court's rulings. My longer answer consists of several examples that illustrate different challenges the Court and the nation faced as gradually, over time, the American public developed those customs and habits."

O comentário do juiz americano da Suprema Corte é extremamente relevante para o argumento aqui explorado de que não existe propriamente uma verdade formal⁵⁶ sobre a fundamentação da separação dos poderes e da autoridade das Cortes constitucionais para fixar a interpretação válida da Constituição, revogar normas e ser a “última a falar”.

Após o julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em que a exposição da doutrina se fez presente, tal teoria foi desafiada numa decisão paradigmática envolvendo a tribo dos Cherokee⁵⁷, em 1830, sobre a posse de terras no estado da Geórgia – onde havia reservas minerais (principalmente ouro). Não obstante o ganho de causa por parte da tribo na Suprema Corte Americana, diversamente, naquele caso, onde se fez necessário implementar a decisão, desta vez não houve suporte do governo federal e a autoridade da Corte foi desafiada e derrotada.

Neste caso, os invasores das terras indígenas se negaram a seguir a decisão da Suprema Corte e o governador do estado da Geórgia com o apoio expresso do então presidente dos EUA, Andrew Jackson, ficaram inertes quanto à expulsão dos índios Cherokee de suas terras – que lá já viviam em formato de civilização moderna, com vilas, igrejas, negócios e exploração de agricultura.

O caso dos *Cherokee* é especial porque, quando da independência americana, este povo, em especial, firmou um tratado com a nova república onde viu assegurada a garantia de proteção de suas terras e de sua cultura. A Constituição americana expressamente assegura no seu artigo VI: “[...] todos os tratados já celebrados... sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados”⁵⁸.

A junção de desinteresses do Congresso, do presidente e a pressão dos interesses daqueles que queriam explorar as terras simplesmente tornou inexecutável a ordem da Suprema Corte. A fricção foi enorme e estava ali descravado um prego a pendurar a autoridade e a legitimação da Suprema Corte.

⁵⁶ BUNGE, Mario. **Dicionário de Filosofia**. Editora Perspectiva – 2006, São Paulo, Pag. 401. “**VERDADE** – A palavra “verdade” designa uma família de conceitos mutuamente irreduzíveis (não interdefiníveis). Distinguimos as seguintes verdades: formal, fátual, moral e artística. **a. Formal** – Uma fórmula em matemática abstrata (e.g. teoria dos conjuntos, topologia geral e teoria dos grupos) é formalmente verdadeira se e somente se puder ser **satisfeita** em algum domínio (ou sob alguma interpretação). Por exemplo, a lei comutativa “ $x \times y = y \times x$ ” é passível de ser satisfeita pela multiplicação numérica (mas não por produto matricial ou vetorial).”

⁵⁷ *Cherokee Nation v. Georgia*, 30 U.S. 1 (1831).

⁵⁸ “all Treaties made...under the Authority of the United States shall be the supreme law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the... Laws of any State to the Contrary notwithstanding”.

Mas o porvir traria algo ainda pior. O caso *Dred Scott*⁵⁹ é considerado o julgamento mais infame da Suprema Corte Americana. Dred Scott era escravo de uma fazenda na Virginia e seu primeiro “dono”, Peter Blow, levou-o para St. Louis, no Missouri, onde vendeu-o como escravo para um médico do exército chamado John Emerson. John Emerson levou Dred Scott consigo de base em base, incluindo uma base em Fort Armstrong, no estado de Illinois (livre da escravidão) e para Fort Snelling, no território livre de Wisconsin (hoje estado de Minnesota). Durante os primeiros anos Dred Scott se casou com uma escrava que também lá vivia. Tempos depois, Emerson retornou para St. Louis com Dred Scott, sua esposa e sua filha recém-nascida. Depois que Emerson faleceu, Dred Scott e sua família se tornaram propriedade da esposa do falecido e, posteriormente, do irmão da esposa do falecido Emerson. Dred Scott mostrou-se insatisfeito com a situação e, junto à sua esposa, ingressou com uma ação para pleitear sua liberdade, primeiro perante a Corte estadual e, depois, perante a Corte federal – o argumento era de que a longa estadia em um território e estado livre da escravidão os tinham tornado livres.

A questão explosiva da época era que os estados do sul dos EUA não iriam se juntar à União se esta proibisse a escravidão – a própria Constituição americana, diante dessas divisões, já previa que até 1808 não se proibiria a migração ou a importação de escravos nos EUA, questão que foi sendo postergada por décadas. Isso ocorreu porque o sul manteve maioria no Congresso por um longo período de tempo, contudo, a população do nordeste dos EUA crescia rapidamente, mudando a distribuição de representação, e era claramente antiescravista – não obstante, até metade do século XIX, ocorreram movimentos contraditórios, ora limitando a expansão de estados escravistas, ora aprovando a criação de novos estados livres da escravidão, como o estado da Califórnia. Em 1854, o caso Dred Scott chegou à Suprema Corte Americana.

Sem adentrar nos detalhes, o que restou inacreditavelmente registrado, de maneira infame para a história americana, foram as palavras do *Chief Justice*, que escrevendo o voto de liderança afirmou que os africanos eram “tão inferiores em relação à raça branca que eles não teriam direitos que os homens brancos fossem capazes de respeitar”, de modo que todos os “privilégios e imunidades aplicados aos cidadãos em todos os estados” não se refeririam “a ex-escravos e escravos que o norte eventualmente considerasse livres”. O julgamento não foi unânime. O juiz Benjamin Curtis redigiu o voto de dissenso, defendendo o critério *jus solis* e argumentando que todos aqueles nascidos nos EUA deveriam ser considerados cidadãos e

⁵⁹ Scott v. Sandford, 60 U.S. 19 How. 393 393 (1856).

livres por direito – este mesmo juiz veio a se desligar da Corte após a publicação da infame decisão.

O voto do juiz Curtis, com todos os seus fortes argumentos, foi utilizado como panfleto. Muitos acreditam que a decisão do caso Dred Scott foi um dos fatores, senão o mais importante, a fazer irromper a guerra civil americana. O caso reverberou incrivelmente nos estados do nordeste americano, foi largamente contestado e tido como a maior vergonha da Corte. Nas palavras de Abraham Lincoln – à época candidato ao Senado – uma decisão “espantadora na história do direito” tornando “nossa uma vez gloriosa Declaração de Independência em um naufrágio e ruína mutilada”.

A Corte estava claramente balançada com a situação política da União e o que uma decisão favorável no caso poderia irromper. Contudo, além de vergonhoso, o efeito da decisão foi exatamente o contrário da suposta estabilidade que Corte imaginou estar preservando, ao agitar e ser precursora da guerra civil.

Existem, é claro, fortes argumentos institucionais, jurisprudenciais e éticos contra os juízes de um tribunal constitucional que apertam seus dedos conforme os ventos políticos. Um tribunal que age 'politicamente' brinca com o fogo. Por um lado, no mínimo, mina a confiança da parcela do público com visão política que favorece o resultado oposto. Mais importante, os escritos de Hamilton deixam claro que o próprio objetivo de conceder a tal corte o poder de revisão judicial era oferecer segurança constitucional onde isso é politicamente impopular. Por tais razões, Dred Scott acrescenta outra consideração puramente prática. **Os juízes não são necessariamente bons políticos.** Sua visão sobre o que é politicamente expediente pode muito bem revelar-se completamente errada. Tal, como a história nos mostra, foi o caso de Dred Scott. [...] Um exame atento da decisão sobre o caso Dred Scott, o "pior caso" da Corte, pode nos ensinar através de exemplos negativos sobre a importante relação entre a forma como a Corte cumpre sua obrigação de manter uma Constituição viável e a forma como o público realiza o seu encargo de fazer o mesmo. Também pode nos ajudar a compreender a importância de um raciocínio sólido, os perigos da confiança na retórica, a necessidade de uma interpretação constitucional prática consistente com os valores subjacentes de nossa nação; e nos ensina o importante papel que a moralidade e os valores desempenham - ou deveriam desempenhar - na interseção do direito e da política⁶⁰ (grifo nosso).

⁶⁰ BREYER, Stephen. **Making our democracy work** – a judge's view. United States: Vintage, 2010, p. 45-48. “There are, of course, strong institutional, jurisprudential, and ethical arguments against judges of a constitutional court holding their fingers up to the political winds. A court that acts ‘politically’ plays with fire. For one thing, at a minimum, it undermines the confidence of that portion of the political public that favors the opposite result. More important, Hamilton’s writings make clear that the very point of granting such a Court the power of judicial review was to offer constitutional security where doing so is politically unpopular. To such reasons Dred Scott adds another, purely practical consideration. Judges are not necessarily good politicians. Their view about what is politically expedient could well turn out to be completely wrong. Such, as history shows us, was the case in Dred Scott. [...] A close examination of the Dred Scott opinion, the Court’s ‘worst case, can teach us through negative example about the important relation between the way the Court fulfills its obligation to maintain a workable Constitution and the way the public carries out theirs. It also can help us

Mesmo após o fim da guerra civil e a proclamação da 14ª Emenda à Constituição Americana – por muitos chamada de novo *Bill of Rights* – o caminho ainda seguiu tortuoso para a Suprema Corte americana, visto que a despeito do fim da escravidão, os estados do sul construíram toda uma ordem jurídica de segregação entre brancos e negros – construindo um peculiar entendimento de igualdade formal perante a lei – que, suportado por linchamentos e os mais diversos atos desumanos de quase um século, somente foi novamente enfrentado no caso *Brown v. Board of Education*⁶¹ que, visando acabar com a segregação, a Suprema Corte americana proferiu decisão histórica e, diversamente daquilo que havia acontecido 120 anos antes, desta vez, o presidente americano Eisenhower, enfrentando o governador do Arkansas, Orval Faubus, engajou tropas de segurança nacional para determinar a integração de estudantes negros e brancos, desta vez, afirmando com força a decisão da Suprema Corte.

Trata-se de uma decisão histórica, pois deu forças para a transformação ocorrida quanto aos direitos e liberdades civis nos EUA para, finalmente, apontar para o fim da segregação – não que a igualdade tenha firmemente se operado, todavia, do ponto de vista legal e de atuação do Estado, significou toda uma sorte de mudanças.

Entretanto, mesmo com a sequência de casos históricos, ainda no início do século XXI, a Corte americana viu questionados seus argumentos e autoridade, no caso emblemático *Gore v. Bush*, que apreciou o pedido de recontagem de votos e atuação na eleição americana.

Para a finalidade desta pesquisa, o que se quis apresentar com a longa exposição de questões históricas e paradigmáticas da Corte americana é que a construção do dogma de separação dos poderes e a legitimação de uma Corte constitucional para por último firmar entendimentos e resolver conflitos é fruto de uma construção e reafirmação histórica e não fato dado de uma “verdade formal” teórico-científica – se é que isto é possível em quaisquer das ciências sociais. A relevância da experiência americana é basilar porque lá se iniciou o experimento exportado ao mundo inteiro de uma democracia moderna, em um estado republicano organizado em torno do princípio de Estado Democrático de Direito.

understand the importance of solid reasoning, the dangers of reliance on rhetoric, the need for practical constitutional interpretation consistent with our nation’s underlying values; and it teaches us the important role that morality and values play – or should play – at the intersection of law and politics.”

⁶¹ O caso *Brown v. Board of Education of Topeka, Kansas (and four other cities)* 347 U.S. 483 (1954) enfrentava a questão da segregação racial e reforçava a decisão das Cortes inferiores de que a integração deveria ocorrer a fim de extinguir as injustiças em termos de qualidade e oportunidades educacionais e asseverar o estatuto constitucional “no State shall...deprive any person of...equal protection of laws”. O caso foi um marco de afirmação da autoridade da Suprema Corte e um dos mais importantes para o avanço dos direitos e liberdades civis nos EUA.

[...] a confiança do público não pode ser tomada como certa. A confiança do público não decorre automaticamente da existência de uma constituição escrita. Ela deve ser construída, e uma vez construída, deve ser mantida. Para manter a confiança pública necessária nas decisões da Corte, cada nova geração tem certas obrigações. Ela deve aprender como funciona nosso governo constitucional, tomar conhecimento de sua história, ser encorajada a participar do processo democrático e observar a geração anterior, à medida que ela se baseia nesses costumes públicos⁶².

Assim, a construção da separação dos poderes e de uma Corte constitucional que tenha autoridade para fazer a revisão judicial final e dar a última palavra e a última interpretação da Constituição é um *constructo*, fruto de sedimentação histórica e de dogmas secularizados no âmbito da sociedade. Contudo, não se trata de uma doutrina unânime, nem mesmo nas nações mais desenvolvidas do ocidente. A Suprema Corte do Canadá, por exemplo, apesar de poder declarar uma norma inconstitucional, pode ver sua decisão ser simplesmente superada e o Poder Legislativo pode reinstituir a norma sem necessidade de elaborar uma emenda à Constituição. As cortes do Reino Unido e da Nova Zelândia, ainda que possam declarar a “incompatibilidade” ou firmar entendimentos para melhor aderir a norma combatida aos preceitos constitucionais destes países, não inviabiliza a norma objeto da decisão e nem a retira do sistema. E mesmo quando declara a sua incompatibilidade, essas Cortes podem ver suas decisões ratificadas e/ou retificadas pelo Parlamento, fazendo com que voltem a produzir efeito – independentemente do julgamento fixado pela Corte com competência constitucional.

⁶² BREYER, Stephen. **Making our democracy work** – a judge’s view. United States: Vintage, 2010. “[...] the public’s trust cannot be taken for granted. Public trust does not follow automatically from the existence of a written constitution. It must be built, and once built, it must be maintained. To maintain the necessary public confidence in the Court’s decisions, each new generation has certain obligations. It must learn how our constitutional government works, become aware of its history, be encouraged to participate in the democratic process, and observe the preceding generation as it builds on those public customs”.

6 HIPÓTESE

O percurso transcorrido nos pressupostos busca estabelecer uma moldura para a tentativa de resposta à questão intrínseca enfrentada neste trabalho: pode o Poder Judiciário, ao solucionar conflitos políticos – aqui em mente aqueles que envolvem toda sorte de provocações e impasses oriundos dos outros poderes, dos mais diversos atores em conflito no jogo de Poder –, operacionalizar seu sistema com mecanismos da dialética política? Para respondê-la, perpassaremos pelo seguintes eixos: **(i)** a ideia de que uma sociedade organizada em um Estado Democrático de Direito se estrutura em um sistema jurídico axiologicamente preocupado com a justiça; **(ii)** que este sistema jurídico se estrutura para ordenar e controlar, prioritariamente, conflitos sociais; **(iii)** tendo uma visão pragmático-procedimental na tomada de decisão; **(iv)** enfeixada com o “princípio fundamental-transcendental” da proporcionalidade; e com o fim último **(v)** de fazer a democracia (sistema político) funcionar.

A experiência do século XX e suas cataclísmicas crises e guerras incrustaram claramente nos países desenvolvidos e de influência da cultura ocidental o primado de que não é possível a qualquer sistema jurídico se divorciar de um axioma de justiça e um conjunto de valores e de direitos imanentes ao existir humano, que se apoia na concepção de Jusnaturalismo renovado, objeto de grande estudo crítico após a Segunda Guerra e melhor sintetizado nas fórmulas de Gustav Radbruch, exemplo de base deste eixo, conforme demonstramos abaixo:

- a) A lei positiva, garantida pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando seu conteúdo é injusto e não beneficia o povo, a menos que o conflito entre o estatuto (lei) e a justiça atinja um grau tão intolerável que o estatuto, “como lei falha”, deva render-se à justiça.
- b) Onde não há nem mesmo uma tentativa de justiça, onde a igualdade, o cerne da justiça, é deliberadamente traída na emissão de leis positivas, então o estatuto não é apenas uma “lei falha”, ele carece completamente da própria natureza da lei. Pois a lei, incluindo o direito positivo, não pode ser definida de outra forma do que como um sistema e uma instituição cujo próprio significado é servir à justiça⁶³.

Assim, assumida a premissa de preocupação axiológica com a justiça em diálogo com o enunciado pela fórmula de G. Radbruch, seguimos do ponto de partida para percorrermos o segundo eixo de discussão. O sistema jurídico em sua concepção traduz um critério de justiça

⁶³ Dada a amplitude deste ponto, se fez presente a necessidade de criação do Apêndice I – Anexo à obra, em comentários à Filosofia do Direito, de Gustav Radbruch – Universidade de Heidelberg – Tradução e prefácios Prof. L. Cabral de Moncada (da Universidade de Coimbra). 6. ed. Revista e Acrescida dos últimos pensamentos do autor. Coimbra: Armênio Amado (ed.), Sucessor, 1979.

mas se articula, quando posto, buscando a ordem e o controle social, ou seja, ainda que se admita como externalidades não desejadas eventuais soluções “injustas” perante conflitos individuais, o primado de manutenção da ordem e do controle se impõe para haver coesão social.

Desta forma, na operacionalidade do sistema, ao Poder Judiciário cabe mais garantir a implementação e o cumprimento das disposições legais, ou seja, “garantir as expectativas normativas” e ser o ferramental a proteger “quem espera um comportamento conforme a norma”.

Estruturalmente, o sistema jurídico assume que sua concepção e seu mecanismo foram concebidos baseados em critérios consensuais de justiça da coletividade e, no agregado, suas decisões técnico-legais entregam justiça – sempre com o alerta do primeiro eixo de que tal presunção não pode se divorciar da falibilidade de eventuais dispositivos em seu sistema, importando ter em mente aqui a fórmula de G. Radbruch, como válvula de pressão a ser utilizada para hipóteses de injustiça extrema e tomada tirânica do sistema (comissária ou de forma absoluta, para usar um conceito de Carl Schmitt).

Conforme perpassamos nos pressupostos acima, quando se trata de ordenar e de controlar posições humanas, é impossível – por mais tentador e esteticamente agradável à mente – assumir teorias de sistema inspiradas em sistemas físicos ou biológicos, porque o homem é um animal teleológico, que se comunica de forma simbólica, orientado por valores de um dado sistema cultural que se transmutam conforme a evolução ou involução semântica de seu tempo – principalmente quando se considera a distinção entre a evolução civilizatória (que está adstrita ao desenvolvimento técnico-científico) e o conjunto formativo do que podemos definir como cultura.

Daí a visão de Márcio Pugliesi de que tais arranjos sistêmicos em sistemas sociais se dão realmente de forma arbitrária conforme o engenho humano. O fator relevante é observar a homeostase do sistema, ou seja, o critério de balanceamento e a busca incessante de reequilíbrio para a manutenção de sua existência.

Nossa conjectura nos leva a pensar que a vida social (no âmbito da civilidade) é o resultado constante de interesses, mais precisamente ‘utilidades’, e que o interesse seja o elemento básico da conduta social do homem, isto é, as condições concretas da vida social são preponderantes na definição das outras dimensões do agir humano.

Ainda, esse conflito de interesses domina a vida social e se expressa (nas situações defluentes de decisões tomadas) mediante normas coativas, sistemas repressivos e disputas de todo tipo. No sistema social, o equilíbrio (homeostase) é precário e consiste essencialmente num equilíbrio de forças e

não em consenso normativo, gerado sem coação, ou pelo menos coerção, mesmo porque os responsáveis pela elaboração normativa ou são eleitos mediante pleitos que requerem expressivos investimentos financeiros, ou ocupam cargos (para a ‘normatização’ secundária – atos administrativos) ditos de confiança daqueles que foram eleitos ou, ainda, desses últimos recebem delegação de competência.

De fato, o chamado consenso normativo é um construto defluente das formas de repressão e exploração que umas comunidades exercem sobre outras e, esse conflito social impulsiona a divisão da sociedade em grupos, classes, instituições que combatem pelo poder em suas diferentes aspecções. A ordem social resultante depende da natureza desses conflitos, via de regra localizados e temporalmente delimitados, e do equilíbrio de forças entre setores dominantes e dominados. Indicamos, desse modo, que o próprio conflito social apresenta uma estrutura definida e que as mudanças de equilíbrio (homeostase sistêmica) refletem a mudança social que é permanente. Embora estejamos falando de forças como entidades discretas, desejamos esclarecer que a interação entre essas poderia ser vista como um processo ocorrente entre dois campos principais, que se opõem dialeticamente: de um lado temos componentes de longo prazo e que persistem, mediante a tradição, na sociedade a que presidem e, de outro, componentes de curto prazo, com sua expressão concretizada segundo as condições da cambiante civilização a que se aplicam⁶⁴.

Naquilo que toca o conceito de pragmatismo, importante destacar o papel que o agir pragmático tem na formulação da decisão – superadas as ferramentas de interpretação fundamentadas na linguagem, história, contexto, tradições relevantes e precedentes –, pois baseia-se fortemente nos objetivos imaginados no dispositivo jurídico em questão e nas consequências remanescentes da decisão, uma vez que esta fora tomada. Com fundamento nesta ideia de pragmatismo aplicada no agir de uma Corte constitucional, por exemplo, as consequências a serem ponderadas com a decisão resultante são as imediatas e mediatas para o sistema jurídico e os ruídos que essa decisão causará nos sistemas com os quais se interconecta.

A abordagem que tenho em mente pode ser descrita como pragmática - pois esse conceito é amplamente utilizado para englobar esforços que consideram e avaliam as consequências. O pragmatismo neste contexto exige que o Tribunal se concentre não apenas nas consequências imediatas de uma determinada decisão, mas também nas decisões individuais como parte da lei, ou seja, como parte de um sistema complexo de regras, princípios, cânones, práticas institucionais e entendimentos⁶⁵.

⁶⁴ PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e direito** – uma abordagem sistêmico-construcionista. t. I e II. Coimbra. Novas Edições Acadêmicas, 2021.

⁶⁵ BREYER, Stephen. **Making our democracy work** – a judge’s view. United States: Vintage, 2010. “The approach I have in mind can be described as pragmatic – as that concept is broadly used to encompass efforts that consider and evaluate consequences. Pragmatism in this context requires the Court to focus not just on the immediate consequences of a particular decision but also on individual decisions as part of the law, which is to say as part of a complex system of rules, principles, canons, institutional practices, and understandings.”

Esse pragmatismo também deve estar alicerçado em um percurso procedimental e “litúrgico” que considere critérios de racionalidade, eficiência econômica, pluralismo e legitimação democrática.

Como aponta Habermas (1987, 1989), uma mudança na consciência moral moderna superou a separação reta kantiana entre os campos do direito, da moral, da política etc., que agora se (re)articulam em outro nível, sem perder sua autonomia. Esta nova consciência diferencia normas, princípios justificativos e procedimentos para (auto-)regular e (auto)controlar sua adequação uns aos outros. Portanto, a legitimidade da lei depende sobretudo dos procedimentos, na medida em que seus resultados devem atender a um dos possíveis conteúdos dos princípios e normas, para estar em conformidade com valores básicos como racionalidade, participação democrática, pluralismo, eficiência econômica, que já são perseguidos na elaboração dos procedimentos⁶⁶.

Na estruturação da decisão e no balanceamento dos valores, o princípio da proporcionalidade é de extrema utilidade para avaliar que valores e princípios constitucionais devem ser aplicados à decisão a ser tomada. Ainda que, em geral, valores tendam a ser menos voláteis no tempo – menos suscetíveis ao *volksgeist* – eles podem mudar dramaticamente quando considerados de forma intergeracional – ou seja, a Corte não pode fechar os olhos à mudança do *zeitgeist*.

Mas diversamente da visão instrumental das Cortes americanas, por exemplo, entendemos que o papel do princípio da proporcionalidade deve exercer influência mais profunda e preponderante, na medida em que funciona como o princípio dos princípios e até como uma *Grundnorm* de Hans Kelsen, a norma fundamental transcendental no conceito Kantiano – não só indo de cima para baixo no sistema, mas percorrendo suas estruturas –, de maneira que a visão do Willis Santiago Guerra Filho nos parece a mais madura:

⁶⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Immunological theory of law**. Saarbrücken Ed. LAP Lambert Academic Publishing, 2014. Citação extraída da obra que endereça tais conclusões a R. Alexy, 1987; E. Denninger, 1989: 481; R. Dworkin, 1978 : 22ff., *passim*, 1985: 72 ff.; Gomes Canotilho, 1990; W. Guerra Filho, 1991:195,1992; Ch. Joerges, 1989:627 ff.; Luhmann, 1990; 1992; Rawls, 1972: 197; Teubner, 1984: 109 ff.; and the special issue on “procedural justice” of the Zeitschrift für Rechtssoziologie, 1993. “As Habermas (1987, 1989) points out, a change in modern moral consciousness has overcome the Kantian straight separation between the fields of law, morals, politics etc., that now (re-)articulate themselves in another level, without losing their autonomy. This new consciousness differentiates norms, justificatory principles and procedures to (self-)regulate and (self-)control their adequacy to each other. So the legitimacy of law depends most of all upon the procedures, as far as their outcomes must meet one of the possible contents of the principles and norms, to be conform with basic values such as rationality, democratic participation, pluralism, economic efficiency, that are already pursued in the making of the procedures.”

[...] pode ser visto como um "princípio dos princípios", já que pode equacionar o problema de princípios conflitantes em um caso concreto (difícil). Isto significa que ele pode fazer um "loop hierárquico", ou seja, a partir do ponto mais alto da "pirâmide" da ordem jurídica, de acordo com a concepção bem conhecida proposta pelas Escolas Kelsenianas (e estudiosos), ele pode ir até o fundo e ser usado para validar diferentes situações de acordo com o mesmo conjunto de regras, implementando assim o tipo de validação jurídica circular e "tópica" que é necessária nas sociedades hipercomplexas de hoje⁶⁷.

Por fim, no eixo de resposta, a noção teleológica de que as decisões devem sempre mirar o funcionamento do sistema – no nosso caso, fazer a democracia funcionar, ou seja, ao se analisar conflitos envolvendo principalmente disputas e impasses de grande sensibilidade política e social, a decisão deve se orientar à preocupação com a manutenção da ordem democrática e da funcionalidade de suas instituições.

Esta preocupação com a manutenção da funcionalidade da ordem democrática deve ponderar o conteúdo e o efeito da decisão do conflito, mas, também, considerar a não deterioração da “potência” de poder, tanto do sistema jurídico como do sistema político. Assim, o fim último é a manutenção da paz e da harmonia no sistema social, evitando o lesionamento às formas de organização política e de Estado. É necessário fazer uma autocontenção e, na medida do possível, ainda que limitando e refreando as ações de um determinado agente ou instituição, ao mesmo tempo, reafirmar sua importância estrutural e latência sistêmica.

⁶⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Immunological theory of law**. Saarbrücken Ed. LAP Lambert Academic Publishing, 2014. “[...] might be seen as a ‘principle of principles’, since it can equate the problem of conflicting principles in a concrete (hard) case. This means that it can do a ‘hierarchical loop’, i.e. from the highest point in the legal order’s ‘pyramid’ according to the well-know conception proposed by Kelsenian Schools (and scholars) it can go to its very bottom and be used to validate different situations according to the same set of rules, thus implementing the circular and ‘topical’ kind of legal validation that is needed in today’s hyper-complex societies.”

Figura 6 – Quadro analítico multifuncional



Fonte: Elaboração nossa.

Ao enfrentar o conflito posto e decidir os demais temas envolvendo questões de ordem política intersistêmica e suprassistêmica, o Poder Judiciário e suas Cortes – nesta pesquisa, o destaque é para o Supremo Tribunal Federal – deveriam responder aos questionamentos (*inputs*) na linguagem atinente, avaliando de maneira multidimensional suas respostas (*outputs*) considerando o eixo – (i) preocupação axiológica com justiça, (ii) ordem e controle social, (iii) pragmatismo e (iv) funcionamento da democracia – balanceando estruturalmente todos os valores em jogo com o (v) princípio da proporcionalidade.

Tendo em vista este cenário friccional de choque com atores políticos, minorias organizadas e reavaliação de princípios, chavear a decisão e sua fundamentação em uma moldura como esta possivelmente funcionaria como bússola inteligível para todos os integrantes do sistema, atores envolvidos no processo e submetidos à violência decisória.

Ressalva importante deve ser feita neste ponto, ainda que se possa afirmar que o sistema jurídico opera de forma autorreferenciada a elementos ambientais ao sistema jurídico, pertencentes às estruturas operacionais de outros sistemas – em especial, aqueles afetos ao sistema político –, e que estes possam ser de certa maneira absorvidos pelo sistema jurídico (e operacionalizados em suas estruturas). Os elementos de outro sistema são incorporados pelo sistema jurídico – e aqui se analisa a forma como poderiam ser internamente operacionalizados e incluídos na tomada de decisão, também olhando para os efeitos e as

consequências sobre a legitimação do sistema jurídico e o ruído para os outros sistemas interconectados das decisões “multioperacionais” resultantes.

Neste ponto, relevante mencionar que o tema desta pesquisa foi tratado por Celso Fernandes Campilongo em sua obra *O direito na sociedade complexa*, especialmente no artigo “Governo representativo *versus* governo dos juízes: a ‘autopoiese’ dos sistemas político e jurídico”. Já nos idos de 2000, o autor enfrentava os debates envolvendo “politização do judiciário” e “judicialização da política”:

É a partir dos embates entre o governo e a oposição, a maioria e a minoria, que o sistema político – e, no seu interior, as instituições representativas – toma as decisões coletivas e oferece ao Direito as premissas para as decisões jurídicas. Em resumo: a função do sistema político – tomar decisões coletivas – não se confunde com a do sistema jurídico – garantir direitos. Apesar dessa diferenciação, o sistema político fornece ao sistema jurídico prestações fundamentais, vale dizer, as premissas decisórias (leis) e o reforço da eficácia das decisões jurídicas (polícia, prisões, enfim, os meios coercitivos). Igualmente relevantes são as prestações dadas no sentido inverso, isto é, do sistema jurídico ao sistema político, na forma de legitimação das decisões políticas (aplicação das leis) e de oferecimento das premissas para o uso da violência (regulação jurídica do monopólio estatal da força). Por isso, apesar de paradoxal, quanto maior a independência de um sistema maior também a dependência em relação ao outro⁶⁸.

Já neste artigo, Celso Fernandes Campilongo antecipa o questionamentos quanto a um “governo dos juízes” e traz à luz o aumento da complexidade social, que estressa sobremaneira a atividade judicial:

Vale dizer, quanto mais complexa e contingente a sociedade, mais escassas as chances de decisões consensuais (diante da multiplicidade das escolhas) e mais nítidas as artificialidades que informam o processo decisório (dada sua contingência). Em razão dessas características, decidir equivale a fazer escolhas árduas, em curto espaço de tempo, sobre matérias não rotinizadas e com consequências sociais imprevisíveis. Os temas da política se reproduzem nesse contexto. Por isso, para muitos analistas da sociedade contemporânea, mais do que a eventualidade do perigo, o que caracteriza o mundo atual é a inevitabilidade dos riscos⁶⁹.

Naquela momento, o autor já externava suas preocupações ao questionar: “o sistema jurídico está apto a substituir funcionalmente o sistema político?”

⁶⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 82.

⁶⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83.

Não é o caso de se repetir, neste breve artigo, os inúmeros e óbvios pontos de contato entre esses sistemas. Trata-se, isto sim, de explicitar a importância da diferenciação funcional entre eles e a inconveniência da sobreposição de funções entre a política e o direito. Tome-se como ponto de partida um exemplo histórico. Durante a ditadura militar, não foram poucos os juristas que denunciaram o caráter burlesco dos processos judiciais por crimes políticos. Alguns chegaram a dizer que aqueles processos não representavam um capítulo do direito penal, mas uma página triste da história. Por quê? Ao invés da racionalidade do direito, da operacionalização da diferença entre lícito e ilícito e da observância do devido processo legal, o que se viu foi a substituição das referências do sistema jurídico pelos critérios do sistema político. A corrupção do *modus operandi* de um sistema pelo outro. A tarefa da democracia é manter elevadas taxas de contingência e complexidade⁷⁰.

Uma reflexão sobre o alerta acima nos leva a concluir que, na verdade, o sistema jurídico brasileiro bem mais enveredou nas águas tortuosas e passou a hipertrofiar-se para analisar os conflitos políticos, quase que inevitavelmente funcionando como vetor metassistêmico – ainda que nada disso fosse desejável para sua funcionalidade. Na pesquisa aqui proposta, a noção de “contingência” é a que, segundo entende-se para os fins deste trabalho, demanda o exercício de novas fórmulas procedimentais dada a inevitabilidade de análise multifuncional e o encargo do Poder Judiciário que, diversamente dos sistemas político e econômico, não pode se escusar de decidir os conflitos a si expostos.

Trata-se de uma contingência aqui assumida como anátema⁷¹, que impõe a noção de risco de não se conseguir manter as condições naturais do pressuposto axiomático. Assim, para que o sistema jurídico funcionasse bem, seria necessário que sua funcionalidade decisória – legítima/ilícita – fosse o mecanismo imperativo, o que não ocorre na prática dos tribunais atualmente, principalmente nas decisões em conflitos envolvendo o sistema político no Supremo Tribunal Federal.

Não se ignora também a conclusão de Celso Fernandes Campilongo já no início do século XXI; todavia, seu alerta se materializou na prática e, em razão disso, nesta dissertação, procuramos percorrer caminhos que pudessem lidar com essa contingência.

⁷⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83.

⁷¹ **Contingência** – **a. Lógica e semântica** – Não logicamente **necessário**. **Sin.** de ‘fatural’, como em as ‘as verdades da geologia são contingentes’. **b. Ontologia** – Não necessário, ou que pode não acontecer. Exemplos: nomes, eventos futuros e **acidentes**. **Sin.** fortuito. **Ant. necessário**. Esta palavra é ambígua em inglês e em português, onde também é usada na qualidade de sinônimo de ‘condicional’, como em ‘comprar este livro depende da (is contingent upon) obtenção daqueles recursos’. Há três visões básicas concernentes ao lugar da contingência no mundo: não há tal coisa (necessitarismo), tudo é contingente (tiquismo), e a contingência se entrelaça com a necessidade. A última é fortemente sugerida pela microfísica, pela biologia evolucionista e pela historiografia. Todas as três estudam coincidências e processos onde pequenas causas, operando sobre sistemas instáveis, podem ter enormes efeitos. BUNGE, Mario. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Perspectiva, 2006, p. 77.

Não é difícil imaginar essa reciprocidade de bloqueio entre o sistema político e jurídico. Quando o sistema político, ao tomar decisões coletivas, transfere poderes aos tribunais (ignorando os limites estruturais e os elementos que caracterizam o operar do sistema jurídico), ativa, no centro desse sistema, uma operação esdrúxula. O direito passa a ser utilizado como instrumento para o bloqueio do acesso ao direito. O direito produz direito. Mas é o direito, igualmente, que nega o direito e bloqueia a decisão política. Num contexto de distribuição desvantajosa da diferenciação funcional, o sistema jurídico continua sendo autopoietico. Contudo, no sentido de causar impedimentos ao sistema político: uma ‘autopoiese’ periférica⁷².

Para ilustrar a funcionalidade do quadro acima, dois julgamentos do Supremo Tribunal Federal chamaram atenção ao nosso estudo por sua contemporaneidade e por justamente tocar temas fronteiriços entre os sistemas jurídico e político os julgados aqui selecionados. O primeiro deles, que será abaixo analisado, envolve a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.524/2020 que enfrentou a polêmica discussão de tentativa de reeleição dos presidentes do Senado e da Câmara, à época. A forma como o Supremo Tribunal Federal resolveu o questionamento demandou uma profusão operacional e de recursos a mecanismos de argumentação e de convencimento que, sob nosso olhar, é um exemplo rico desta atuação em conflitos que exigem tríades dialéticas com funcionalidades multifatoriais.

Figura 7 – Matriz de análise prática (quadro analítico multifuncional)

INPUT/ OUTPUT	EIXO	AXIOMA DE JUSTIÇA	ORDEM E CONTROLE	PRAGMATISMO	FAZER A DEMOCRACIA FUNCIONAR
LEGAL/ILEGAL			i. arts. 51, III e IV, 52, XII e XIII, 57, § 4º - “fixam” autonomia para gerir seus atos <i>interna corporis</i> ; ii. gradualidade de intervenção do Tribunal; iii. cuidar de afastar a produção de atos inconstitucionais extremos; iv. Funções positivas de “recomposição interpretativa” e “integração normativa”;	i. “[...] em nenhuma hipótese a conjugação sistemática realizada entre o artigo 2º, o artigo 51, III e IV, o artigo 52, XII e XIII, e o artigo 57, § 4º, <i>in fine</i> , da Constituição Federal, aqui confeccionada, poderia justificar mais de 2 mandatos sucessivos para o mesmo cargo da Mesa. Cuida-se de critério objetivo	

⁷² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

JUSTO/INJUSTO	v. Reconstrução normativa sistemática.	que, uma vez encampado, demarca limite cuja observância não depende do acaso de o primeiro mandato ter se dado por eleição suplementar (“mandato-tampão”) ou da circunstância de se estar no início de nova legislatura”.	
	i. A reeleição para as mesas da Câmara e do Senado não ofendem o princípio republicano; ii. Direito comparado – EUA, Reino Unido e Espanha – suportam a mesma sistemática; iii. Histórico de reeleição em constituições brasileiras pretéritas; iv. Sistemática de impedimento de reeleição se dá sob o regime militar na ditadura imposta a partir de 1964.	i. Plasticidade das normas constitucionais.	i. Valorização da capacidade institucional do Poder Legislativo para o tratamento de assuntos do gênero, referentes à conformação de sua organização e procedimentos.
MAIORIA/ MINORIA		i. Supremo Tribunal Federal tem decidido não ser passível de conhecimento a pretensão que busca revisar a aplicação de normas afetas a procedimentos das Casas do Congresso Nacional	i. Entendimento de que a autonomia dos parlamentos pressupõe autonomia normativa e autonomia organizacional.
+PODER/-PODER		i. “A ideia de que normas jurídicas são <i>defaults</i> (e	i. Argumento de preservação de separação dos

	não regras estritas) torna possível um certo grau de estabilidade no conhecimento jurídico: nós não precisamos modificar nossas normas sempre que sua aplicação for limitada por subsequentes exceções ou distinções”.	poderes: “uma questão sensível de auto-organização do Poder Legislativo não se deixa resolver por simples mecanismo de subsunção a um fragmento de texto normativo”.
--	--	--

Fonte: Elaboração nossa.

O tema trazido ao Supremo Tribunal Federal de disciplinar a autonomia das casas do Poder Legislativo quanto ao processo de escolha das suas mesas dirigentes impôs um conjunto de artifícios argumentativos e de convencimento, conforme vemos acima, dada a sensibilidade do tema e a exposição midiática. Isto porque, além da disputa interna da Casa, estava em jogo a base de sustentação do atual incumbente do Poder Executivo. Critérios dos mais diversos foram necessários para conformar uma decisão que assentasse uma solução aceitável para os atores em disputa, gerasse o mínimo ruído possível à relação entre os poderes, fosse sustentada em uma base jurídica defensável e mantivesse a funcionalidade do sistema político.

Todavia, já na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.341, intentada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que questionou uma medida provisória editada pelo governo federal a fim de disciplinar a forma como se tomariam as decisões sobre as atividades para o combate da pandemia Covid-19, o Supremo Tribunal Federal utilizou-se de operações e tríades dialéticas mais afeitas ao sistema jurídico.

Figura 8 – Matriz de análise prática (quadro analítico multifuncional)

INPUT/ OUTPUT	EIXO	AXIOMA DE JUSTIÇA	ORDEM E CONTROLE	PRAGMATISMO	FAZER A DEMOCRACIA FUNCIONAR
LEGAL/ILEGAL		i. Federalismo e regras de distribuição de competências – princípio da predominância do interesse e cooperação federativa; ii. princípio da autonomia	i. “As regras de repartição de competências administrativas e legislativas deverão ser respeitadas na interpretação e aplicação da Lei n. 13.979/20”; ii. arts. 196 e 197 CF/1988 – saúde direito de todos e dever do estado; iii. Competência concorrente – matéria legislativa, art. 24, XII e 30 CF/1988; iv. Submissão ao regulamento sanitário Internacional da OMS ratificado pelo Brasil; vi. art. 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.		
JUSTO/INJUSTO		i. Direito de examinar as razões constitucionais- James Madison.	i. Pior erro é a omissão, a União só afasta competência por lei geral – exercício do Congresso Nacional.	i. O federalismo de fato promove maior profusão de normas, mas seja qual for o nível de governo que as promova, têm sempre a mesma razão de existir: a concretização ampla dos direitos e liberdades fundamentais; ii. Ações na área de saúde devem seguir padrões materiais e serem específicos – protocolos	i. Argumento de equidade: “Afinal, as regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito garante

		científicos.	também o que Madison chamava de liberdade pública: o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las: “os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações” (HOLMES, Stephen. In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror. California Law Review, v. 97, n. 2, Abril de 2009, p. 354).”
MAIORIA/MINORIA			
+PODER/-PODER			

Fonte: Elaboração nossa.

Elementos de operacionalidade mais atinentes ao sistema político sequer foram elencados no conjunto de decisões dos Ministros da Corte (maioria/minoria e +poder/-poder), o que atrairia os questionamentos de quão mais confortável o tribunal se sentiu em enfrentar a demanda e a reação dos atores envolvidos em termos de aceitação da decisão e do enredo utilizado a partir dela.

Os exemplos acima foram objeto de grande atenção midiática e colocaram o Supremo Tribunal Federal no meio da disputa política entre Congresso Nacional e o Poder Executivo Federal – a presidência da República em especial – e os governadores e prefeitos de diversos entes federativos. A preocupação fundamental, também percorrida acima nos pressupostos apresentados, é a de que o Poder Judiciário carece de um processo claro de legitimação

popular e é fruto de uma construção e consolidação histórica de aceitação de seu poder. Não há dúvida de que juízes estão longe de ser bons “meteorologistas políticos” e, conforme demonstram os exemplos históricos – muito além do exercício ilustrativo acima feito com decisões contemporâneas – uma Corte que age politicamente “brinca com fogo”.

Ressaltemos que uma decisão judicial não pode logicamente provar que sua decisão é correta. O que poderá ser feito, quando muito, é explicar as suas razões de decidir e o motivo de ter atingido determinada conclusão; daí que um formato procedimental, uma moldura decisória, uma observância de certos rituais e determinada liturgia poderiam tornar mais aceitável a imposição da violência decisória.

Conforme explorado nos pressupostos acima, nas passagens sobre os fundamentos da formação da divisão de poderes – e a maneira pela qual a legitimação da Suprema Corte Americana na sociedade demandou uma série de decisões e de assentamentos subsequentes, intercalados por décadas (senão séculos), guerra civil e convulsão social – mesmo assim, ainda no início do século XXI, esta mesma Corte tradicional e emuladora no sistema brasileiro viu ameaçada sua legitimidade⁷³. É certo que não existe uma verdade científica ou um arcabouço teórico a fundamentar a divisão em “3 Poderes”; tal divisão é fruto mais de um dogma construído na era das revoluções gêmeas do século XVIII – revoluções industrial e política⁷⁴ –, de maneira que, praticamente 70 anos após os escritos fundantes dos federalistas fundadores, ainda era ponto central do embate político o papel de Poder do Judiciário e sua Corte constitucional:

Não esqueço a posição [...] de que as questões constitucionais devem ser decididas pela Suprema Corte; nem nego que tais decisões devem, de qualquer forma, ser lidas pelas partes em uma ação, quanto ao objeto dessa ação, ao mesmo tempo em que elas também têm direito a muito alto respeito e consideração em todos os casos paralelos por todos os outros departamentos do governo. E embora seja obviamente possível que tal decisão possa ser errônea em qualquer caso, ainda assim o efeito maléfico que se segue, estando limitado a esse caso em particular, com a possibilidade de ser superado, e nunca se tornar um precedente para outros casos, pode ser melhor suportado do que os males de uma prática diferente. Ao mesmo tempo, o cidadão sincero deve confessar que se a política do governo sobre questões vitais, afetando todo o povo, for fixada irrevogavelmente por decisões da Suprema Corte, no instante em que forem tomadas, em litígios ordinários entre as partes, em ações pessoais, o povo terá deixado de ser seu próprio governante, tendo nessa medida praticamente renunciado a seu

⁷³ Bush vs. Gore, 531 U.S. 98 (2000).

⁷⁴ HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções** – 1789-1848. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

governo nas mãos daquele eminente tribunal. (Excerto do discurso inaugural de posse de Abraham Lincoln)⁷⁵.

Assim, nos parece afirmativa a hipótese de que o Poder Judiciário pode solucionar os conflitos institucionais utilizando uma operacionalidade dialética da política, principalmente por conta do cada vez mais corriqueiro chamamento de atores da política para o arbitramento de seus impasses.

Todavia, não obstante a moldura procedimental ilustrada, aí também cabem maiores cuidados e reflexões, visto que este chamamento irrestrito e a plêiade de temas de direito constitucionalizados no caso brasileiro trazem um desgaste, quando não um esgotamento, da “potência” de Poder do Judiciário e de sua mais alta Corte. Seja pela complexa e histórica construção de autoridade, seja pela ausência de legitimação popular direta.

O exercício de Poder, ao invés de hipertrofiar o Poder Judiciário e o Supremo Tribunal Federal, como às vezes sonorizam os atores políticos episodicamente não assistidos, na prática, revela que essa frenética e volumosa intervenção acaba por estriar o poder do sistema jurídico, abalando diuturnamente suas estruturas e tornando a homeostase sistêmica extremamente tensionada.

A articulação e o funcionamento de tantas operações no sistema jurídico (legal/ilegal, justo/injusto, maioria/minoria e +poder/-poder) faz com que o processo binário tradicional – legal/ilegal –, com o qual o sistema jurídico tem conforto de funcionar (principalmente quando solucionando conflitos individuais e/ou de pouca sensibilidade política), se transmute para uma operacionalidade multifuncional extremamente complexa e, mais grave, sem ter à disposição os mecanismos de fragmentação dos postulantes e dos grupos de interesse em conflito e à espera da decisão.

O que na prática sempre vai gerar desgaste, insatisfação, reação e, por fim, ataques à estabilidade e ao poder do sistema jurídico.

Diante desse quadro, principalmente em se tratando da visibilidade que as decisões do Supremo Tribunal Federal atrai, seria uma estratégia segura limitar ao máximo a apreciação

⁷⁵ No original: “I do not forget the position [...] that constitutional questions are to be decided by the Supreme Court; nor do I deny that such decisions must be biding in any case, upon the parties to a suit, as to the object of that suit, while they are also entitled to very high respect and consideration in all parallel cases by all other departments of the government. And while it is obviously possible that such decision may be erroneous in any given case, still the evil effect following it, being limited to that particular case, with the chance that it may be over ruled, and never become a precedent for other cases, can better be borne than could the evils of a different practice. At same time, the candid citizen must confess that if the policy of the government upon vital questions, affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, the instant they are made, in ordinary litigation between parties, in personal actions, the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their government into the hands of that eminent tribunal.”

de conflitos oriundos do sistema político, procurando consensar as decisões (a fim de distribuir o encargo e os custos políticos entre os membros da Corte e, ao mesmo tempo, mostrar força) e devolver, quando possível, o conflito para ser solucionado dentro de seu sistema de origem, obedecendo a operacionalidade lá existente.

A ideia do pensar é inerente ao humano, pois ligada ao agir. Se as instituições somente repousassem em regras se negando a refletir, estariam renunciando à sua essência. Devolver ao sistema de origem o máximo de operações que deveriam ser enfrentadas por aquele sistema é forçar o funcionamento do seu processo homeostático. O sistema deve operar para estar vivo e responder aos humanos que estão sempre em transformação e ressignificação. Se a ideia é fazer a democracia funcionar, mais faz bem devolver o processo operativo do que suplantá-lo.

Assim, no geral, conflitos políticos deveriam ser ao máximo resolvidos nas suas esferas de poder na binariedade operacional de maioria/minoria e +poder/-poder, intervindo o sistema jurídico quando efetivamente questões estruturais estejam em jogo ou ameaças ao funcionamento democrático do Estado.

Em outras palavras, ao contrário do que parece, a atração de responsabilidade para tudo decidir e a expansão jurisdicional corrói as estruturas do sistema jurídico e, como se tivesse a experienciar um fenômeno “inflacionário”, quanto mais o sistema decide em condições tão complexas e multifuncionais, menos “potência” de poder cada decisão tem em sua especialidade.

Ao assumir tamanho encargo, em última instância, além de impedir a homeostase do sistema, esse exercício frenético fere a autoridade dos operadores do sistema, retira legitimidade, traz uma cacofonia no sistema social, atrofia os outros atores dos sistemas interconexos (sistema político em especial) e põe em risco o regular funcionamento democrático.

O fato de aqui neste trabalho trazer-se uma proposta de método procedimental para o equacionamento desses conflitos não afasta as perguntas mais fundamentais e que deveriam ser enfrentadas para um melhor funcionamento de nosso sistema jurídico: é funcional tal nível de constitucionalização de questões e direitos? É possível um funcionamento razoável de uma Corte constitucional que também acumula as funções de Corte recursal de última instância para toda sorte de conflitos de seu sistema? É realmente vantajoso o nível de exposição pública do debate exposto da mais alta Corte – inclusive de forma midiática?

Judges can no longer be only la bouche de la loi, as they were referred in the classical doctrine of Montesquieu. They must also become la bouche du droit.

It is interesting on this matter the conclusions made by V. Ferrari, based upon the observation of the judiciary in Italy, which has been overcharged with political responsibility as a result of an intensive engagement on the solution of social conflicts with an 'alternative use of law'. 'Benché i giudici, da anni ormai, rivendichino il ritorno alla rassicurante formula montesquiviana della bouche de la loi, la loro creatività è ormai un fatto acquisito, proprio per volontà della classe politica, che pure afferma ricorrentemente l'esatto contrario' (V. Ferrari, 1992:449)⁷⁶.

O nível de especialidade e de interferência exigido pela nossa complexa e contemporânea sociedade, a velocidade das transformações da locomotiva civilizatória, a profunda dependência das nossas vidas à tecnologia, a ultraespecialização, a microespecialização e a enorme pluralidade de interesses entre os mais diversos grupos e segmentos colocam paradigmas intransponíveis para uma Corte constitucional que, ao final, deve procurar encontrar consensos e pacificar relações – além de ponderar valores “sedimentados” e “revoluções civilizatórias” escancarando o abismo entre os aspectos da civilidade e da cultura de nosso tempo⁷⁷.

Outra ideia contida no agir dos juizes da Suprema Corte americana, que aqui se fez nota, pode ser bem aplicável à realidade de muitos casos de conteúdo político a serem enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, já que a abordagem pragmática de propósito (e das consequências de suas decisões) e o conceito de fazer o sistema político-jurídico como um todo funcionar estabelece uma baliza para a função da Corte – onde se buscará preservar sua legitimação e autoridade, ao mesmo tempo que procura fazer a “democracia funcionar”.

⁷⁶ BREYER, Stephen. **Making our democracy work** – a judge's view. United States: Vintage, 2010.

⁷⁷ “A Sociologia, dita clássica, voltava-se ao estudo da ordem social, ao *consensus universalis* apresentado por uma, teoricamente, existente consciência coletiva e mesmo, por influência da psicanálise, num inconsciente coletivo. Essa pretensão ao consenso se estendia mesmo às diferenças substantivas entre as sociedades organizadas, algumas, mercê de estruturas de clero, outras por efeitos de uma ordem bicameralista de origem feudal, outras burocratizadas, secularizadas e com redes ocupacionais especializadas. Por efeito de esperar-se do consenso a formulação de um pacto social onicompreensivo e capaz de assegurar os direitos sociais e individuais com um mínimo de custo social, os teóricos ligados a essa linha de pesquisa, tradicional, por assim dizer, realçavam conceitos como adaptação social; mobilidade social vertical individual; papel, status, e todas as noções relativas à inserção e à integração do indivíduo numa determinada, ressaltasse, estrutura social dada. Numa abordagem como a presente neste livro outros pontos de partida são assumidos: há coação/coerção; grupos dominantes, poder concentrado nas mãos das elites (e por esse motivo são elites); manipulação entre os sujeitos e do administrador sobre os administrados; interações fortes e mobilização entre grupos sociais e, sobretudo, o conflito indivíduo/indivíduo ou indivíduo/grupo ou, ainda, grupo/grupo. Entretanto, tal conflito pode comportar cooperação no caso de existirem estratégias dominantes que exijam essa conduta dos sujeitos em relação e, no outro extremo, o conflito radical e sem acordo. Contudo, é preciso ressaltar, essas antagônicas visões podem, sem muito esforço, sofrer uma compatibilização porque, no limite, a análise que privilegia o conflito sabe, e muito bem, que a decisão de conflitos pode levar a estados transitórios de consenso até para permitir a efetiva prática das decisões tomadas sobre os conflitos”. REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Por que, então, os juízes devem olhar para os propósitos e consequências quando interpretam os estatutos jurídicos? Porque eles ajudarão a garantir a responsabilidade democrática. Eles ligarão os estatutos jurídicos mais estreitamente às necessidades humanas que os chamaram à existência. E ajudarão o Congresso a cumprir suas próprias responsabilidades constitucionais. Um tribunal que procura objetivos é um tribunal que trabalha como parceiro do Congresso. É um tribunal que alcança resultados que o público em geral deve achar mais fácil de aceitar - mesmo que as conclusões do tribunal sejam, é inevitável, às vezes erradas⁷⁸.

O processo de legitimação constitucional é sempre um conjunto de mínimo consenso ou “mínimo divisor comum”. A complexidade atual das instituições e a necessidade de regulação dessa sociedade complexa está sempre ofendendo “no varejo” uma plêiade de grupos sociais – fraturas diárias e incessantes.

O mito do acordo superior encontrado e esculpido na Constituição parece que precisa ser refundado ou alimentado de tempos em tempos visto que o cobertor de direitos e a distribuição de riqueza ficam cada vez mais curtos conforme a complexidade e o desenvolvimento social – e aqui a própria conjuntura social do Brasil, que enfrenta um processo de baixo crescimento por décadas, às vezes até inferior à taxa de crescimento populacional, atrai um nível de conflituosidade e disputa por bens e riqueza muito grande.

O *ethos* de um sistema social e os seus subsistemas político, econômico e jurídico, como vimos aqui defendendo, repousa em um conjunto mitológico fundante. O modo pelo qual estamos vivendo a experiência da articulação das instituições estruturais dos sistemas jurídico e político – e o quanto de ruído o encerramento dos conflitos postos tem trazido – destampam uma enorme carga de ressentimento social e ataque diuturno a estas mesmas instituições. Daí que uma ordenação procedimental na tomada das decisões, conforme sugerimos, poderia ter um efeito de justificação e de legitimação maior a fim de conformar ressentimentos dos mais variados grupos sociais “violentados” com as decisões, permitindo o seu esquecimento e superação.

Dentro desse contexto, a existência humana também pode estar atrelada a forças reativas. Forças reativas, segundo o filósofo alemão, são aquelas que se voltam para o interior do próprio indivíduo, e ao operarem desse modo,

⁷⁸ BREYER, Stephen. **Making our democracy work** – a judge’s view. United States: Vintage, 2010. “Why, then, should judges look to purposes and consequences when they interpret statutes? Because they will help ensure democratic accountability. They will tie statutes more closely to the human needs that called them into being. And they will help Congress carry out its own constitutional responsibilities. A court that looks to purposes is a court that Works as partner with Congress. It is a court that achieves results that the general public should find easier to accept – even if the court’s conclusions are, is inevitable, sometimes wrong.”

impedem-no de externalizar seus impulsos vitais, gerando um modo de existência chamado por ele de doentio.

O ressentimento, por exemplo, seria uma dessas forças reativas. A dimensão do ressentimento, por estar vinculada a certa postura vingativa, surge quando o indivíduo, ao ser acometido por alguma ofensa ou violência externa causada pelo outro, que nesse caso, atua como uma força contrária, interioriza seu ódio na forma de um desejo de vingança. Desse modo, o homem, alvo dessa violência, é acometido por um ressentimento tão grande que se torna impossível resistir. “Minado pela bÍlis infecciosa da vingança, debilita-se no sofredor o fôlego que ainda restava para a força defensiva, capaz de repelir o que o prejudica”⁷⁹.

No entanto, o desejo de vingança deve ser encarado como uma forma encontrada pelo indivíduo para canalizar esse ódio. Ironicamente, o desejo de vingança é necessário para narcotizar a consciência do próprio sofrimento, que é causado justamente quando o indivíduo sente o aguilhão dessa força reativa ecoando dentro de si na forma do ódio interiorizado. Desse modo, é necessário que ele encontre alguém ou algo como culpado daquilo de que padece, com o objetivo de aliviar essa energia contida e interiorizada.

Segundo Oswaldo Giacóia:

Quanto mais sofre, tanto mais anseia o sofredor por livrar-se desse fardo. Seu desejo mais ardente é o de narcotizar a consciência sofredora. Para tanto, a via mais rápida é a descarga internalizada de tônicos afetos vingativos, numa reação incendiária, que permanece **em nível da imaginação**, consumindo todos os afetos numa forma perversa, “certamente a forma mais nociva de reação”, escreve Nietzsche. (grifo nosso)⁸⁰.

A dialética multifuncional e a observância de uma arquitetura procedimental para externar a decisão poderia fornecer elementos que justificassem a canalização de ressentimentos daqueles afetados pelo ônus da perda e oferecer um conjunto de informações que permitiria aos atores dos sistemas envolvidos – político e jurídico – internalizar o resultado e conformá-lo à sua operação interna. Evidentemente trata-se de uma sugestão que apresenta limites, por isso, alertamos para que a postura dos decisores do Supremo Tribunal Federal, por exemplo, na aceitação dos conflitos postos à decisão seja de extrema cautela, quando envolvendo conflitos “metassistêmicos”, devolvendo-os, quando possível, ao sistema de origem e, quando necessário decidir, fazendo-o por meio de um percurso procedimental

⁷⁹ GIACÓIA, Oswaldo. Nietzsche: O humano como memória e como promessa. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 192 *apud* PINTO, Rodrigo Hayasi. Ressentimento e esquecimento em Nietzsche. **Kínesis**, v. XI, n. 148, 26 (ed. Especial), fev. 2019, p. 125-148.

⁸⁰ GIACÓIA, Oswaldo. **Nietzsche**: o humano como memória e como promessa. Petrópolis: Vozes, 2013.

como o aqui sugerido, de maneira que a decisão resultante terminativa do conflito (que no mais das vezes não será solucionadora) contenha elementos suficientes para que o processo de esquecimento renovador dos agentes se dê em alguma medida.

Esquecer não é uma simples *vis inertiae* [força inercial], como creem os superficiais, mas uma força inibidora ativa, positiva no mais rigoroso sentido, graças à qual o que é por nós experimentado, vivenciado, em nós acolhido, não penetra mais em nossa consciência, no estado de digestão (ao qual poderíamos chamar assimilação psíquica)⁸¹.

⁸¹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da moral**: uma polêmica. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 47.

7 CONCLUSÃO

As fricções que presenciamos na atualidade da operação dos sistemas político, jurídico e econômico expõem uma cataclísmica relação entre os agentes destes poderes – tanto os formalmente constituídos quanto os assimetricamente distribuídos na operacionalidade direta e informal da sociedade.

Há uma clara disputa pelo controle e uma perda do que seria a almejada articulação cooperada entre os atores políticos, econômicos e jurídicos. Esta disputa coloca os sistemas jurídico e político, por muitas vezes, em conflito – quando não todas as vezes, já que como dito acima o judiciário é sempre posto a arbitrar os dissensos que o sistema político não quer encerrar, seja pela falta de vontade de assumir o ônus social ou por descontentamento dos grupos não assistidos em seus interesses.

Um dos modos de disputa é a tentativa de grupos políticos, no executivo e no legislativo, em maiorias conjunturais mas não constitucionais, de legiferar infraconstitucionalmente gerando uma erosão do sistema jurídico constitucional de modo a alterar normas constitucionais que demandariam maiorias mais qualificadas – e muito difíceis, ainda mais no atual contexto de polarização. Este mecanismo de erosão coloca o Supremo Tribunal Federal, em especial, bem como todo o sistema judiciário em constante interferência na vida pública provocados pelos mais diversos grupos atingidos e de pressão da sociedade.

A conclusão deste trabalho é que o judiciário não só pode como lhe cabe decidir sobre tais conflitos, mas ainda que se seguisse algum sentido procedimental como aqui ilustrado e sugerido, mesmo assim teríamos um ambiente de conflituosidade que drena a “potência” de poder das instituições jurídicas.

O sistema democrático atinge alto grau de disfuncionalidade quando a maioria incumbente é muito pouco significativa – *e.g.* 51% vs. 49% –, ou seja, a própria conflituosidade e baixa consensualidade da sociedade no atual momento também impõem um nível de estressamento e teste para o sistema jurídico que obviamente sobrecarrega o reequilíbrio homeostático e a sua auto-reconstrução (*autopoiese*). Daí que a ideia de percurso procedimental como aqui sugerido pode significar uma baliza de entendimento, guardadas as advertências de autocontenção.

No campo da formação do discurso jurídico, a visão pragmática deve governar o sentido das decisões com foco na manutenção da ordem democrática e do pleno funcionamento das instituições, de modo que os atentados episódicos dos incumbentes eventuais não sejam suficientes para abalar as estruturas do edifício constitucional por inteiro.

Mas é também obrigação dos estudiosos do Direito propor a sistematização e a diminuição do embate sofisticado que é ensinado em incubado desde os assentos da academia jurídica.

Há também um grande labor a ser desenvolvido para diminuir os mimetismos que facilmente incorporamos de experiências estrangeiras e explorarmos com mais cuidado o estágio atual de avanço civilizatório *versus* o conjunto empilhado de nossos valores e experiências que moldam a nossa cultura. Há sem dúvidas paradigmas que podemos nos confrontar, mas o Brasil é uma sociedade com peculiaridades únicas e construção própria que merecem debruçadas análises para equacionar os ganhos e retrocessos pós Constituição de 1988.

Do ponto de vista histórico a atual experiência constitucional (ainda que de poucas décadas) é singular no republicanismo brasileiro, mas é inegável o ganho civilizatório e, assim como mostrado acima, os mitos e valores fundantes de um pacto democrático e constitucional tem que ser alimentados e reestabelecidos de tempos em tempos. Há que se ter humildade e acolhimento sincero para aplacar os dissensos e refundar os consensos, referenciais secularizados divorciados da aflição vivenciada no momento não contribuem, por si só, para confortar as desigualdades presentes e históricas, daí que a coexistência fica repousada no conflito e o convívio fica praticamente impossível de ser alcançado. O Direito é um instrumento tendente à conservação da ordem e do controle estabelecido, daí que foge à sua natureza impor transformações, por isso que sua atuação na materialização de direitos deve ser cirúrgica – na medida de impedir desigualdades profundas e injustiças intoleráveis – focando muito mais em provocar as instituições políticas para que promovam os avanços e melhorias civilizatórias necessárias – já que, do ponto de vista de legitimação, estas estão mais próximas de expressar a vontade popular.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- BARROS, Diana Luz Pessoa de. **Teoria semiótica do texto**. 4. ed. São Paulo. Ática, 2002.
- BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral**. v. 1. Campinas: Pontes, 2005.
- BENVENISTE, Emile. **Problemas de linguística geral**. v. 2. Campinas: Pontes, 2006.
- BENVENISTE, Emile. **Dicionário escolar da língua portuguesa**/Academia Brasileira de Letras. 2. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.
- BERTRAND, Denis. **Caminhos da semiótica literária**. Bauru. EDUSC, 2003.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito, compiladas por Nello Morra. Trad. notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos Eduardo Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **Estudos sobre Hegel**: direito, sociedade, Estado. Trad. Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Unesp/Brasiliense, 1989.
- BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 3. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: UNB, 1980.
- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Moderna**. 4. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. São Paulo: UNB – Imprensa Oficial, 2004.
- BREYER, Stephen. **Making our democracy work** – a judge’s view. United States: Vintage, 2010.
- BUNGE, Mario. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Perspectiva, 2006.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- CHRISTIANO, Thomas; CHRISTMAN, John. **Contemporary debates in political philosophy**. United Kingdom: Oxford: Wiley-Blackwell, 2009.

CHURCHILL, Winston S. (Abridged by Henry Steele Commager). **Marlborough** – his life and times. First American Abridged Edition, (ed.) Charles Scribners Sons, 1968.

CICCO, Cláudio de; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Ciência política e teoria geral do Estado**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Conceito de sistema no direito**. São Paulo: RT, 1976.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. São Paulo: RT, 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução à ciência do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 1988.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **O direito entre o futuro e o passado**. São Paulo: Noeses, 2014.

FIORIN, José Luiz. **Elementos de análise do discurso**. 15. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

GALBRAITH, John Kenneth. **Anatomia do poder**. Trad. Hilário Torloni. São Paulo: Pioneira, 1984.

GALBRAITH, John Kenneth. **O novo Estado industrial**. 2. ed. Trad. Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1969.

GALBRAITH, John Kenneth. **The affluent society**. 2. ed. Suffolk: Penguin, 1971.

GIACÓIA, Oswaldo. Nietzsche: o humano como memória e como promessa. Petrópolis: Vozes, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981.

GRAU, Eros Roberto. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: RT, 1978.

GREIMAS, A. J; COURTÉS, J. **Dicionário de semiótica**. São Paulo: Contexto, 2008.

GREIMAS, A. J.; COURTÉS, J. **Dicionário de semiótica**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2020.

GREIMAS, Algirdas Julien. **Semiótica e ciências sociais**. São Paulo: Cultrix, 1981.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: RCS, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Immunological theory of law**. Saarbrücken – Germany: LAP Lambert Academic Publishing, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma filosofia da filosofia** – conceitos de filosofia. Fortaleza. Ed. UFC (Casa de José de Alencar) Programa Editorial, 1999.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **O vírus da verdade**. Versão adaptada para o webinar da Rede Direito & Arte, 2021.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia** – entre facticidade e validade. Rio de Janeiro. Biblioteca Tempo Universitário, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JOHN, Jay. **O Federalista**. Coleção Pensamento Político n. 62. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 1992.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era do Capital** 1848-1875. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era das Revoluções** – 1789-1848. 21. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era dos Extremos** – O breve século XX – 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HOBBSAWM, Eric J. **A Era dos Impérios** – 1875-1914. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **Teoria general del derecho y del Estado**. Trad. Eduardo Garcia Maynes. México: Textos Universitários, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoria general del Estado**. Trad. Luis Legaz Lacambra. México: Nacional, 1973.

KELSEN, Hans. **Qué es la justicia?** Trad. Leonor Calvera. Buenos Aires: Leviatán, 1984.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural.** Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

KELSEN, Hans. **Contribuciones a la teoría pura del derecho.** Trad. Eduardo A. Vásquez. Buenos Aires: Centro Ed. de America Latina, 1969.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça.** Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

KELSEN, Hans; COSSIO, Carlos. **Problemas escogidos de la teoría pura del derecho:** teoría egológica y teoría pura. Buenos Aires: Guillermo Kraft, 1952.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo.** Texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Brasília: UNB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas.** Petrópolis: Vozes, 2009.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis.** Texto Integral. Tradução: Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2007.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Assim falou Zaratustra.** São Paulo. Companhia de Bolso, 2018.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Genealogia da moral:** uma polêmica. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

PARSONS, Talcott. **Sociedades, perspectivas evolutivas e comparativas.** Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Pioneira, 1969.

PARSONS, Talcott. **The social system.** Londres: Routledge & KeganPaul, 1970.

PRADEAU, Jean-François. **História da filosofia.** Alfragide – Portugal. Don Quixote, 2010.

PINTO, Rodrigo Hayasi. Ressentimento e esquecimento em Nietzsche. **Kínesis**, v. XI, n. 148, 26 (ed. Especial), fev. 2019

PUGLIESI, Márcio. **Filosofia e direito** – uma abordagem sistêmico-construcionista. t. I e II. Coimbra: Novas Edições Acadêmicas, 2021.

PUGLIESI, Márcio. **Filosofia do direito.** t. 1 e 2. Coimbra: Novas Edições Acadêmicas, 2021,

PUGLIESI, Márcio. **Por uma teoria do direito.** São Paulo: RCS, 2005.

RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito. **Revista e acrescida dos últimos pensamentos do autor.** 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

REALE, Miguel. **Introdução à filosofia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REHNQUIST, William H. **The Supreme Court** – A new edition of the Justice's Classic History. New York. Ed. Knopf, Borzoi and Random House, Inc., 2004.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Do contrato social**. Texto Integral. Pietro Nasseti São Paulo: Martin Claret. 2008.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Texto integral. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2007.

SANTOS, Rodolpho Oliveira; MARINELLI FILHO, Marco Antonio. O tempo no direito e o tempo do direito. **International Journal of Development Research**. Impact Factor, v. 11, out. 2021.

SOUZA, Paulo César de. **Freud, Nietzsche e outros alemães**. Rio de Janeiro. Imago, 1995.

TOCQUEVILLE, Alexis. **A democracia na América** – Livro 1 – Sentimentos e Opiniões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. Livro 1 – Leis e Costumes. 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WARBURTON, Nigel. **A little history of philosophy**. Yale: Yale University Press, 2012.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Texto Integral. São Paulo: Martin Claret, 2005.

Referências normativas (Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6023: 2018 – Informação e documentação – Referências – elaboração

ABNT NBR 6022:2018 – Informação e documentação – Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica – Apresentação

ABNT NBR 6027: 2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724: 2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

APÊNDICE

Gustav Radbruch e o Jusnaturalismo Renovado

(apontamentos do autor e excertos da Filosofia do Direito, de Gustav Radbruch)

Gustav Radbruch (1878-1949) foi um proeminente teorista legal da Alemanha, que, no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, “famosamente argumentou que uma regra suficientemente injusta perde seu *status* como norma válida”.

Veterano da Primeira Guerra Mundial, professor da Universidade de Heidelberg, Ministro da Justiça do Governo Alemão, foi demitido pelo regime nazista em 1933 e, somente após o fim da Guerra, foi reintegrado e assumiu como decano a direção da Faculdade de Direito de sua Universidade.

Os temas importantes desenvolvidos por Radbruch:

- Relativismo teórico dos valores;
- A “sua kantiana separação entre valor e realidade, ou entre ser e dever ser”;
- Uma acentuada precedência, atribuída na escala axiológica, ao valor da justiça sobre os valores formais da segurança e certeza do Direito e do Estado.

Fórmulas de Radbruch:

- a) A lei positiva, garantida pela legislação e pelo poder, tem precedência mesmo quando seu conteúdo é injusto e não beneficia o povo, a menos que o conflito entre o estatuto (lei) e a justiça atinja um grau tão intolerável que o estatuto, “como lei falha”, deva render-se à justiça.
- b) Onde não há nem mesmo uma tentativa de justiça, onde a igualdade, o cerne da justiça, é deliberadamente traída na emissão de leis positivas, então, o estatuto não é apenas uma “lei falha”, ela carece completamente da própria natureza da lei. Pois a lei, incluindo o direito positivo, não pode ser definida de outra forma do que como um sistema e uma instituição cujo próprio significado é servir à justiça.

Nature de Sache

“Natureza das coisas”, ou seja, os fatos e situações sociais e históricos – domínio do ser – são agora considerados, como na Neoescolástica, matéria da qual se torna possível extrair muitos preceitos jurídicos no domínio do dever-ser. Decidir consoante a “natureza das coisas” equivale, deste modo, a apropriar-se do conteúdo de sentido de tais coisas, fatos e situações, para, pensando-os fenomenologicamente até o fim, poder extrair deles inclusivamente decisões de verdadeiro caráter jurídico. Por outra banda, Radbruch abre-se também já, na *Vorschule*, a um certo jusnaturalismo, chegando a empregar a expressão direito natural; não, evidentemente, para designar com ela nenhum dos sistemas clássicos do jusnaturalismo, mas para acentuar com vigor a sua nova crença, a que não é estranho um certo *pathos* (experiência de vivência) metafísico e religioso, num princípio normativo de legitimidade absoluta como fundamento e limitação de todo o direito positivo e o Estado. Este ideal normativo não chega a adquirir no seu pensamento, é certo, a consistência de um critério objetivo de segura aplicação prática na vida. Mas leva-o, em todo o caso, a reconhecer o caráter de inviolabilidade, de valor sagrado e absoluto dos direitos da pessoa humana, bem como de um certo número de outras representações jurídicas, “núcleo de ferro”, como o que está na base das doutrinas do jusnaturalismo católico e de certas ideias protestantes de formação recente, nas quais a ideia de um direito superior à lei poderá, segundo ele, auferir uma nova seiva vital e vivificante.

Nas décadas do Positivismo, pode dizer-se que esta chama [chama da Filosofia] se apagou por completo. [...] Agora já se não procura captar nas realidades jurídicas o valor jurídico. Pelo contrário, declara-se incientífica toda a contemplação valorativa e os espíritos procuram, conscientemente, limitar-se à investigação empírica existente. O lugar da Filosofia do Direito passa a ser ocupado pela Teoria Geral do Direito e esta passa a representar o andar mais elevado e o mais recentemente construído da Ciência Positiva do Direito.

Radbruch vai ponderar sobre o *Volksgeist* (Jhering) direito e consciência coletiva vs. dualismo insofismável – a contemplação das realidades jurídicas e a dos valores jurídicos (crítica ao monismo de Jhering). Deste modo, assume a filosofia como um sistema de todos os sistemas – sem tomar posição perante eles (Relativismo Filosófico).

Seguramente, não pode qualquer sistema de filosofia jurídica passar indiferente diante da doutrina fundada por KANT e revigorada por Stammler, segundo a qual só pode ser universalmente cognoscível e válido aquilo que tiver um caráter formal. Decerto, se qualquer filosofia

jurídica pretender ser um sistema, só lhe restará um caminho: renunciar à verdade universal. Se, porém, para evitar esta renúncia, quiser fugir ao perigo de ficar parada perante o arbítrio de um determinado sistema, então o único caminho que lhe resta será este: transformar-se num sistema de todos os sistemas, sem ousar tomar posição perante eles. E é esta precisamente a função do Relativismo Filosófico-Jurídico. O impulso natural do conhecimento humano será sempre o de empreender novas tentativas para forçar esta limitação que lhe é imposta pelo relativismo filosófico.

Stammler, como é sabido, julgava dever separar rigorosamente o conceito de direito da ideia do direito, e construía o primeiro sem referência alguma a essa ideia. Nenhuma obra humana é susceptível de ser compreendida sem referência a uma ideia. O ‘conceito de direito’ só pode ser definido como o duma realidade subordinada à ‘ideia de direito’ e que se refere a ela.

Eis aqui a ideia de Radbruch em antecedência ao conceito de direito e inaugurando a corrente culturalista do direito

Pois bem: por detrás deste modo de construir o ‘conceito de direito’ acha-se a convicção fundamental de que, em oposição à doutrina de Stammler, não nos pode bastar a simples antítese entre ser e dever-ser, ou entre realidade e valor. Pelo contrário, entre a categoria ‘juízo de existência’ e a categoria ‘juízo de valor’ é preciso estabelecer ainda uma categoria intermédia: a dos juízos referidos a valores (*wertbeziehend*), assim como, correspondentemente, entre as categorias de “natureza” e de “ideia” é preciso dar um lugar à categoria “cultura”. Isto é: a ideia de direito é, sem dúvida, um valor; o direito, porém, esse, não passa de uma realidade referida a valores, ou seja, mero fato cultural. Deste modo transitamos, pois, dum dualismo, para um trialismo nas maneiras possíveis de contemplar o direito, se abstrairmos duma quarta maneira possível que é ainda a da sua contemplação religiosa. É este tribalismo que faz da Filosofia Jurídica uma Filosofia Cultural do Direito.

Seu recurso ao Jusnaturalismo

Ao lado destas correntes filosóficas fundadas no relativismo e no trialismo metodológico, que acabamos de considerar produto do mais recente desenvolvimento da Filosofia Jurídica, deve notar-se que não deixam de continuar a afirmar-se ainda hoje [à época] todas as antigas correntes e direções de que até [então] aqui falamos.

A doutrina do Direito Natural, por exemplo, não só se tem mantido de pé como tem, inclusivamente, ganho novo terreno. Com uma homogeneidade e uma imperturbabilidade dignas de registro, pode dizer-se que a doutrina medieval do direito natural representada pela Filosofia Jurídica Católica chega até aos nossos [dele] dias. Também a

doutrina do direito natural racional da época das luzes, apoiada em KANT e FICHTE, festeja hoje o seu renascimento num sistema que chega a impressionar por sua indestrutível crença na razão.

Conceito de Direito

O conceito de direito é um conceito cultural, isto é, duma realidade referida a valores, ou ainda, duma realidade cujo sentido é achar-se ao serviço de certos valores.

Direito é, pois, a realidade que possui sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da Ideia de Direito. O “conceito” de direito acha-se assim dependente da “Ideia” de direito.

A Ideia de Direito, porém, não pode ser diferente da Ideia de Justiça.

A ideia de Justiça (sua ancoragem no Jusnaturalismo)

Não se trata duma Justiça que se mede pela medida do direito positivo, mas duma Justiça que é, ela, a medida do próprio direito positivo e pela qual este tem de ser aferido.

Justiça, neste último sentido, quer dizer tanto como Igualdade. Acontece, porém, que a Igualdade é também susceptível de receber diferentes significações. Ou se refere, segundo seu objeto, por um lado, a bens; ou se refere, por outro lado, a pessoas. [...] a Justiça pode ser, segundo seu critério de aplicação, absoluta ou relativa. Ambas estas distinções se acham entre si relacionadas na célebre doutrina de ARISTÓTELES acerca da Justiça.

O Direito não é afinal senão a realidade que tem o sentido de se achar ao serviço da Ideia de Justiça.

ARISTÓTELES sugeriu-nos a solução deste dilema ao afirmar que a justiça e a equidade não são afinal valores diferentes, mas caminhos diferentes para chegar ao mesmo único valor jurídico. A justiça considera o caso individual no ponto de vista da norma geral; a equidade procura achar a própria lei do caso individual, para depois a transformar também numa lei geral, visto ambas tenderem por natureza, em última análise, para a generalização. Assim, se manifesta na distinção entre justiça e equidade, a distinção metodológica [...] entre a noção dum direito justo extraída por dedução de certos princípios gerais, e um conhecimento do mesmo direito justo, mas conquistado por via indutiva e extraído da própria “natureza das coisas.

O direito não será direito só porque diferentes fenômenos jurídicos se deixam ordenar e arrumar debaixo desse conceito. Pelo contrário, os fenômenos chamados jurídicos serão realmente jurídicos, porque o

conceito *a priori* de direito os abrange a eles. Não são os fenômenos jurídicos que vão buscar e colocar sobre si, democraticamente, o conceito de direito. É o conceito de direito quem, “por graça de Deus” – quer dizer, por graça da Ideia – toma nas mãos a soberania sobre os fenômenos jurídicos. É unicamente ao contemplarem a massa caótica dos dados da experiência através do conceito de direito, que vemos separarem-se um do outro, como as águas se separam da terra em obediência à palavra do Criador, o jurídico essencial daquilo que não é por essência jurídico. Só quando contemplarmos o direito de certa forma, vendo nele, como dizia SAVIGNY, “a própria vida dos homens olhada sob um certo aspecto”, debaixo de um certo ponto de vista, só então é que podemos compreender como este ponto de vista, constitutivo da nossa visão jurídica do mundo, é que constitui afinal precisamente o conceito *a priori* de direito.

E a conclusão a tirar daqui será esta: não é realizável a ideia duma “tábua de categorias”, ou seja, duma tabela sistemática de todos os possíveis conceitos jurídicos *a priori*.

Sustentamos que só a moral é capaz de servir de fundamento à força obrigatória do direito.

O direito é apenas a possibilidade da moral e por isso mesmo também a possibilidade da imoralidade. Ele torna possível a moral. Não a torna forçosamente necessária, porque o ato moral, por natureza do seu próprio conceito, não pode ser senão um ato de liberdade. Mas porque o direito apenas torna possível a moral, por isso mesmo deve também tornar possível a negação da moral.

Desta maneira, a relação entre a moral e o direito apresenta-se-nos como uma relação muito especial. O direito começa por se encontrar ao lado da moral, mas estranho a ela, diferente dela e até, possivelmente, oposto a ela, como acontece com os “meios” colocados ao lado dos “fins”. Posteriormente, como meio para a realização de certos valores morais, o direito toma, porém, parte no valioso deste fim. Deste modo, embora com reserva de sua autonomia, é absorvido pela Moral.

ANEXO

Excertos do texto Direito Natural e Jusnaturalismo, de Álvaro de Azevedo Gonzaga, publicado na Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/63/edicao-1/direito-natural-e-jusnaturalismo>. Acesso em: 28 nov. 2021.

O Jusnaturalismo, por sua vez, é uma doutrina segundo a qual existe – e pode ser conhecido – um “direito natural” (*ius naturale*), ou seja, um sistema de normas de conduta intersubjetivas diverso do sistema constituído pelas normas fixadas pelo Estado (direito positivo). Tem validade em si, é anterior e superior ao Direito Positivo e, em caso de conflito, é ele que deve prevalecer. Note-se a primeira e fundamental diferença: Direito Natural não quer dizer Jusnaturalismo e vice-versa. Este se refere às escolas de Direito Natural que se desenvolveram e tiveram concepções distintas do Direito Natural a depender do momento histórico em que se fundaram.

Afirma Jacques Leclercq que o Direito Natural é o resultado dos princípios mais gerais sobre a ordem do mundo, usados para que se oponham aos governantes injustos. Convém lembrar a esse respeito a tragédia de Sófocles, *Antígona*, que é um excelente símbolo para demonstrarmos a ideia da existência de um justo por natureza, que se contrapõe a um justo por lei. *Antígona* deseja enterrar seu irmão Polínice, que atentou contra a cidade de Tebas, mas o tirano da cidade, Creonte, promulgara uma lei, impedindo que os mortos que atentaram contra as normas da cidade fossem enterrados – o que era uma grande ofensa para o morto e sua família, pois a alma não faria a transição adequada ao mundo dos mortos. Ora, sem um ritual fúnebre adequado (limpeza, purificação e preservação da integridade do corpo), como poderia Polínice, que morreu valorosamente em combate, de acordo com a areté aristocrática, reaparecer em seu corpo de sombra no Hades? Percebe-se que a Lei Positiva da pólis impede o Direito Natural de Polínice a um funeral. O que fazer ante tão injusto imperativo? *Antígona* realiza os ritos fúnebres e sepulta o irmão, resistindo à Lei Positiva e fazendo valer o Direito Natural, muito embora condene-se à morte. Interpelada de como pôde transgredir a lei, *Antígona* responde: “[...] Essas não são as leis que fixaram para os homens e jamais pensei que tivesse defesas tão poderosas capazes de permitir a um mortal transgredir as leis não escritas, as inabaláveis leis divinas”. *Antígona*, enfurecida, voltou-se contra o direito positivo. Sozinha reage à norma imposta e enterra o irmão, desafiando todas as leis da cidade. *Antígona* é, então, capturada e levada até Creonte, que a sentencia à morte.

Aristóteles:

“O que se quer dizer com ser a Justiça substância do Direito?”

É, portanto, que a Justiça é o princípio (como ensina Giovanni Reale, a fonte, o que mantém, o que movimenta e a finalidade) que permite Ser o Direito (vir a ser e persistir no ser), bem como ser conhecido e inteligível pelas suas causas; permite suas variações encontradas nos mais diversos ordenamentos jurídicos e, mais importante, sem o que o Direito deixaria de Ser, tornando-se apenas norma. Retomando a Ética à Nicômaco, especificamente o Livro V, ponto VII, percebesse o fecho perfeito da resposta com as lições de 1134b25 em diante:

Alguns pensam que a Justiça é por convenção, porque o que é por natureza é imutável e tem o mesmo poder em toda parte – por exemplo, o fogo arde aqui e na Pérsia –, por outro lado, veem a justiça sempre a alterar-se. Isto não se passa absolutamente assim; mas admite determinações. Ou seja, ainda que junto dos deuses a alteração esteja completamente excluída, junto de nós existe algo que, embora seja por natureza, é totalmente alterável. E é fácil ver no horizonte do que admite alteração qual é a forma da justiça natural bem como a forma da justiça que, embora não se constitua naturalmente, é legal e ainda existe por convenção, ainda que ambas as formas estejam expostas à alteração. [...].

Assim, estribando-se ainda nas considerações de Vandyck Nóbrega, é de se concluir que o Justo Natural é aquele que se mantém em toda a parte o mesmo efeito, não se submetendo às volições particulares baseadas no utilitarismo. Por isso que Aristóteles diz que algo pode ser natural e mutável: pode ser a lei e a conduta justa, assim como as prescrições de justiça diversas, desde que os efeitos do Justo sejam os mesmos meios proporcionais aritméticos ou geométricos conforme o sentido e o caso – em outras palavras, é substancialmente imutável, válido em toda parte e com o mesmo efeito de caráter geral, mas na sua realização concreta, mutável. Não se percebe, ao fim e ao cabo, uma antítese com o Direito dito positivo. Este, por possuir lacunas originadas da vontade humana e ser essencialmente convencional e político, que estabelece a norma jurídica e decide com o olhar casuístico, é integrado em suas lacunas e falhas pelo *Physikon Dikaion*.

Na definição de Thomas Hobbes, temos a seguinte constatação:

Uma Lei de Natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa para destruir a sua própria vida ou privá-lo dos meios necessários para a preservar, ou omitir aquilo que pense melhor contribuir para a preservar.

E complementa o filósofo ao tratar da lei natural e da lei positiva, em importante assertiva:

Outra maneira de dividir as leis é em naturais e positivas. As [leis] naturais são as que têm sido desde a eternidade, e não são apenas chamadas naturais, mas também leis morais. Consistem nas virtudes morais, como a justiça, a equidade, e todos os hábitos de espírito propícios à paz e à caridade. As positivas são as que não existem desde toda a eternidade, e foram tornadas leis pela vontade daqueles que tiveram o poder soberano sobre os outros. Podem ser escritas, ou então dadas a conhecer aos homens por qualquer outro argumento da vontade do legislador.

[...] A mesma Lei Natural seria uma declaração da vontade de Deus, conhecida como tal e dotada de sanções transcendentais, tal qual castigo eterno ou visão beatífica.

Acontece que por não conseguir demonstrar a existência de outra vida em um plano transcendente, a razão natural não seria capaz de conhecer a Lei Natural como lei. A solução para isso veio com a boa-nova trazida pelo Cristo, que deu a conhecer aos homens, através da união hipostática, a Revelação em diversos campos. O contratualismo de Jean-Jacques Rousseau seguirá pela mesma base. A obra fundamental para a pesquisa será o *Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens*, a despeito de se pensar que seja *Do Contrato Social*, pelo motivo de que no *Discurso*, analisa o homem no estado de natureza que se reuniria para formar o Estado. Rousseau admira os clássicos, como se depreende da leitura dessas duas obras fundamentais. Para ele, a virtude é sobretudo a virtude política, um dar-se ao pacto, que o renova constantemente. Abandona-se a Liberdade natural para que se concretize a liberdade convencional.

Hugo Grócio:

O Direito Natural é o ditado da reta razão presente no homem: *Jus est regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est* – os primeiros princípios do direito são as regras morais inscritas na consciência do homem. Tal doutrina abre caminho no campo da Moral, do Direito e da Política, ao iluminar a cultura laica e antiecológica.

Com a transição de governos autoritários fundados no indivíduo, surgem governos democráticos que buscam, senão a unidade, ao menos a maioria. Por conta disto, sentia-se uma forte necessidade de reformas legislativas que dessem ao direito, principalmente, uma certeza.

O jusnaturalismo, com sua teoria de um direito absoluto e universalmente válido, porque ditado pela razão, era capaz de oferecer as bases doutrinárias para uma reforma racional da legislação.

Segundo Kant, leis naturais correspondem às leis externas, cuja obrigatoriedade pode ser reconhecida *a priori* pela Razão. E o princípio que converte uma certa ação pautada na obrigatoriedade moral em Dever é uma lei prática. Neste sentido, tem-se a constatação: Kant pôde conceber uma filosofia da história política porque encontrou na natureza do homem uma garantia que assegurava o sentido das ações efetivas da humanidade.

Mas esse sentido político refere-se apenas à liberdade externa. A liberdade interna do homem deve realizar-se também na história e tornar efetivo nela o reino da moralidade, ou reino de Deus. Na história da filosofia jurídico-política, o jusnaturalismo aparece em, pelo menos, quatro versões fundamentais, também com suas variantes: a) uma lei “natural” em sentido estrito, fisicamente conatural a todos os seres animados à luz de instintos; b) uma lei estabelecida por vontade da divindade e por esta revelada aos homens; c) a lei ditada pela razão, específica, portanto, do homem que a encontra autonomamente dentro de si; d) uma lei com escopo de garantir a dignidade da pessoa humana.

Após essa reforma da legislação, surge uma pergunta: o que traz mais segurança – o jusnaturalismo (racional, moderno) ou as leis positivadas a partir deste jusnaturalismo? A resposta são as leis positivadas, uma vez que todos as conhecem.

Já nesta época, a doutrina alemã ataca o jusnaturalismo, e o Positivismo Jurídico ganha força. Hans Kelsen, no início do século XX, começa a solidificar o Positivismo Jurídico, com sua Teoria Pura do Direito.

Importante observar que, paralelamente, o cientificismo ganha cada vez mais força posicionando várias áreas do saber e colocando o Direito em uma situação de necessária teorização a fim de ter seu espaço definido e não ser uma parte de determinada ciência, como as ciências sociais, por exemplo.

Cite-se a esse respeito as subcorrentes positivistas, como a Escola da Exegese, que é considerada como a máxima expressão do positivismo. Foi formada pelos intérpretes do Código Cível Francês, mais conhecido como Código de Napoleão (1804).

A Escola da Exegese tinha como característica a interpretação minuciosa do texto da lei. O método literal-gramático foi adotado pela Escola. Na busca do significado da lei era somente considerado o que a gramática propunha, ou seja, aplicar estritamente o que dizia o texto sem obscuridade ou ambiguidade.

Dessa forma, o juiz passou a ser somente um intérprete da lei e um funcionário do Estado. A Escola não considerava válidas outras fontes de Direito que não originárias do código, descartando assim o costume e tendo total repulsa à atividade da jurisprudência. Outro aspecto

da Escola Exegética é a estatalidade, ou seja, todo o poder de competência do legislador deixa o Direito em absoluto de forma estatizada.

As influências do positivismo legal da Exegese firmaram a base teórica do racionalismo jurídico ocidental moderno. Com relação à Escola Histórica, pode-se dizer, com Savigny, que cada povo tem seu próprio Direito que é fundado em elementos culturais (como a língua, religião, costumes etc.). Esse Direito não seria algo imutável: ele se desenvolve com aquele povo, “nasce, cresce e morre quando perde a sua personalidade”. Segundo ele, o Direito não deveria ser visto como uma mera soma de elementos, mas sim como um conjunto de institutos jurídicos que surge da consciência do povo, perceptível através da instituição do jurídico, gerado da prática cultural daquela nação. Esse seria o famoso conceito de *Volksgeist* (traduzido seria “o espírito do povo”).

Concluindo, a Escola Histórica Alemã, tendo como “fundador” Savigny, dizia que o Direito é um produto histórico, não sendo resultado da mera vontade do legislador. Ele surge da consciência de cada povo, baseado nos seus costumes. Considera que as codificações estagnariam o Direito, impedindo sua evolução. Já a escola da Jurisprudência dos Conceitos tem origem com os juristas da Escola Histórica, os pandectistas.

Essa corrente tinha como objetivo extrair, das antigas instituições do direito, conceitos capazes de serem utilizados em diferentes épocas e lugares, tornando assim o direito universal. Para isso, é utilizado o método lógico-sistemático (interpretação realizada com base em todo o sistema jurídico conforme o contexto), que tentava construir uma unidade no meio da diversidade normativa.

A *Teoria Pura do Direito*, de Kelsen, parte de outras bibliografias necessárias para compreender sua crítica a um direito não puro, que não considere apenas a norma e as proposições normativas como objeto científico do direito. Em especial, nos referimos às seguintes obras: *O Problema da Justiça*, *A Ilusão da Justiça* e *O que é a Justiça*; nessas obras há uma crítica ferrenha ao conceito de justiça como sendo algo vago e parcial, que não pode ser objeto da ciência.

Como sabemos, a estrutura científica proposta por Kelsen fundamenta a possibilidade de criação de Estados totalitários, e é o que fundamenta as teses defendidas pelos algozes no tribunal de Nuremberg. O pós Segunda Guerra Mundial vê no jusnaturalismo, por se fundamentar nos valores morais, uma boa solução para a situação posterior à Segunda Guerra Mundial. Havia uma necessidade de controle do Estado, que culminou na criação da ONU e nesse “saudosismo jusnaturalista”, por assim dizer, uma ideia de buscar na história uma saída para os problemas que se revelavam na época.

Ainda assim, existia uma consciência de que não havia valores morais universais. Esse novo momento do jusnaturalismo, portanto, considerava o Direito Natural como histórico e não mais universal e imutável. Segundo o próprio professor Miguel Reale podemos entender, ainda, que, se investigarmos com atenção nossa atualidade, encontraremos, na pessoa humana, o valor fundante do jusnaturalismo.

Ao longo da história, os temas Direito Natural e o Jusnaturalismo permeiam as tramas que temos na construção de teorias sobre o direito. Mas uma coisa é certa, caso o direito positivo não busque uma fundamentação esvaziada de valores morais estará certamente caminhando para uma crise. De perspectiva diversa, abordemos, por fim, o positivismo jurídico. O positivismo jurídico é a tese de que a existência e o conteúdo do direito dependem de fatos sociais e não de seus méritos.

O jurista inglês John Austin (1790-1859) formulou o positivismo jurídico nos seguintes termos: “A existência da lei é uma coisa; seu mérito e demérito outro. Seja ou não seja um inquérito; seja ela ou não compatível com um padrão assumido, é um inquérito diferente”. A tese positivista não diz que os méritos da lei sejam ininteligíveis, sem importância ou periféricos à filosofia do direito. Diz que não determinam se existem leis ou sistemas legais. A questão de saber se uma sociedade possui um sistema jurídico depende da presença de certas estruturas de governança, e não da medida em que satisfaz os ideais de justiça, democracia ou Estado de direito.

Quais as leis em vigor nesse sistema dependem das normas sociais que seus funcionários reconhecem como autorizativas? Por exemplo, decretos legislativos, decisões judiciais ou costumes sociais. O fato de uma política ser justa, sábia, eficiente ou prudente nunca é razão suficiente para pensar que ela é realmente a lei, e o fato de que ela é injusta, imprudente, ineficiente ou imprudente nunca é razão suficiente para duvidar dela.

De acordo com o positivismo, o direito é uma questão do que foi posto (ordenado, decidido, praticado, tolerado, etc.). Como diríamos num vocabulário mais moderno, o positivismo é a visão de que a lei é uma construção social. As críticas mais influentes sobre o positivismo jurídico fluem, de uma forma ou de outra, da suspeita de que ela não dá a moral ao seu devido dever. Uma teoria que insiste na facticidade do direito parece contribuir pouco para a nossa compreensão de que o direito tem funções importantes para fazer a vida humana cada vez melhor, que o Estado de Direito é um ideal valorizado e que a linguagem e a prática do direito são altamente moralizadas.

Assim, os críticos do positivismo sustentam que as características mais importantes do direito não se encontram em seu caráter de fonte, mas na capacidade do direito de promover o bem comum, garantir os direitos humanos ou governar com integridade.

É um fato curioso sobre as teorias antipositivistas que, embora todos insistam na natureza moral da lei, sem exceção, eles tomam sua natureza moral como algo bom. A ideia de que a lei pode ser moralmente problemática não parece ter ocorrido a eles. É indubitável que considerações morais e políticas se prendem com a filosofia jurídica.

Como Finnis diz, as razões que temos para estabelecer, manter ou reformar a lei incluem razões morais, e essas razões, portanto, moldam nossos conceitos jurídicos (p. 204). Mas que conceitos? Uma vez que se admite, como faz Finnis, que a existência e o conteúdo da lei podem ser identificados sem recorrer ao argumento moral, e que “a lei humana é artefato e artifício e não uma conclusão a partir de premissas morais”, o aparato tomista que ele tenta ressuscitar é largamente irrelevante para a verdade do positivismo jurídico. Isso vicia também as críticas de Lon Fuller a Hart.

Além de algumas afirmações confusas sobre adjudicação, Fuller tem dois pontos principais. Primeiro, ele acha que não basta que um sistema jurídico assente em regras sociais costumeiras, uma vez que a lei não pode orientar o comportamento sem ser pelo menos minimamente clara, consistente, pública, prospectiva, isto é, sem exibir, até certo ponto, aquelas virtudes coletivamente chamadas de “o Estado de Direito”.

Dworkin nega que possa haver qualquer teoria geral da existência e do conteúdo da lei; Ele nega que as teorias locais de sistemas jurídicos particulares possam identificar a lei sem recorrer aos seus méritos e rejeita todo o foco institucional do positivismo. Uma teoria do direito é para Dworkin uma teoria de como os casos devem ser decididos e começa, não com um relato de organização política, mas com um ideal abstrato que regula as condições sob as quais os governos podem usar a força coercitiva sobre seus súditos. A força só deve ser aplicada, segundo ele, de acordo com os princípios estabelecidos antecipadamente. Uma sociedade tem um sistema jurídico apenas quando, e na medida em que, honra este ideal, e sua lei é o conjunto de todas as considerações que os tribunais de tal sociedade seriam moralmente justificados em aplicar, quer essas considerações sejam ou não determinadas por qualquer fonte. Para identificar a lei de uma determinada sociedade devemos nos engajar em argumentos morais e políticos, pois a lei é qualquer exigência que seja consistente com uma interpretação de suas práticas legais (sujeita a uma condição limítrofe de ajuste) que os mostre melhor justificados à luz do seu ideal animador.

Quando as contas de julgamento e raciocínio jurídico propostas pelas teorias jurídicas contemporâneas são adicionadas àquelas teorias do (do conceito de) direito, torna-se claro que, ao nível de proposições (como distinto de nomes, palavras e formulações) essas teorias compartilham (embora nem sempre sem autocontradição) as principais teses sobre a lei propostas por teóricos clássicos da lei natural como Tomás de Aquino: (i) Essa lei estabelece razões para a ação; (ii) Que suas regras podem e presumivelmente criam obrigações morais que não existiam antes do estabelecimento das regras; (iii) Que esse tipo de obrigação jurídico-moral é derrotado por uma imoralidade séria (injustiça); e (iv) que as obrigações judiciais e outras paradigmaticamente legais nos termos do que foi deliberado, resultado de raciocínio e julgamento inclui, simultaneamente, tanto direito natural (moral) como direito (puramente) positivo.

As teorias “positivistas” contemporâneas são, ao que parece, as teorias da lei natural, distinguidas do corpo principal da teoria do direito natural (a) por sua negação de que a teoria da lei (como distinta da teoria ou teorias da adjudicação e (b) pela incompletude de suas teorias de direito, ou seja, a ausência delas (e geralmente, embora nem sempre, das suas contas dessas leis assuntos relacionados) de atenção crítica sistemática aos fundamentos da moral e outras afirmações normativas que eles fazem ou pressupõem.

O fulcro e a questão central das teorias legais do Direito Natural são: Como e por que a lei, e seu posicionamento na legislação, decisões judiciais e costumes, dão a seus súditos motivos sólidos para agir de acordo com ele? Como pode uma validade legal (“formal”, “sistêmica”) de uma regra, de um julgamento ou de uma instituição, ou sua facticidade ou eficácia como fenômeno social (por exemplo, da prática oficial) torná-la autoritária nas deliberações de seu sujeito?

O sentido e a força dessas questões, e as principais características do tipo de resposta dada pelas teorias do direito natural, pode ser dada uma indicação. Por um lado, a teoria do direito natural sustenta que o caráter baseado na fonte da lei: sua dependência de fatos sociais, como a legislação, os costumes ou os precedentes estabelecidos judicialmente – é um elemento fundamental e primário na capacidade do direito de promover o bem comum, proteger os direitos humanos ou governar com integridade. Por outro lado, a questão se a lei é de sua própria natureza moralmente problemática tem sido desde o início objeto de consideração pelos líderes da tradição.

A primeira questão que Tomás de Aquino aborda sobre a lei humana em sua discussão sobre a lei, *Suma de Teologia*, I-II, q 95, a.1, é se a lei humana é benéfica – não podemos fazer melhor com exortações e advertências, ou com juízes nomeados simplesmente para “fazer

justiça”, ou com líderes sábios governando como acharem conveniente? E os textos contemporâneos clássicos e líderes da teoria do direito natural tratam a lei como moralmente problemática, compreendendo como um instrumento normalmente indispensável de grande bem, mas que facilmente se torna um instrumento de grande mal, a menos que seus autores firmemente e vigilante o tornem bom reconhecendo e cumprindo seus deveres morais para fazê-lo, tanto no estabelecimento do conteúdo de suas regras e princípios e nos procedimentos e instituições por meio dos quais eles fazem e administram. Todas as teorias da lei natural compreendem a lei como um remédio contra os grandes males de, por um lado, a anarquia (anarquia) e, por outro lado, a tirania. E uma das formas características da tirania é a cooptação da lei como uma máscara para decisões fundamentalmente sem lei encobertas nas formas de lei e legalidade.