



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

WILIAN ZENDRINI BUZINGNANI

**PARADIGMAS ESTRUTURANTES DA NORMA
JURISDICCIONAL COM EFEITOS GERAIS E ABSTRATOS.
ASPECTOS FILOSÓFICOS E LEGITIMADORES**

Londrina
2013

WILIAN ZENDRINI BUZINGNANI

**PARADIGMAS ESTRUTURANTES DA NORMA
JURISDICIONAL COM EFEITOS GERAIS E ABSTRATOS.
ASPECTOS FILOSÓFICOS E LEGITIMADORES**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Filosofia Contemporânea da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Filosofia Contemporânea.

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci.

Londrina
2013

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B992p Buzingnani, Willian Zedrini.
Paradigmas estruturantes da norma jurisdicional com efeitos gerais e abstratos : aspectos filosóficos e legitimadores/ Willian Zedrini Buzingnani. - Londrina, 2013.
126 f.

Orientador: Elve Miguel Cenci
Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Letras e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, 2013.

1. Norma (Filosofia). 2. Justiça (Filosofia).3. Ética discursiva. 4. Equidade (Direito).5. Filosofia moderna. 6. Norm (Philosophy). 7. Justice (Philosophy). 8. Equity (Law). 9. Modern philosophy.
2014. I. Buzingnani, Willian Zedrini.. II. Celci, Elve Miguel. III. Título.
CDU 141.8

WILIAN ZENDRINI BUZINGNANI

**PARADIGMAS ESTRUTURANTES DA NORMA JURISDICIONAL COM
EFEITOS GERAIS E ABSTRATOS.**

ASPECTOS FILOSÓFICOS E LEGITIMADORES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Filosofia Contemporânea da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Filosofia Contemporânea .

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Elve Miguel Cenci
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Clodomiro Bannwart Junior
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Cláudio Ladeira de Oliveira
Universidade Nacional de Brasília - UNB

Londrina, 21 de junho de 2013.

AGRADECIMENTOS

Ao Grande Arquiteto do Universo, Deus. O espaço infinito, o tempo infinito e a vida infinita, em suas diversas manifestações; inteligência infinita, em seu desenvolvimento; o infinitamente pequeno e o infinitamente grande, em que esbarramos em toda a série de fatos ou ideias.

Aos professores, mestres e amigos Elve Miguel Cenci, Clodomiro Bannwart Junior e Bianco Zalmora Garcia, que por meio de seus conhecimentos ímpares e incansável dedicação, possibilitaram a realização deste trabalho.

À Ana Carolina, Maria Luísa e Enrico, minha vida.

Aos meus pais, que sempre me estimularam a seguir na senda da virtude e buscar incessantemente a verdade.

Aos amigos e irmãos, sempre ao nosso lado nas boas e nas más horas, para nos auxiliar nesta longa e compensadora caminhada.

***E SE A SENTENÇA SE ANUNCIA BRUTA
MAIS QUE DEPRESSA A MÃO CEGA
EXECUTA
POIS QUE SENÃO O CORAÇÃO PERDOA
CHICO BUARQUE E RUY GUERRA
(TRECHO DA PEÇA CALABAR)***

BUZINGNANI, Wilian Zandrini. **Paradigmas estruturantes da norma jurisdicional com efeitos gerais e abstratos: aspectos filosóficos e legitimadores.** 2012. 108 f. Dissertação (Mestrado de Filosofia Contemporânea) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

RESUMO

O direito assume em nossos dias papel de grande significância na criação de uma linguagem comunicativa entre o mundo da vida e os demais sistemas especializados. Nesse sentido, se comporta como um facilitador linguístico, um meio de controle de condutas que deve ser observado pelo consenso dos grupos sociais e imposto, caso necessário seja, pelo poder estatal. Ocorre, entretanto, que a sociedade contemporânea possui como uma de suas características o multiculturalismo dentre os diversos *ethos* sociais. Ante tal fato, o direito deve proceder, enquanto atividade judicante, de forma dinâmica com olhos nas inúmeras realidades sociais acomodadas na sociedade. Nesse sentido, observamos cada vez mais, a necessidade de materialização do direito pelo processo jurisdicional (normatização jurisdicional) e não somente por meio legislativo (materialização enquanto norma legislativa). Assim, os Tribunais da nação e, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal assumem uma importância ímpar de significância, uma vez que a interpretação da norma legal e a própria criação da norma jurisdicional estarão cercadas de vários elementos (políticos, ideológicos, jurídicos, sociológicos e éticos) que devem ser analisados e efetivamente decodificados pelos ministros legitimamente empossados em seus cargos. Todos esses elementos estão diretamente relacionados ao direito, à sociologia e à filosofia, uma vez que toda norma, quer seja legislativa, quer seja jurisdicional, deve se pautar nos critérios de justiça e ter por base, insofismável, a moral, a liberdade, a igualdade, a equidade e, sobretudo, a democracia. Assim, temos que os elementos políticos, ideológicos, jurídicos, sociológicos e éticos são de suma importância para a formação da norma jurisdicional, devendo os julgamentos dos tribunais ter por base não somente a lei positivada mas a perspectiva do consenso das vontades sociais, vistas sobre a ótica do preceitos acima expostos. Portanto, ante a contemporaneidade do tema e sua grande importância social, busca-se neste trabalho uma reflexão sobre os elementos estruturantes para formação da Norma Constitucional abstrata, bem como seus elementos legitimadores.

Palavras-chave: Justiça. Legitimação da norm., Equidade. Democracia. Mora, Ética. Ética discursiva. Norma jurídica.

BUZINGNANI, Wilian Zendrini. **Structuring the standard paradigms court with abstract effects:** philosophical paradigms and legitimating. 2012. 108 p. Dissertation (Masters of Contemporary Philosophy) - University of Londrina, Londrina.

ABSTRACT

The law assumes role in our day of great significance in creating a communicative language between the worlds of life and other specialized systems. In this sense, behaves as a language facilitator, a means of controlling conduct that must be observed by the consensus of social groups and tax, if needed be, by state power. There is, however, that contemporary society has as one of its features multiculturalism among the different social ethos. Faced with this fact, the right shall, while adjudicative activity, dynamically with eyes in countless social realities accommodated in society. In this sense, we see more and more the need of materialization of law by judicial process (normalization court) and not only through legislative (materialization while legislative norm). Thus, the nation's courts and especially the Supreme Court are of unique importance of significance, since the interpretation of legal norms and the creation itself will be the norm court surrounded by several factors (political, ideological, legal, sociological and ethical) should be effectively analyzed and decoded by ministers lawfully sworn in office. All these elements are directly related to law, sociology and philosophy, since every norm, whether legislative, whether judicial, must be based on the criteria of justice and be based in unmistakable, morality, freedom, equality, fairness, and above all, democracy. Thus, we have the elements political, ideological, legal, sociological and ethical are of paramount importance for the formation of the standard court, the judgments of the courts should be based on not only the law but positively valued the perspective of social consensus of wills, views the perspective of the precepts outlined above. Therefore, compared to the contemporary theme and its great social importance, this paper seeks to reflect on the structural elements for forming the Constitutional Norm abstract and legitimizing its entirety.

Keywords: Justice. Legitimacy of the norm. Equity. Democracy. Morality. Ethics. Discourse ethics. Rule of law.

SUMÁRIO

1	HISTÓRICO SOBRE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES PARA A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO MODERNO	9
2	A NATUREZA HUMANA E A RELIGIÃO. DO MITO À FILOSOFIA	17
2.1	PODER, SOCIEDADE E DIREITO. A FLEXIBILIZAÇÃO DO DOMÍNIO E DA NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DE VONTADES PELA BUSCA DO CONSENSO.....	21
2.2	UM CONCEITO DE DIREITO.....	33
3	O ORDENAMENTO JURÍDICO. A NORMA E SUA PRODUÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO	39
4	ELEMENTOS LEGITIMADORES DA NORMAS CRIADAS PELO PODER JURISDICIONAL COM CARACTERÍSTICAS GERAIS E ABSTRATAS	55
4.1	NOTA PREAMBULAR DO CAPÍTULO.....	55
4.2	O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	55
4.3	REPERCUSSÃO GERAL – O ESTOPIM DA ABSTRAÇÃO E GENERALIZAÇÃO DA NORMA JURÍDICA PRODUZIDA PELO PODER JUDICIÁRIO	57
4.4	O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO, CONDIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA LEGITIMAÇÃO DAS NORMAS PRODUZIDAS PELA ATIVIDADE ESTATAL. – A DEMOCRACIA E SEU PERCURSO NA HISTÓRIA.....	66
4.5	O DEBATE DEMOCRÁTICO – UM DOS ELEMENTOS LEGITIMADORES DA NORMA JURÍDICA DE CARACTERÍSTICAS GERAIS E ABSTRATAS PRODUZIDA PELO PODER JUDICIÁRIO – REPRESENTATIVIDADE DIRETA REALIZADA PELOS CONCERNIDOS SIMBOLIZADA PELOS AMICUS CURIA NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	72
4.6	A RACIONALIDADE HUMANA, INSTRUMENTO DEPURADOR DAS VONTADES COLETIVAS SOCIAIS. UMA SUBJETIVIDADE?	79

4.7	LIBERDADE. ELEMENTO LEGITIMADOR DA NORMA ESTATAL. PLENITUDE DO DIALOGO NAS ESFERAS PÚBLICAS.....	87
4.8	O PARADOXO DA IGUALDADE. ELEMENTO INDISPENSÁVEL PARA LEGITIMAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DA PRODUÇÃO DE UMA NORMA JURISDICIONAL – GERAL E ABSTRATA.....	92
5	CONCLUSÃO	99
	REFERÊNCIAS	103

1 HISTÓRICO SOBRE A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES PARA A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO MODERNO

A doutrina sobre a separação dos poderes tem por escopo romper com absolutismo político, que concentrava o poder exclusivamente nas mãos de uma pessoa (Rei) em razão de um direito natural de origem divina, ou de uma classe de pessoas (nobreza ou clero) que detinham de forma genuína os bens e as benesses que a força de trabalho do povo podia lhes proporcionar.¹

A divisão do poder do Estado em três órgãos (Legislativo, Executivo e Judiciário) representa, mais que um sistema constitucional, a superação de um modelo político e histórico que foi exercido por séculos.

Nos Estados monárquicos não existia, em regra, a divisão de governo, sendo que o monarca, mediante assembleias populares, acumulava as funções de legislar, executar as leis, julgar os conflitos.

Os filósofos antigos já preconizavam a necessidade de se limitar o poder e impor limites ao ato de governar, entre eles, Platão, no *Diálogo das Leis*, reverenciando Licurgo por contrapor o poder da Assembleia dos Anciãos ao poder do Rei; e Aristóteles, em sua obra *Política*, ao esboçar a tríplice divisão do poder em legislativo, executivo e administrativo.²

Dando continuidade às meditações dos filósofos gregos, John Locke tratou da temática com certa amplitude, preconizando a divisão dos poderes em legislativo, executivo e federativo; o legislativo era tido como poder supremo subordinando os demais poderes. Ao princípio era confiado o executivo e o federativo das relações exteriores (guerra, paz, alianças e tratados). Locke deixa nítida a separação entre legislativo, de um lado, e os poderes executivo e federativo de outro, sendo que estes poderiam ser exercidos pelo mesmo magistrado.³

¹ Comumente se utiliza a expressão “separação dos poderes”. Vale ressaltar que o poder da soberania é essencialmente uno e indivisível, manifestando-se por meio de três órgãos estatais em separado. Destes órgãos decorrem três categorias diversas do poder soberano por meio das quais nos dizeres de Kelsen, há unidade do poder estatal e pluralidade das suas formas de manifestação. Sendo assim, independentemente de qualquer que seja a forma ou conteúdo dos atos do Estado, eles sempre decorrem do mesmo Poder, portanto, firma-se a unidade da idéia de Poder.

² MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 12ª ed. São Paulo: Sugestões Literárias S/A, 1981. p. 219.

³ MELLO, Leonel Itaussu Almeida; WEFFORT, Francisco (Org.). **Os Clássicos da Política**. 14ª ed. São Paulo: Ática., 2008.p.87.

Ademais, outros pensadores, notadamente Bodin e Swift, discorreram sobre a velha tese ⁴ baseando-se em teorias racionalistas.⁵

Como inicialmente informamos, todo movimento de tripartição, ou ainda, de fragmentação ou reorganização do poder estatal, tem como *telos* preponderante a necessidade de descentralizar o controle absoluto do poder concentrado unilateralmente nas mãos de uma pessoa.

Não obstante a todo o trabalho filosófico preexistente, somente no século XVIII, o eminente pensador político francês, Charles Montesquieu, autor de *Espírito das Leis* (1748), relatou com profundidade a teoria cujo método alcança em nossos dias a maioria dos estados modernos.

Montesquieu tem sua teoria acolhida de forma paradigmática nos Estados ocidentais, tanto os liberais como os sociais, e nos estados que adotaram o “welfare state”.

A América do Norte acolheu (inclusive antes dos Estados Europeus) as teorias de tripartição dos poderes com certo entusiasmo. A “Constituição de Virgínia”, em 1776, foi a primeira Constituição escrita que adotou integralmente a doutrina de Montesquieu, seguida pelas de Massachussets, Maryland, New Hampshire, entre outras.⁶

⁴ Velha tese é aquela imposta nos Estados monárquicos antigos, medievais, bem como nas primitivas repúblicas gregas e romanas, onde não havia divisão funcional do poder. Nessas comunidades, o monarca concentrava todo o poder em suas mãos e possuía atribuições de legislar, julgar as controvérsias e executar as leis. MALUF, op. cit., p. 219.

⁵ Jean Bodin, francês, figurou como um dos grandes nomes do absolutismo monárquico. Em sua obra *La republique*, de seis livros, estava em consonância com os escritos de Maquiavel que, como se sabe, são adeptos do poder absoluto do rei, isto é, da concentração do poder. Nesse caso, o rei é proprietário do Estado, sendo assim, exerce poder sobre todas as coisas. *Ibidem*, p 136. Sob a denominação de teorias racionalistas, estão aquelas que justificam o Estado como de origem contratualista, ou seja, produto da razão humana. Estudam as comunidades primitivas em seu estado de natureza, chegando a conclusão de que o Estado organizado nasceu de um acordo consciente entre os indivíduos. Teve como precursores Hugo Grotius, holandês, escritor da obra *De jure Belli et Pacis*, na qual esboçou a divisão entre Direito positivo e natural, este coloca-se acima do direito positivo, já que é natural, absoluto, imutável; Emmanuel Kant, filósofo de Königsberg, que preceitua ao dizer que o homem, ao sair do estado de natureza para o de associação, submetem-se a uma limitação, de forma livre e previamente acordada, que faz surgir o Estado; Thomaz Hobbes, filósofo inglês, foi o primeiro que sistematizou a teoria contratualista como sendo aquela que justifica o Estado, Benedito Espinoza, filósofo holandês, que defendeu as idéias de Hobbes com conclusões diferentes: “a razão ensina ao homem que a sociedade é útil, que a paz é preferível à guerra e que o amor deve prevalecer sobre o ódio. Os indivíduos cedem os seus direitos ao Estado para que este lhes assegure a paz e a justiça. Falhando nesses objetivos, o Estado deve ser dissolvido, formando-se outro. O indivíduo não transfere ao Estado a sua liberdade de pensar, por isso, o governo há de harmonizar-se com os ideais que ditaram sua formação. Conclui, pois, por colocar a Nação acima do Estado.” Por fim, John Locke, filósofo inglês, em contraposição a Hobbes, desenvolveu o contratualismo com bases liberais. *Ibidem*, p.84.

⁶ MALUF, op.cit.,p.220.

O antiabsolutismo de Montesquieu rompeu com as ideias preconizadas por autores como Hobbes, Maquiavel entre outros personagens que compuseram suas teorias no curso do absolutismo, em que o Rei, Príncipe ou governante possuíam um poder inquestionável por ser emanado diretamente da divindade.

Pode-se dizer que, de Locke a Montesquieu e de Montesquieu a Rousseau, descreve-se um trajeto que culmina com o fim do absolutismo e com o ressurgimento das teorias que exaltam a democracia as quais têm em Rousseau, nesse período, seu maior defensor, uma vez que preconizava ideias sobre a vontade geral.⁷

Locke foi autor paradigmático com relação às perspectivas filosóficas exaradas com fim de obter a ruptura do absolutismo. Nascido na Inglaterra, vivenciou as lutas sociais e políticas de seu tempo e, por possuir concepção positiva dos direitos do homem, promoveu revolução triunfante, filiando-se à tradição insular, nos costumes e na consciência pública, aquele direito natural que libertou a sociedade inglesa, enquanto a Europa toda se perdia em teorizações de cunho vago e abstrato.

Já Montesquieu ocupa um papel de enorme destaque, pois a França, país onde nasceu, encontrava-se em pleno absolutismo, o país fadigado pelos excessos das classes dominantes, passa a responder aos apelos das classes que reivindicavam participação mais ativa na direção do governo e do Estado.

Na época, a França, no espaço continental, era o cérebro da Europa. A grande concentração dos valores políticos estava em Paris. O filósofo francês representava um protesto, um sistema de ideias tendenciosas a romper com certos paradigmas.⁸

Não obstante ter existido vasta contribuição dos teóricos antecessores de Montesquieu, este, desperta na Europa o espírito da crítica política que até então permanecia adormecido, despejando armas contra o absolutismo, desafiando os fantasmas da perseguição.

Fora o primeiro a zombar das instituições que sustentavam o passado, que sofriam com os temores policiais, do Santo Ofício, da censura, e

⁷ A democracia tem, por meio do debate nas esferas públicas, a possibilidade de voz aos indivíduos que expõem suas pretensões, acarretando a aquisição de direitos e obrigações a eles e aos grupos sociais. Somente as ideias de vontade geral contemplam parcialmente o conceito de democracia.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.p. 245-246.

daqueles que desejavam ser livres em nome da razão humana, da capacidade política e do progresso. Antes de Montesquieu, existiu quem ousasse criticar o absolutismo clerical, embora ninguém tenha sujeitado, em França e na Europa, a monarquia absoluta a uma crítica científica nem tomado como referência as instituições na Inglaterra, em uma liberdade Constitucional para erigir o modelo de nova sociedade política, com fundamento na liberdade e organização racional do poder com tanta veemência quanto Montesquieu.⁹

Locke observa apenas o homem e sua liberdade, o homem e seus direitos naturais, sem adentrar na garantia dessa mesma liberdade e desses direitos.

Aos autores que dizem ser Montesquieu vulgarizador da Constituição inglesa, que é apenas discípulo de Locke, e aqueles que tentam diminuir sua obra, Paulo Bonavides tece comentários:

(...) seria fazer grave injustiça ao pensador que se serve do comentário à liberdade inglesa para tirar do exemplo da ilha vizinha, por um glorioso equívoco, a técnica horizontal da separação de poderes e associá-la à técnica vertical dos corpos intermediários, lançando assim ao liberalismo as bases sobre as quais assentou no Ocidente a moderna experiência governativa do séculos XIX.

O Montesquieu sobrevivente na história do pensamento e nas páginas da ciência social é também aquele que com o Espírito das Leis se antecipou de certa forma ao historicismo político de Burke e ao historicismo jurídico de Savigny.

Não tem razão Prélot quando entende que o Espírito das Leis é menos a explicação da lei que uma teoria das formas de governo, com a revelação de novo conceito de liberdade.

Diminuir a obra de Montesquieu, tirando-lhe o merecimento precursor do estudo da lei em conexão com a parte concreta da vida social, com o campo dos fatos, os costumes, a constituição, o clima, a religião, o comércio, e geografia física e humana seria, sem dúvida, subtrair da glória do pensador um de seus títulos mais honrosos e deslembrar aquilo que na verdade mais alto ele estimou ao batizar seu livro com o nome de Espírito das Leis.¹⁰

Com Montesquieu surge, pois, com antecedência de muitos anos, o caminho ao historicismo jurídico. Durante todo o século XVIII, racionava-se com as categorias de direito puramente racional e abstrato. O prestígio da filosofia jus naturalista era inatacável e os preconceitos de sua doutrina estavam em iminência de sair do plano teórico para os Códigos após o triunfo da revolução Francesa.

⁹ Ibidem, p.247-248.

¹⁰ Ibidem, p. 249.

Nessa época Montesquieu se propusera à análise dos inumeráveis tipos históricos de Estado.

Antes mesmo de a França e o Ocidente europeu entrarem em contato com as teorias de Rousseau no que diz respeito aos pensamentos de igualdade e democracia, Montesquieu se desloca dos pensamentos de idealismo igualitário, e, ao contrário disso, insiste na assimetria dos grupos sociais, nas discrepâncias que separam homens e povo, dando equilíbrio às classes e a garantia máxima contra o despotismo do regime monárquico.

Bonavides não economiza ao dizer as verdades sobre a importância da obra *Espírito das Leis*:

É a reflexão madura de um homem que pensou exaustivamente e pensou mais exaustivamente do que pensou. Vemos ali o pensador de envergadura, o sociólogo de intuições antecipadoras. Mas vemos principalmente o historiador de ideias, o historiador de instituições, o historiador dos costumes, o historiador das tradições.

O livro, “tanto figurava na toilette das damas como na escrivania dos sábios”. Houve quem afirmasse que depois da criação do sol, o estudo de Montesquieu era o mais poderoso foco de luz que clareava o universo.

Correram sucessivas edições de seu trabalho. E para logo se transfigurou num dos mais estupendos êxitos editoriais da literatura política de todos os tempos.

Traduzido nas línguas cultas do continente, em menos de dois anos dele se imprimem nada menos que 22 edições!

Frederico II, da Prússia, o príncipe perfeito do iluminismo europeu, e Catarina II, da Rússia, rainha a tantos títulos gloriosa leem o *Espírito das Leis* com a mesma avidez e interesse com que devoram o *Príncipe de Maquiavel*.

Marat, o amigo do povo, que na revolução impava de ódio contra o trono e o absolutismo, se confessa discípulo de Montesquieu, após proclamá-lo o maior homem do século.¹¹

A teoria da separação dos poderes em Montesquieu diz que, independentemente da atividade estatal, elas devem ser precedidas de normas abstratas e gerais, denominada leis. Os atos concretos só terão legitimidade na medida em que forem praticados com fundamento nas normas gerais. Tais afirmações sintetizam as funções legislativas e executivas.

Outra função prevista é a judiciária, que consiste em solucionar, no caso concreto, as divergências provenientes da aplicação das leis. Seja qual for a controvérsia (entre particulares e particulares, particulares e poder público), o Estado

¹¹ Ibidem, p.251.

não poderá permanecer inerte, sob pena de colocar em risco toda eficácia do ordenamento jurídico.

Além dos traços distintivos de cada função do Estado, o autor afirmou, de modo mais claro, que as funções devem corresponder a órgãos distintos e autônomos, sendo, portanto, uma divisão orgânica. Os órgãos que dispõem de forma genérica e abstrata, ou seja, que legislam, não podem ser o mesmos que executam, tampouco podem ser encarregados de decidir as controvérsias. Para isso, deverá existir um órgão cuja incumbência é de desempenhar cada uma dessas funções, não podendo haver qualquer vínculo de subordinação. Deverá, contudo, cada um restringir-se ao exercício da função que lhe é imposta.¹²

Na prática, a ideia de separação rígida dos poderes se mostrou inviável¹³. Isso se dá, pelo fato de que a necessidade de os poderes criados serem tão independentes os desvinculariam de uma vontade política central que deve informar toda a organização estatal. Daí, a necessidade de harmonizá-los e contê-los dentro de uma cadeia a que devem servir, já que o Estado possui objetivos.

Além dessa coordenação, evidenciou-se igualmente a conveniência de permitir a um determinado poder o exercício de funções que teoricamente deveriam caber ao outro. Tal situação se dá, por exemplo, quando o judiciário exerce funções administrativas ao prover cargos de suas secretarias, conceder férias aos funcionários etc. O esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, deu espaço a outro onde cada Poder, de certa forma, exercita as três funções jurídicas: uma de caráter predominante, e as demais de forma subsidiária.¹⁴

O princípio da separação dos poderes atualmente é flexível tendo em vista a rigidez de quando foi concebido. A ampliação do Estado, e a relação

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1982.p.137-138.

¹³ “Pois o esquema clássico da divisão dos poderes perde sua atualidade, à medida que as leis deixam de ser vistas como programas condicionais, assumindo a forma de programas finalísticos. Também estas leis materializadas surgem, via de regra, como normas gerais, formuladas sem nomes próprios e dirigidas a muitos destinatários indeterminados ou concretos, finalidades que servem de medida, que abrem à administração um amplo espaço de opinião. Como consequência do desenvolvimento que culminou no intervencionismo estatal, foram se materializando espaços cada vez mais amplos do direito; por isso, uma administração planejadora, executora e configuradora não pode mais restringir-se à implementação técnica de normas gerais e suficientemente determinadas, sem levar em conta questões normativas. Esse desenvolvimento, muito bem fundamentado e discutido na Alemanha, vale também para os EUA e outros países semelhantes” Habermas Jurgem: **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**, Vol I; tradução Flavio Beno Siebenicheler. Rio De Janeiro. Tempo Brasileiro,1997, p. 236-237

¹⁴ BASTOS, op. cit.,p. 139.

entre os órgãos (Legislativo, Executivo e Judiciário) faz com que se prefira falar em “colaboração de poderes”, característica do regime parlamentarista, enquanto no presidencialismo, fala-se em “independência orgânica e harmônica dos poderes”.

Nos dizeres de José Afonso da Silva, falar em independência dos poderes consiste em dizer:

- (a) Que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros;
- (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não necessitam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização;
- (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais;¹⁵

Quanto à harmonia entre os poderes:

Verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem a sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário a realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados ¹⁶

Os mecanismos dos freios e contrapesos são elementos caracterizadores da harmonia entre os poderes. Isso faz os trabalhos do Legislativo e do Executivo, bem como do Judiciário, só se desenvolverem com probidade na medida em que aderem a tal princípio, o que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, devendo haver entre eles colaboração e controle recíproco.

Diante do que aqui se expõe, observa-se, portanto, as funções, exercidas por um poder, que não correspondem àquelas que lhe empresta o nome, denominam-se atípicas.

É exatamente dentro de uma das funções atípicas do Poder Judiciário que propomos o debate desse trabalho: a possibilidade de o Poder

¹⁵ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros., 2005, p. 110

¹⁶ Idem.

Judiciário produzir normas que originalmente são produzidas pelo Poder Legislativo, ou seja, a possibilidade de o Poder Judiciário produzir normas gerais com eficácia abstrata¹⁷.

Pois bem, a possibilidade de existência de funções atípicas na divisão orgânica do Poder, hipoteticamente, possibilita ao Judiciário a produção de normas que originariamente seriam atribuição exclusiva do Poder Legislativo. Ocorre, no entanto, que tais normas devem obedecer a determinados preceitos jurídicos e filosóficos para que, mesmo sendo realizadas de forma atípica, possam ser hipoteticamente criadas pelo poder Judiciário, sem, no entanto, contrariar a ordem jurídica vigente, sem prejudicar as instituições e o estado democrático de direito.

¹⁷ “Sob o primeiro aspecto, a crítica à prática de decisão do tribunal constitucional, especialmente na República Federal da Alemanha, apoia-se numa interpretação literal do clássico esquema de divisão de poderes. Para explicar a ampliação de funções da justiça, praticamente inevitável, porém perigosa do ponto de vista normativo, uma vez que sobrecarregada o tribunal constitucional com tarefas de uma legislação concorrente, a crítica apóia-se no desenvolvimento do Estado liberal de direito que se transforma no Estado intervencionista e do bem-estar social”. Habermas, op. cit., p. 298

2 A NATUREZA HUMANA E A RELIGIÃO. DO MITO À FILOSOFIA

É da “natureza” a necessidade de organização das sociedades. As abelhas, as formigas, os golfinhos, os leões, os macacos e inúmeras espécies terrestres vivem em sociedade e, mesmo não tendo a racionalidade no potencial e características da racionalidade humana, organizam-se, possuem líderes, monarcas e trabalham para a harmonia com a finalidade de manter o grupo.

Com a espécie humana, a necessidade de organização social também se apresenta. Desde os agrupamentos mais rudimentares até as sociedades modernas, multiculturais, multifacetadas, a organização é elemento essencial para que os grupos sobrevivam às adversidades da natureza e às adversidades impostas por seus semelhantes.

Nos primórdios, o mito¹⁸ torna-se influência preponderante no modo de ser do homem e da sociedade. A influência da “divindade” é evidente dentro dos comportamentos sociais e da justificação das condutas¹⁹.

Nesse período histórico do desenvolvimento humano e social, o Estado não possuía o mesmo formato nem o poder que hoje possui. Dessa forma, o elemento sancionador, indispensável para a imposição do direito possuía um *status* metafísico, divino.

Quer seja na tradição judaica, quer na cultura grega, é a divindade forte que impõe as regras para que uma convivência harmônica exista. Assim, por mais banal que pareça, o mito, o divino, Deus mostram-se elementos indispensáveis à evolução da sociedade e do direito, uma vez que, por centenas de anos, fizeram as vezes do elemento sancionador.

Nessa fase do pensamento humano, a força divina e posteriormente *vendicta*, faziam que a imposição das vontades fosse realizada.

Na racionalidade mítica os oráculos, os religiosos, os sacerdotes eram os detentores do poder de imposição das tradições (regras sociais). Essas tradições, transmitidas pela oralidade, tinham certamente o conteúdo da cultura e

¹⁸ Não é objeto deste trabalho um estudo aprofundado sobre a mitologia, a menção é feita exclusivamente para traçarmos rápido paralelo da evolução do conhecimento no que concerne a necessidade organizacional do homem.

¹⁹ Consideramos, no entanto, que o mito não é uma exclusividade dos povos primitivos, ou do povo grego, ou do povo romano, mas que o mito, a divindade nasce na necessidade de religamento do homem. Mesmo na atualidade, as tribos africanas, as tribos amazônicas, mesmo aquelas que qualquer contato tiveram com o homem moderno possuem suas tradições, cultuam seus deuses, organizam-se em sociedades atribuindo hierarquicamente papéis sociais a seus membros.

dos valores que cercava as pólis gregas, as tribos judaicas, enfim, a cultura que cercava os povos que se agregaram e necessitavam de uma organização social para se manterem vivos.

Nesse primeiro momento conhecido de desenvolvimento social, o preço da desorganização, da anarquia,²⁰ da desestruturação era, quiça, muito mais caro do que vemos em nossos dias. A sociedade sem regulamentação tendia à extinção, tendia a ser capturada pelos semelhantes, ter seus homens feitos escravos, seus filhos mortos e suas mulheres utilizadas como prostitutas no afã de saciar os dominadores.

Dessa forma, somente era encontrado no respeito, ou melhor, no temor ao divino a possibilidade de impor um pretense meio de vida e de organização a uma sociedade.

O elemento divino como impositor de condutas é tão observável na cultura judaica que, quando Moisés, o legislador, subiu ao Monte Sinai, trouxe a síntese da lei dos judeus esculpida em um livro de pedra e apresentou-o como a primeira das normas, superior a todas as demais, incutindo a necessidade do respeito ou temor ao divino, um Deus único, forte e vingativo, que exigia devoção incondicional e inquestionável do povo judeu. A força de seu poder é expressamente verificada nas escrituras em várias passagens, das quais é exemplo a libertação do povo do Egito. O Deus dos judeus impôs metafisicamente sua vontade até mesmo ao Faraó do Egito, povo de extremo domínio naqueles tempos²¹.

²⁰ Quando nos referimos exclusivamente à anarquia nos reportamos à desordem ou a falta de um centro organizador das relações inter pessoais e não a movimentos anárquicos surgidos ao decorrer do séculos XIX.

²¹ Êxodo, Versículos do 20º capítulo do livro de Êxodo da Bíblia

1 Então falou Deus todas estas palavras, dizendo:

2 Eu sou o Senhor teu Deus, que te tirei da terra do Egito, da casa da servidão.

3 Não terás outros deuses diante de mim.

4 Não farás para ti imagem esculpida, nem figura alguma do que há em cima no céu, nem em baixo na terra, nem nas águas debaixo da terra.

5 Não te encurvarás diante delas, nem as servirás; porque eu, o Senhor teu Deus, sou Deus zeloso, que visito a iniquidade dos pais nos filhos até a terceira e quarta geração daqueles que me odeiam.

6 e uso de misericórdia com milhares dos que me amam e guardam os meus mandamentos.

7 Não tomarás o nome do Senhor teu Deus em vão; porque o Senhor não terá por inocente aquele que tomar o seu nome em vão.

8 Lembra-te do dia do sábado, para o santificar.

9 Seis dias trabalharás, e farás todo o teu trabalho;

10 mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus. Nesse dia não farás trabalho algum, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o estrangeiro que está dentro das tuas portas.

11 Porque em seis dias fez o Senhor o céu e a terra, o mar e tudo o que neles há, e ao sétimo dia descansou; por isso o Senhor abençoou o dia do sábado, e o santificou.

Assim, com as pragas que assolaram o Egito e culminaram com a morte dos filhos primogênitos daquele país, o Deus judeu dava mostra de sua força e, como consequência, os sábios legisladores da época destacavam a necessidade de cumprimento “de seus desígnios” os quais eram revelados por “seus escolhidos”, líderes locais que se utilizavam da força Divina para imporem regras de conduta aos membros do grupo.

O monoteísmo é indispensável nesse momento, ao menos aos olhos do direito. Na Grécia, sobretudo ao observarmos a literatura, percebe-se que os deuses tomavam partido nas querelas humanas, cada qual com uma opinião diversa sobre as coisas do mundo. Tal fato descentraliza o poder divino de imposição da norma. No contexto judeu, acreditamos que, essa situação tornaria impossível a submissão do povo às regras de conduta esculpidas em pedra no Sinai.

A necessidade impositiva era tamanha que em toda narrativa da antiga tradição judaica, vemos um Deus forte, subjugando reis e faraós. Nesse momento, isso foi indispensável para a regulamentação social e para formação de modelo normativo de conduta.

Dessa forma, verificamos que o poder²², quer seja divino, quer seja humano, desde os primórdios encontra-se inserido no direito com o escopo de

12 **H**onra a teu pai e a tua mãe, para que se prolonguem os teus dias na terra que o Senhor teu Deus te dá.

13 **N**ão matarás.

14 **N**ão adulterarás.

15 **N**ão furtarás.

16 **N**ão dirás falso testemunho contra o teu próximo.

17 **N**ão cobiçarás a casa do teu próximo, não cobiçarás a mulher do teu próximo, nem o seu servo, nem a sua serva, nem o seu boi, nem o seu jumento, nem coisa alguma do teu próximo.

18 **O**ra, todo o povo presenciava os trovões, e os relâmpagos, e o somido da buzina, e o monte a fumar; e o povo, vendo isso, estremeceu e pôs-se de longe.

19 **E** disseram a Moisés: Fala-nos tu mesmo, e ouviremos; mas não fale Deus conosco, para que não morramos.

20 **R**espondeu Moisés ao povo: Não temais, porque Deus veio para vos provar, e para que o seu temor esteja diante de vós, a fim de que não pequeis.

21 **A**ssim o povo estava em pé de longe; Moisés, porém, se chegou às trevas espessas onde Deus estava. **Ídolos e altares**

22 **E**ntão disse o Senhor a Moisés: Assim dirás aos filhos de Israel: Vós tendes visto que do céu eu vos falei.

23 **N**ão fareis outros deuses comigo; deuses de prata, ou deuses de ouro, não os fareis para vós.

24 **u**m altar de terra me farás, e sobre ele sacrificarás os teus holocaustos, e as tuas ofertas pacíficas, as tuas ovelhas e os teus bois. Em todo lugar em que eu fizer recordar o meu nome, virei a ti e te abençoarei.

25 **E** se me fizeres um altar de pedras, não o construirás de pedras lavradas; pois se sobre ele levatares o teu buril, profaná-lo-ás.

26 **T**ambém não subirás ao meu altar por degraus, para que não seja ali exposta a tua nudez.

²² Esse é um dos paradigmas a serem quebrados pelo direito. A vontade humana não precisa de submissão, mas sim de entendimento. Os atos de austeridade nada legitimam, somente impõem.

regulamentar, impor regras de agir, regras de conduta a uma sociedade, tenha ela mais ou menos organização.

A “transposição do mito”²³ se dá, em um primeiro momento, com a filosofia pré-socrática²⁴ e, em um segundo momento, com a filosofia de Platão e, posteriormente, com seu discípulo Aristóteles. A explicação mítica não bastava surgindo, pois, a necessidade de uma racionalização dos conceitos tendentes a explicar a origem e a finalidade das coisas, bem como a alcançar o conceito de justo e injusto, bem e mal, belo e feio.

A observação das coisas da natureza, a lógica, a retórica, a matemática, a astronomia foram, aos poucos tomando, o lugar da tradição mítica transmitida oralmente por gerações, e foram colocadas em plano de destaque.

Nasce a filosofia, sem, no entanto, a sociedade perder a necessidade de se organizar, ou ainda, sem a sociedade deixar de ter que produzir regras de conduta a ser impostas a seus integrantes em busca de uma proteção dos membros da pólis, dos clãs, das cidades, dos burgos, ou das tribos, ou de onde quer que se reunissem várias pessoas para o convívio mútuo.

Vemos, nesse sentido, o direito sempre presente nas sociedades antigas e modernas. Onde indivíduos se agrupam e convivem, há necessidade de regulamentação das condutas.

Apesar de o povo grego ter dado significativa contribuição com um dos aspectos de extrema importância na sociedade moderna - a democracia -, é a partir da queda do feudalismo que surge o estado com as características que vemos na contemporaneidade.

Assim, a sociedade moderna, ao menos a ocidental tem seus fundamentos organizacionais calcados a partir de pilares depurados sobre o prisma

Na modernidade, temos a necessidade de, aos poucos, tornar, como elemento “impositivo” das normas, o melhor argumento, o consenso, sendo a racionalidade humana e o esclarecimento, força motriz para se alcançar tal mister.

²³ Colocamos entre aspas transposição do mito, uma vez que em nosso entender isso apresenta significado meramente narrativo, histórico, pois, até nossos dias, o mito, as alegorias religiosas, o poder de Deus ou dos Deuses ainda estão presentes na racionalidade humana.

²⁴ Alysson Mascaro adverte que a terminologia “filosofia pré-socrática” justifica-se apenas para fins didáticos. Trata-se um de rótulo problemático ao se aludir a tais filósofos como sendo aqueles que vieram em séculos anteriores a Sócrates, já que muitos desses filósofos foram contemporâneos de Sócrates. Ademais, generalizá-los faz diminuir a especificidade dos pensamentos de cada um. MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.p.32.

da racionalidade, a citarmos: a democracia, a liberdade, a igualdade, a moral,²⁵ a ética e os costumes.

É objeto desse trabalho, a demonstração de que o direito e a justiça encontram-se alicerçados nos fundamentos acima expostos, sendo o positivismo e a procedimentalização legislativa meros instrumentos para que se traga à luz social os preceitos socialmente admitidos.

2.1 PODER, SOCIEDADE E DIREITO. A FLEXIBILIZAÇÃO DO DOMÍNIO E DA NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DE VONTADES PELA BUSCA DO CONSENSO.

Nas sociedades de homens, para que haja ordem, os clássicos da filosofia política determinam a necessidade de um poder que assegure a sua integridade²⁶ e sua permanência. Somente em uma cidade habitada por anjos seria possível a manutenção da ordem sem que fosse preciso socorrer-se de um poder ou de regras.

O homem é por natureza individualista, o próprio direito contemporâneo clássico tem como telos a proteção dos direitos individuais. É a fragilidade moral e a ganância material que faz o homem declinar do pacto normativo social e descumpri-lo.

Assim, em uma primeira análise clássica, o poder deve ser tido como o instrumento de pacificação social, embora haja usurpadores do poder, os quais, por meio do uso vicioso deste, acabam prejudicando a ordem e maculando todos os ideais construídos pela sociedade. A ideia de poder pressupõe legitimidade para realização de atos que envolvam a coletividade, sendo assim serão sempre ilegítimos atos contrários.

A utilização do poder com fins ilegítimos ofende a ordem social, e, com ela, a justiça. A ilegitimidade não significa necessariamente incerteza jurídica, pois o positivismo^{27 28} pode gerar certeza jurídica, mesmo sendo o poder exercido

²⁵ “A ligação da validade do direito à sua gênese não permite uma solução simétrica do problema da racionalidade. A razão ou a moral são, de certo modo, subordinadas à história. Por isso, a interpretação positivista da prática de decisão judicial faz com que, no final das contas, a garantia da segurança jurídica eclipse a garantia da correção” Habermas, op. cit., p. 251

²⁶ O homem é transgressor por natureza e são seus dogmas morais, éticos e religiosos que o impedem de transgredir, ainda mais as regras sociais de convivência.

²⁷ “Essa legitimação através da legalidade do procedimento da normatização privilegia a procedência, ou melhor, o processo correto da positivação ou da resolução em detrimento da fundamentação racional do conteúdo de uma norma: regras são válidas porque podem ser proclamadas conforme

ilegitimamente pelos governantes. Nesse sentido, têm-se os comentários de Soares Martínez:

Quando as sociedades se subordinam a um poder que ofende a justiça, mas conseguem conhecer os fins que ele visa, ainda poderão manter uma base de certeza. Sabem com o que contam. E essa certeza, mesmo desligada de sentido de justiça, será preferível à anarquia, que não salvaguarda nem a justiça nem a certeza. Quando, porém, além de injusto, o poder se torna também incerto, pela ignorância ou pelo arbítrio dos governantes, esse poder torna-se apenas aparente. E só essa aparência poderá levar a crer que não se caiu na anarquia, *le pire dès états*, no dizer de BOSSUET. Liga-se frequentemente a idéia de anarquia ao exercício ilimitado, incondicionado, da liberdade, de todos. Mas trata-se de uma visão utópica. Nunca se conheceram situações reais de semelhantes tipo. As situações que têm sido qualificadas como anárquicas caracterizaram-se sempre pelo exercício ilimitado, incondicionado, da liberdade, ou da falsa liberdade, de alguns, em detrimento de quase todos. Porque a generalidade dos homens não tem capacidade para viver tais situações, a não ser como vítimas. Ora quando se conserva uma aparência de poder, mas desligado da persecução da justiça, e incapaz mesmo de assegurar condições de certeza na própria injustiça, está-se em presença de uma situação anárquica, a despeito das aparências. Os governantes formais estarão a exercer uma liberdade, ou uma falsa liberdade, ilimitada e incondicionada, em detrimento de toda a sociedade e dos seus membros. Bem poderá qualificar-se essa situação como anárquica. Insistir-se-á, pois, em que o poder, inseparável da legitimidade de exercício, constitui, por natureza, por essência, o instrumento da ordem social. E, conseqüentemente, será benéfico para a sociedade.

²⁹

O conceito de poder³⁰ é um conceito abstrato e que vem se estruturando ao longo dos séculos. Apesar de o tema ter sido explorado por

as regras pelas instituições competentes”. HABERMAS. Jürgen **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2., p. 250-251

²⁸ Aqui tecemos uma crítica ou fazemos apologia ao positivismo como exemplo, uma vez pode dar guarida a uma pretensa certeza jurídica mesmo que não haja legitimidade (substancial) no exercício do poder pelos governantes, existindo, tão somente, uma mera legitimidade formal. Exemplo clássico é visto pelos atos realizados pelo Reich na Alemanha nazista.

²⁹ MARTINEZ, Soares. **Filosofia do Direito**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.p.114-115.€

³⁰ Tercio Sampaio Ferraz Jr. discorre sobre o poder, afirmando que o fenômeno do poder é certamente irreduzível. “é possível apontar o que há de mais central – e oculto – em seu processo. Mas dizer-lhe o núcleo essencial é tarefa que esbarra numa sensação de multiplicidade, individual e socialmente dispersa, que nos assalta a cada passo como uma descoberta adolescente. Por isso, o poder se diz na política, na economia, no direito, na cultura, no amor, na ciência, e se vê na força, na violência, na persuasão, no convencimento, na vitória, na resistência e até na fraqueza e no desamparo. A questão é, então, por onde principiar. É legítima tanto a peregrinação pela história dos conceitos quanto dos fatos e suas designações. Como é legítimo também o abandono do tempo histórico em troca de concentração no tempo lógico da armação teórica e sistemática. Ou, ainda, a inquirição etimológica ou a antropológica. De todos os modos, é um certo que não cerca nem mesmo quando se utilizam todas essas cercas, que acabam por se interceptarem, mas

Aristóteles, Maquiavel, Locke, Montesquieu, entre outros, foi somente nas obras de Max Weber, em meados do século XVIII, que se trabalhou com profundidade o conceito de poder.

Antes de Weber, sobretudo na obra de Montesquieu, o tema poder era encarado pelo aspecto da Teoria do Estado, ou seja, não havia propriamente um aprofundamento sobre o conceito de poder ou uma arqueologia do poder. Eram estudados seus detentores, como vemos na obra de Maquiavel, *O Príncipe*, ou ainda, como deveria funcionar a estrutura estatal, e, por isso, a menção feita à Teoria do Estado, como explicitada na obra “*Política*” de Aristóteles, em “*Segundo Tratado do Governo Civil*” de Jonh Locke, ou ainda, em “*O Espírito das Leis*”, de Montesquieu.

A obra de Montesquieu é, sem diminuirmos as que foram anteriormente escritas, a que merece mais destaque nessa fase, sobretudo para os aspectos explanados neste trabalho, uma vez que determinou formas para o controle do poder nas mãos do monarca, combatendo, dessa forma, a tirania dos governos absolutistas.

Nasce a teoria da “tripartição”³¹ do poder como uma forma de superação do absolutismo e de uma quebra das concepções de direito natural no qual o governante é erigido ao poder por vontade divina.

Nesse sentido escreve MONTESQUIEU:

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

Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne as invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes ou julga as querelas entre particulares. Chamaremos este último o poder de julgar e ao outro, simplesmente, o poder executivo do Estado.

A liberdade política, um cidadão, é esta na tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que tenha essa liberdade, é preciso que o governo seja de que um cidadão não possa temer outro cidadão

criando inevitáveis vazios”. FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas., 1980.p. 83

³¹ Usamos a palavra tripartição entre aspas, uma vez que em nossa concepção o poder não se triparte, ele é uno e indivisível, a tripartição somente se dá de forma pragmática visando evitar a tirania absolutista e estruturar os estados.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse unido poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.³²(MONTESQUIEU, 1996, p.167–168).

A contribuição de Montesquieu serviu efetivamente para realçar a Teoria do Estado, quando organizou suas funções visando equilibrar seu exercício e evitar seu Monopólio³³.

No início do século XX, Max Weber passa a analisar o conceito de Poder. Em sua obra *A Política como Vocação*, WEBER indica que o Estado Moderno monopoliza a possibilidade do uso da força. “Estado é uma comunidade humana que se atribui (com êxito) o *monopólio legítimo da violência física*, nos limites de um território definido”.³⁴

O poder, na concepção de Weber, tem como elemento central o enfoque de dominação³⁵, em que há imposição de vontade entre iguais³⁶.

³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.167-168.

³³ Não podemos deixar de ressaltar que na tripartição do poder realizada por Montesquieu surge a Teoria do *Checks and balances*, que em uma livre tradução seria a Teoria dos Freios e Contrapesos, ou seja, somente o poder poderia frear o poder. A teoria dos freios e contrapesos tinha como finalidade harmonizar a estrutura do estado evitando que um dos poderes tivesse prevalência sobre os demais, determinando, dessa forma, um equilíbrio entre as “vontades dos membros do estado” naquele momento representada pelo povo, pelos nobres, pelo monarca.

³⁴ WEBER, Max. **A Política como Vocação**. Tradução de Maurício Tragtenberg – Brasília: Editora Univesidade de Brasília, 2003.p.09.

³⁵ Max Weber trabalha as justificativas de dominação de três formas distintas: “Em primeiro lugar, a autoridade do passado eterno, ou seja, dos costumes consagrados por meio de validade imemorial e da disposição de respeitá-los. É a *dominação tradicional* exercida pelo patriarca de outrora; Há também o *dom da graça*, em que se fundam os poderes extraordinários de um indivíduo (carisma) /.../ Finalmente, temos a dominação imposta pro meio da *legalidade*, fundada na crença da validade do *estatuto* legal e da *competência* funcional baseada em normas racionalmente definidas. Essa é a dominação exercida pelo moderno *servidor do Estado* e por todos os detentores do poder a ele assemelhados. Ibidem, p. 10-11.

³⁶ CHALITA caracteriza o poder da seguinte forma: 1. O poder é sempre um fenômeno social. 2. O poder é bilateral. Surge da relação entre vontades, na qual uma prevalece. CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **O poder**. 2°. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1999. p.12.

Tal como as instituições políticas que o precederem historicamente, o Estado é uma relação de homens que *dominam* seus iguais, mantida pela violência legítima (isto é, considerada legítima). Para que o Estado exista, os dominados devem obedecer a suposta autoridade dos poderes dominantes.³⁷

É esse paradigma, o da dominação, da imposição da vontade de uma pessoa sobre a outra, que via de regra é realizado pelo estado e que classicamente é admitido pelo direito.

O monopólio da força está direta e intimamente relacionado ao direito, sobretudo no que se refere à atividade judicante, a atividade julgadora criadora dos padrões normatizadores que serão discutidos nesse trabalho.

De regra, cabe ao poder legislativo eleger os padrões de normalidade que a sociedade almeja. Esses padrões são retirados, inexoravelmente, da ética, da moral, da religião. A partir do século XX, outros fenômenos vêm influenciando os padrões eleitos pelos legisladores como regulamentadores sociais, esses elementos estão diretamente ligados aos avanços tecnológicos e são afetos às ciências, à medicina e às demais áreas do conhecimento humano que se correlacionam com o meio social. Assim, com a finalidade de manutenção da ordem, via de regra, cumpre ao “poder legislativo” a criação de normas, regras de conduta, de cunho abstrato as quais devem ser afetas a todos os cidadãos.

De outro lado, o poder judiciário tem como função a confecção do que se denominam normas concretas³⁸, ou seja, existindo conflito entre os membros

³⁷ WEBER, Op.cit., p.10.

³⁸ Dentro de uma análise da classificação das normas jurídicas podemos analisar as normas abstratas ou as concretas, gerais ou individuais. Bruno Colodetti em sua dissertação de mestrado considera ser a norma abstrata quando “descrever situações de fato sem qualquer lastro de espaço ou tempo capazes de identificar um evento especificamente ocorrido”. No que tange a norma concreta, esta “traz à hipótese normativa a apreensão de um fato com delimitação temporal e espacial convertido em linguagem competente. Trata, nesse passo, da efetiva captura de marcas do evento empírico passado após o regular processo de incidência ou subsunção da norma abstrata”. COLODETTI, Bruno. **O Processo Jurisdicional e a Produção da Norma Jurídica Concreta: a Atividade Criativa do Juiz na Realização dos Direitos**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www.direito.ufes.br/sites/www.direito.ufes.br/files/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20MESTRADO%20-%20UFES%20-%20BRUNO%20COLODETTI.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2012. p. 93

A norma jurídica geral trabalha com a ideia de generalidade, com destinatários indeterminados, pois não se pode especificar o número de destinatários suscetíveis à sujeição, à imposição normativa; sendo que na individual, podem ser os sujeitos devidamente apontados.

da sociedade, cumpre ao estado³⁹, desde que acionado por ente que possua interesse na solução da contenda⁴⁰, a solução do conflito posto em julgamento.

Apesar da existência de um complexo de normas que devem servir de base para o julgamento da causa, quando o magistrado faz a reconstituição do ordenamento jurídico para produzir a norma *in concreto* expressa pela sentença, essa reconstrução passa inevitavelmente pelos paradigmas de vida do magistrado, que produzirá uma decisão de acordo com os fatos levados ao processo e pelo senso de justiça próprio do julgador. Um dos problemas da reconstrução do ordenamento é que o “quebra cabeça” do direito possui arastos maleáveis que atendem a antenas de encaixes conforme a conveniência do julgador, deixando assentado enorme grau de insegurança e subjetividade que possibilita uma interpretação e reconstrução aberta e abrangente do ordenamento jurídico.

John Hart Ely traz, na obra *Democracia e Desconfiança uma Teoria do Controle Judicial de Constitucionalidade*, o debate acerca da possibilidade de criação de normas em abstrato pelo poder judiciário, quais são os limites dessa atuação, uma vez que não há no Judiciário eleição, sendo, via de regra, tal órgão dotado de grau significativo de responsabilidade política.

Um órgão que não foi eleito, ou que não é dotado de nenhum grau significativo de responsabilidade política, diz aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como desejam. Isso pode ser desejável ou não, dependendo do princípio que tal controle se baseia.⁴¹

De outro lado, impossibilitamos a “reconstrução do ordenamento jurídico” pelo magistrado e ceifamos sua liberdade interpretativa, isso seria um entrave à dinâmica e a evolução jurídica⁴².

³⁹ Deve ser observado que o estado realiza o monopólio do exercício da força, uma vez que a autotutela é tida por ilícito penal e foi proibida pelo ente estatal desde que se fortaleceu. Assim, esse vem a substituir a vontade dos integrantes, ou seja, em termos jurídicos, dos jurisdicionados, para solucionar de forma imperativa os conflitos no meio social.

⁴⁰ A atividade do estado, em regra se mantém inerte, ou seja, somente tem atuação se provocada. Esse princípio é denominado para o direito princípio da ação ou da demanda, e tem como perspectiva última, manter a imparcialidade nos julgamentos proferidos pelo ente estatal, uma vez que, se o próprio julgador movimentasse, por si só, o aparato judicial para solucionar o conflito, o que se denomina no direito, modelo ou procedimento inquisitório, criaria um laço psicológico entre o conflito e o julgamento que poderia macular a sua imparcialidade, pedra de toque de toda estrutura julgadora.

⁴¹ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo, 2010, p.8

⁴² Sobre a dinâmica e a evolução dos melhores argumentos HABERMAS: “Por isso, não há um fim “natural” no encadeamento dos possíveis argumentos substanciais; não se pode excluir a fortiori a

As normas legislativas têm sua legitimidade atribuída à manifestação da vontade popular. Os legisladores, nos estados democráticos são, via de regra, eleitos pelo voto direto do povo. Assim, essa “transferência do poder” atribuiria legitimidade e representatividade popular, uma espécie de transferência de poder realizada pelo cidadão àquele o representará.

Nesse contexto, os escolhidos podem observar, dentro dos inúmeros elementos éticos e morais que gravitam no mundo da vida, qual deles seus representados entendem por razoáveis para manter uma pretensa normalidade e gerar segurança à vida em sociedade.

O problema que se assenta no debate encontra-se essencialmente no debate marxista sobre o direito, qual seja: segurança para quem? Certamente para aqueles que exercem o domínio, uma vez que, na concepção do filósofo alemão, o direito somente tem serventia para manter no poder os dominadores e impossibilitar alterações nas classes sociais prejudicando o proletariado e assegurando a manutenção do *status quo* ante ao burguês.

O pensamento marxista encontra reflexos no Direito,^{43 44} embora não considere esse instrumento como saída para as iniquidades praticadas pelos homens para com seus semelhantes e da sociedade para com as demais sociedades. Nessa perspectiva, o Direito é servil com relação ao poder, e expressa as dimensões do vínculo “explorador-explorado”.

possibilidade de novas informações e melhores argumentos virem a ser aduzidos.” Habermas, op. cit. Vol I; p.282

⁴³ O Direito não é nem instrumento para a realização da justiça, nem a emanção da vontade do povo (volkgeist), nem a mera vontade do legislador, mas uma superestrutura ideológica a serviço das classes dominantes. A ordem instaurada pela regra jurídica é causada de manutenção das distorções político-econômicas, que estão na base das desigualdades sociais e da exploração do proletariado. Ainda há Estado e ainda há Direito enquanto uma classe mantiver-se no poder. Durante a própria instalação da ditadura do proletariado, ainda que transitória, ainda há Direito. Após a ditadura do proletariado, e o gradativo dismantelamento das estruturas jurídicas e burocráticas, passará a viger uma situação comunista em que o Direito é algo dispensável, em face da própria igualdade de todos e da própria comunhão de tudo. Abolida a divisão de classes sociais, o Estado desaparece, porque é mera expressão da dominação de uma classe sobre outra. BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme de Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 356)

⁴⁴ Aysson Mascaro comenta que em Marx a concepção de direito é alterada: Não mais aquela da filosofia do direito moderna, na qual o fenômeno jurídico era pensado a partir de uma idéia ou um conceito de justo. O direito não é um produto histórico do melhor esclarecimento da consciência do jurista, nem tampouco da melhor elaboração dos conceitos. Na verdade, o direito se constitui pela necessidade histórica de as relações produtivas capitalistas estabelecerem determinadas instancias que possibilitem a própria reprodução do sistema. Conforme as demandas capitalistas se impunham, os instrumentais jurídicos eram criados. MASCARO, op. cit., p. 294.

O marxismo revigora, por incrível que pareça, uma concepção bilateral, a igualdade. No liberalismo, a igualdade é do homem perante a lei, no comunismo marxista a igualdade é substancial. O homem deve ser igualado não somente perante o preceito legislativo mas também sob uma perspectiva material, o que possibilita aos iguais serem tratados como iguais e aos desiguais, desigualmente na medida de suas desigualdades.

Ao passo que o liberalismo avança significativamente no conceito de liberdade, o comunismo avança no conceito de igualdade, retirando essa pecha exclusivamente dos paradigmas legais e formais.

As propostas de Marx em relação à forma política do capitalismo se desdobram para o campo da forma jurídica capitalista. A lógica que preside o direito é intrinsecamente ligada à lógica de reprodução do capital. Marx faz abordagem da relação histórica entre direito e capitalismo.

Por fim, esclarece Alysson Mascaro que,

Da mesma forma que o Estado, o direito não nascerá da vontade geral – portanto não é fundado no contrato social, nem numa pretensa paz social ou congêneres - nem de um direito natural, eterno e de caráter racional. Toda a lógica do direito não está ligada às necessidades de bem comum, nem a verdades jurídicas transcendentes. Está intimamente ligada, sim, a própria práxis, à história social e produtiva do homem.⁴⁵

Para dar destaque a outras perspectivas não observadas por Weber que trabalhou a denominação como enfoque central de sua teoria do poder a dominação, traz-se a concepção de Michel Foucault sobre o poder.

De início, temos que Foucault não buscou em sua obra criar uma teoria sobre o poder⁴⁶ ou fixar conceitos⁴⁷ sobre o tema, até mesmo porque, para o autor os conceitos são mutáveis conforme evoluem as pesquisas⁴⁸.

⁴⁵ MASCARO, op. cit. , p.295.

⁴⁶ “não existe em Foucault uma teoria geral do poder. O que significa dizer que suas análises não consideram o poder com uma realidade que possua uma natureza, uma essência que ele procuraria definir com suas características universais. Não existe algo unitário e global chamado poder, mas unicamente formas díspares, heterogêneas, em constantes transformação. O poder não é um objeto natural, uma coisa; é uma prática social e, como tal, constituída historicamente. Essa razão, no entanto, não é suficiente, pois, na realidade, deixa sempre aberta a possibilidade de se procurar reduzir a multiplicidade e a dispersão das práticas de poder através de uma teoria global que subordine a variedade e a descontinuidade a um conceito universal. MACHADO, Roberto. **Por uma genealogia do poder**. In FOUCAULT. Michael. . Rio de Janeiro: Graal Ltda., 2000, p.X.

Na dicção de Machado, que faz a leitura da obra de Foucault, o poder não existe materialmente, ou seja, o poder não existe em si próprio, ele somente existe dentro das relações sociais, as quais se encontram em constantes transformações. Dessa forma, o poder também vem a possuir uma característica de mutabilidade.

Assim, verificando que Foucault partiu sua análise das relações médico/paciente (*História da Loucura*), polícia/população carcerária (*Vigiar e Punir*), o autor observa que o poder não existe somente perante o Estado, fato implicitamente observado em Weber, mas nasce e se modifica das microrrelações, mesmo que infinitamente pequenas, existentes entre os entes sociais.

A afirmação de Machado sobre o tema ratifica as proposições acima expressas:

Estudando a formação histórica das sociedades capitalistas, através de pesquisas precisas e minuciosas sobre o nascimento da instituição carcerária e a constituição do dispositivo de sexualidade, Foucault, a partir de uma evidência fornecida pelo próprio material de pesquisa, viu delinear-se claramente uma não sinonímia entre Estado e Poder.⁴⁹

Dessa forma, Foucault traz, como principal “inovação” metodológica acerca do estudo sobre o poder, o deslocamento do espaço de análise⁵⁰, ou seja, o poder não é mais visto exclusivamente pelo viés do Estado, mas visto nas relações

⁴⁷ Para ratificar a questão evolutiva sobre o poder trazemos um fragmento da obra de FOUCAULT, *Microfísica do Poder*, em que o filósofo responde à questão do interlocutor demonstrando a complexidade do respectivo conceito, vejamos: “M.F.: Esta dificuldade – no embaraço em encontrar as formas de luta adequadas – não virá de que ainda ignoramos o que é o poder? Afinal de contas, foi preciso esperar o século XIX para saber o que era a exploração; mas talvez inda não se sabia o que é o poder. E Marx e Freud talvez não sejam suficientes para nos ajudar a conhecer esta coisa tão enigmática, ao mesmo tempo visível e invisível, presente e oculta, investida em toda parte, que se chama poder. FOUCAULT, op. cit., p. 75.

⁴⁸ É que, para ele, toda teoria é provisória, acidental, depende de um estado de desenvolvimento da pesquisa que aceita seus limites, seu inacabado, sua parcialidade, formulando conceitos que clarificam os dados – organizações – mas que, em seguida são revistos, reformulados, substituídos a partir do novo material de trabalho. Nesse sentido, nem a arqueologia, nem, sobretudo, a genealogia têm, por objetivo fundar uma ciência, constituir uma teoria ou se constituir como sistema; o programa que elas formulam é o de realizar análises fragmentárias e transformáveis. (MACHADO, Roberto. *Por uma genealogia do poder*. In *Microfísica do poder*. Michael Foucault. Edições Graal Ltda. Rio de Janeiro, RJ, 2000, p.XI.

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ O que Foucault chamou de microfísica do poder significa tanto um deslocamento do espaço de análise quanto do nível em que esta se efetua. MACHADO, op. cit., p.XI.

existentes entre os membros da sociedade⁵¹, isolados ou não em determinados sistemas⁵².

Foucault detecta nas microrrelações liames que substancializam o poder. Nesse sentido, o poder é um fenômeno social, oriundo inclusive das relações interpessoais disseminadas em toda a sociedade, desde seu eixo central, o Estado, até seus eixos periféricos, ou ainda, em espaços onde o espaço não apresenta seu “domínio”. Dessa forma, ratifica-se que o poder não é tão somente o fenômeno estatal ou jurídico, mas puramente um fenômeno social, existente dentro e fora da estrutura estatal ou institucional, ninguém dele escapa ou deixa de ser influenciado por seus efeitos.

Uma das importantes e polêmicas conclusões de Foucault, relatada por Machado, é que o Poder não existe como coisa, não é objeto de propriedade, o poder não se tem, mas sim se exerce por meio de relações, não exclusivamente por meio do direito, ou ainda, por meio do Estado, funciona como uma rede de dispositivos que não respeita fronteiras nem limites que, como já dito, influência a todos⁵³, sem exceção.

Novamente trazemos a leitura de MACHADO para ratificar o afirmado:

O interessante da análise é justamente que os poderes não estão localizados em nenhum ponto específico da estrutura social. Funciona como uma rede de dispositivos ou mecanismos a que nada ou ninguém escapa, a que não existe exterior possível, limites ou fronteiras.. Daí a importante e polêmica ideia de que o poder não é algo que se detém como uma coisa, como uma propriedade não é algo que se possui ou não. Não existe de um lado os que têm o poder e de outro aqueles que não se encontram dele alijados. Rigorosamente falando, o poder não existe; existem sim práticas ou relações de poder. O que significa dizer que o poder é algo que se exerce, que se efetua, que funciona.⁵⁴

⁵¹ “Ele é luta, afrontamento, relação de força, situação estratégica. Não é um lutar, que se ocupa, nem um objeto, que se possui. Ele se exerce, se disputa. E não é uma relação unívoca, unilateral; nessa disputa ou se ganha ou se perde.” Ibidem, p..XV.

⁵² ORSO em dissertação de mestrado defendida perante a Universidade de Campinas Foucault, ao analisar o tema, traduz uma verdadeira mudança de paradigma, uma vez que sai da observação do poder em seu status macro, com enfoque exclusivamente tido pela perspectiva estatal, e passa a observá-lo em suas micro relações interpessoais. ORSO, Paulino José. **A Concepção de Poder em Michael Foucault e as Relações na Universidade Estadual do Oeste do Paraná.** Dissertação de Mestrado defendida em 1996, na UNICAMP, sob orientação do Prof. Dr. Laymert Garcia dos Santos.

⁵³ A idéia básica de Foucault é mostrar que as relações de poder não se passam fundamentalmente nem no nível do direito nem da violência; nem são basicamente contratuais nem unicamente repressivas. MACHADO, op. cit., p.XV.

⁵⁴ Ibidem, p. XIV.

Interessante é a reflexão de Roberto Machado sobre os efeitos do poder para a Teoria de Foucault, observando tanto as influências econômicas quanto as políticas que exercem o poder frente à sociedade, e, principalmente, frente a seus atores.

Dessa forma, o Poder terá, além de uma função normalizadora, vista nos hospitais psiquiátricos e nas instituições carcerárias, um viés normalizante geral, seus efeitos constituiriam o homem⁵⁵ e proporcionariam uma otimização de suas habilidades, seja para a manutenção pacífica do ente estatal, seja para otimização da produção econômica, seja para o controle dos loucos ou dos detentos, vejamos:

O que lhe interessa basicamente não é expulsar os homens da vida social, impedir o exercício de suas atividades, e sim gerir a vida dos homens, controlá-los em suas ações para que seja possível e viável utiliza-os ao máximo, aproveitando suas potencialidades e utilizando um sistema de aperfeiçoamento gradual e contínuo de suas capacidades. Objetivo ao mesmo tempo econômico e político: aumento do efeito de seu trabalho, isto é, tornar os homens força de trabalho dando-lhes uma utilidade econômica máxima; diminuição de suas capacidades de revolta, de resistência de luta, de insurreição contra as ordens do poder, neutralização dos efeitos de contrapoder, isto é, tornar os homens dóceis politicamente. Portanto, aumentar a utilidade econômica e diminuir os inconvenientes, os perigos políticos, aumentar a força econômica e diminuir a força política.⁵⁶

Assim, enquanto a clássica perspectiva weberiana acerca do poder era vista com ênfase na economia, sobretudo sobre o eixo do Estado, e, via de regra, sobre o prisma da dominação, Foucault lança, em suas observações, novas perspectivas sobre o poder, ressaltando, sinteticamente que ele surge das relações sociais, não tem sua existência adstrita ao Estado ou ao direito, influencia toda a sociedade, inclusive a economia e a política, não é um objeto tangível, não pode ser tido como coisa, ou propriedade de determinada pessoa, apenas tem seu exercício voltado aos entes estatais, tende a moldar os indivíduos, uma vez que esses são, em última análise, efeitos das relações de poder.

Assim, Foucault traduz o poder por relação. Da mesma forma que o poder existe em virtude das relações e movimenta-se, transmite-se em virtude delas. No mesmo sentido, observa-se o fenômeno do direito em suas mais rudimentares

⁵⁵ Na perspectiva de Foucault, o poder (disciplinar) não destrói o indivíduo, ele o fabrica. O indivíduo é fabricado pelo poder. O indivíduo é um dos efeitos do poder.

⁵⁶ MACHADO, op. cit., p. XVI.

lições, que dispõem que somente existe direito onde existem relações. Daí o jargão “ubi jus ibi societas⁵⁷”.

Nesse sentido, temos inicialmente, sem nos ligarmos a conceitos preconcebidos que o escopo do Direito é administrar as relações de poder, situações intersubjetivas, possibilitar a manutenção da normalidade, gerar segurança social, manter estável as relações de poder.

Pois bem, é exatamente ao traçarmos um panorama das clássicas teorias sobre o poder que passamos a indagar e também questionar qual realmente deve ser sua roupagem nos Estados democráticos modernos, sobretudo para que seja atribuída legitimidade aos pactos sociais e às normas jurídicas observadas na sociedade.

A legitimidade da norma passa genericamente pela necessidade de existência prévia de um processo democrático de criação, ou seja, para que as normas sejam legítimas, existia a premente necessidade de os membros da sociedade serem ouvidos e devidamente representados. A própria representatividade pressupõe a possibilidade de os cidadãos serem ouvidos, terem voz perante os representantes, e a possibilidade de essa voz ser levada aos centros matrizes de produção de regras jurídicas, quer sejam produzidas pelo poder legislativo, executivo ou judiciário.

Como já informamos, o individualismo das classes ou dos grupos não basta. As pretensões normativas devem assumir um caráter geral e não um caráter individual e egoísta. Dessa forma, para que se produzam regras legítimas e adequadas àquela população, deve se inquerir um consenso de vontades o qual deverá se dar por meio de amplos debates sociais, realizados junto as instâncias normativas formalmente legitimadas para criação da regra jurídica.

A possibilidade de os integrantes da sociedade que sofreram os efeitos das normas estarem verdadeiramente, e não ficticiamente representados, e suas pretensões (individuais ou dos grupos) serem levadas ao debate público determina a legitimidade da norma jurídica produzida por um meio eminentemente democrático.

Deve ser ressaltado que qualquer desvio ético e moral, tanto das pretensões dos concernidos como dos representantes, desvirtua todo o processo

⁵⁷ Em uma tradução livre: somente há direito onde há sociedade.

democrático criado da norma jurídica, deteriorando a sociedade em uma demagogia, ou em qualquer outro nome que se pretenda atribuir aos vícios da democracia.

Insta ainda ressaltar que os moldes de confecção normativa aqui propostos, que debateremos no curso desse trabalho, colocam em cheque toda teoria clássica acerca do poder estatal a qual aproxima o direito dos meios impositivos, ressaltam o diálogo, o consenso, o debate nas esferas públicas, e colocam como exceção a imposição das vontades e o domínio das relações interpessoais.

Assim, temos que redesenhar o direito para que a legitimação da norma jurídica seja criada por meio de um processo democrático de debate social.

2.2 UM CONCEITO DE DIREITO

Direito e poder, para os monografistas clássicos, estão ligados intimamente, apesar de sua evidente divergência conceitual.

Dessa forma, é interessante rascunharmos algumas teorias sobre o poder, relevantes para o conhecimento jurídico e ratificarmos nossa posição acerca da existência de um déficit de poder, sobretudo ao observar o poder nos moldes preconizados por Max Weber, como dominação. Tais temas, nos Estados democráticos, têm motivado o debate das questões sociais que ganham maior relevância. O direito contemporâneo deve, então amoldar-se a esse status democrático. Para tanto, é importante elucidarmos a função do direito contemporâneo, contrapondo às clássicas concepções acerca do direito.

Vários são os conceitos ou definições⁵⁸ de Direito. Há séculos não há unanimidade em sintetizar o que é o Direito, bem como seu *telos*.

Inconscientemente, todos têm uma noção elementar do que seja direito. Direito é o que é reto, ou ainda, é aquilo que não é torto. Reale destaca que

⁵⁸ Não aprofundaremos aqui a distinção metodológica acerca de definição e conceito de Direito, a despeito de os monografistas entenderem de forma dissonante que “definição” e “conceito” se referem a temas distintos. Entretanto, mencionamos Paulo Nader que diz: “Enquanto que a definição é juízo externo, que se forma pela indicação de caracteres essenciais, conceito ou noção é juízo interno que revela apreensão mental. Com a posse ou saber, pelo qual se distingue o gênero da espécie ou uma espécie de outra, o espírito exercita o pensamento, reflete. O direito conquanto conceito é objeto em pensamento; enquanto definição é divulgação de pensamento mediante palavras. O conceito pode ser expresso tanto pela definição como por formas desenvolvidas. Para primeira há regras técnicas ditadas pela Lógica. Para a segunda, o espírito voa livre”. NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 11ª ed. Cidade: Forense. 2001.p. 38.

“aos olhos do homem comum, o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros”⁵⁹.

Ao trabalharmos o aspecto normativo do direito, o tema “obrigatoriedade” ganha relevância e permeia o conceito de Direito com o conceito de poder, daí a interna ligação inicialmente apontada.

Nem tudo é tão simples no que concerne a um conceito de Direito. Em primeiro lugar, jamais houve um consenso dentro da filosofia do Direito sobre seu conceito, ou ainda, a possibilidade metodológica da criação de um conceito exclusivo.

Hebert L. A. Hart, em monografia sobre o tema, discorre sobre a dificuldade de conceituação de temas como a medicina, a química, e o direito. Hart busca inicialmente em sua obra esquematizar os contornos do Direito enfatizando que nos diversos países do mundo existem similaridades entre os sistemas jurídicos os quais ele descreve:

Eles compreendem: (i) regras que proíbem ou impõem certos tipos de comportamento, sob cominação de pena; (ii) regras que exigem que as pessoas compensem aqueles que por si só são ofendidos de certas maneiras; (iii) regras que especificam o que deve ser feito para outorgar testamentos, celebrar contratos ou outros instrumentos que confirmam direito e criem obrigações; (iv) tribunais que determinem quais são as normas e quando foram violadas e que estabeleçam o castigo ou compensação a ser pagos; (v) um poder legislativo para fazer novas regras e abolir as antigas.⁶⁰

Gusmão ressalta que, dentro do Direito, existem duas linhas antagônicas que trabalham a estrutura conceitual do direito, uma que indica a possibilidade de um conceito universal, e outra que considera não ser possível o estabelecimento de um conceito universal.⁶¹

Ihering conceitua o direito como sendo “conjunto de normas, em virtude das quais, num Estado, se exerce a coação”.⁶²

⁵⁹ REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27° ed. São Paulo: Saraiva. 2006.p.01.

⁶⁰ HART, Herbert, L.A. **O Conceito de Direito**. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.p.07.

⁶¹ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. 30ª ed.Rio de Janeiro: Forense. 2001, p. 67.

⁶² IHERING, Rudolf Von. **A evolução do direito**. 2ª ed. Salvador: Livraria Progresso, 1996.p.256.

O próprio Benvilaqua, no mesmo sentido, adota o seguinte conceito sobre o Direito:

O direito, regra social obrigatória, é o que se costuma chamar direito positivo, expressão das necessidades dos grupos sociais, sob a forma de preceitos coativos. Esta regulamentação dos interesses humanos, segundo a ideia de justiça dominante no momento, constitui, quando considerada em seu conjunto, uma sistematização das energias sociais, que os juristas alemães, com muita propriedade, denominaram ordem jurídica, o que importa dizer: justa proporção dos interesses colidentes, ou antes, organização da vida em comum, pela proporcionada satisfação das necessidades e pela orientação cultural dos impulsos.⁶³

Bobbio define o Direito tendo por base a norma jurídica, e essa é vista pela norma passível de ser imposta por meio da sanção externa e institucionalizada⁶⁴.

Apesar da extrema dificuldade de conceituação, pode-se afirmar que “o direito é a ciência⁶⁵ do conhecimento que busca regular a conduta humana para que haja um convívio social harmonioso⁶⁶. É materializado em sociedade por meio das normas jurídicas abstratas (leis, regulamentos, decretos etc.)⁶⁷. Tais normas possuem forte aspiração social, inspiradas nos costumes, nas tradições e nos princípios éticos e morais do em meio que foram produzidas, bem como, nas normas

⁶³ BENVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Red Livros Campinas, 2001.p.48.

⁶⁴ Norberto Bobbio acerca da definição de direito: “Voltemos, agora, à definição de Direito a que chegamos no livro precedente. Ali determinamos a norma jurídica através da sanção, e a sanção jurídica através dos aspectos de exterioridade e de institucionalização, donde a definição de norma jurídica como aquela norma “cuja execução é garantida por uma sanção externa e institucionalizada” /.../ Se a sanção jurídica é só a institucionalizada, isso significa que, para que haja Direito, é necessário que haja, grande ou pequena, uma organização, isto é, e um completo sistema normativo. Definir o Direito através da noção de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do Direito não em um elemento da norma mas em um complexo orgânico de normas. BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico** 10.ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.p.27.

⁶⁵ Apesar de alguma discussão sobre ser o direito uma ciência ou não, preferimos utilizar o termo “ciência”, como poderíamos também ter utilizado o termo “ramo do conhecimento”, sem maiores problemas, até mesmo porque esse não é o objeto de aprofundamento desse ensaio.

⁶⁶ Se é que isso é possível, ou foi possível em algum ponto da história mundial. Nesse aspecto consideramos que o maior dos escopos do direito pode ser falível em seu nascedouro, uma vez que harmonização do sentido stricto da palavra é de impossível obtenção. Vemos isso nas modernas discussões travadas entre os adeptos das escolas culturalistas e das escolas universalistas.

⁶⁷ Deve ser observado que a atividade de produção de normas pelo legislativo não necessariamente produz apenas norma *in abstracto*, pode também produzir normas *in concreto* como aquela que exonera funcionário público. Essa norma jurídica virá à sociedade por meio de uma lei e não possuirá o caráter de abstração, ou seja, não valerá para todos, mas, tão somente para o funcionário público exonerado. Nesse exemplo verifica-se que a lei pode ter também caráter concreto.

surgidas do processo, consubstanciadas pela sentença judicial,⁶⁸ normas, em regra, denominadas concretas,⁶⁹ fundamentadas no ordenamento jurídico e nas aspirações sociais traduzidas pela ética, moral⁷⁰, costumes e princípios.

Alguns autores, tais como Luís Roberto Barroso, vinculados à Escola do realismo jurídico defendem que o direito deve estar atrelado às facticidades existentes no mundo da vida, ou seja, deve ser sensível a evolução e aos fatos sociais, pois é no fato que o direito encontra sua legitimidade, vejamos:

(...) uma das teses fundamentais do pensamento crítico é a admissão de que o Direito possa não estar integralmente contido na lei, tendo condição de existir independentemente da benção estatal, da posituação, do reconhecimento expresso pela estrutura de poder. O intérprete deve buscar a justiça, ainda quando não encontre na lei. A teoria crítica resiste, também, à ideia de completude, de auto-suficiência e de pureza, condenando a cisão do discurso jurídico, que dele afasta os outros conhecimentos teóricos. O estudo do sistema normativo (dogmática jurídica) não pode insular-se da realidade (sociologia do direito) e das bases de legitimidade que devem inspirá-lo e possibilitar a sua crítica (filosofia do direito). A interdisciplinaridade, que colhe elementos em outras áreas do saber – inclusive as menos óbvias, como a psicanálise ou a linguística – tem uma fecunda colaboração a prestar ao universo jurídico.⁷¹

Miguel Reale dispõe que a palavra Direito corresponde a três aspectos básicos, considerando-o com aspecto normativo (Direito como

⁶⁸ Apesar de minha posição ser considerada minoria na doutrina do direito, tenho que a atividade jurisdicional está adstrita à atividade jurisdicional do Estado, a sentença arbitral, apesar de sua equiparação com a sentença jurisdicional pela lei, não se reveste da mesma legitimação que a sentença produzida no meio regido pelo Estado, ou seja, a sentença produzida pelo judiciário.

⁶⁹ Da mesma forma que a norma legislativa não se consubstancia exclusivamente em normas abstratas, a norma jurisdicional na modernidade processual tem também como características a abstração, exemplo disso são as súmulas vinculantes, bem como o controle difuso com eficácia abstrata da constitucionalidade das normas.

⁷⁰ “De outro lado, a pretensão à legitimidade da ordem jurídica implica decisões, as quais não podem limitar-se a concordar com o tratamento de casos semelhantes no passado e com sistema jurídico vigente, pois devem ser fundamentadas racionalmente, a fim de que possam ser aceitas como decisões racionais pelos membros do direito. Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos. Nesta medida, as fundamentações têm que emancipar-se das contingências do contexto de surgimento. E a passagem da perspectiva histórica para a sistemática acontece explicitamente, quando a justificação interna de um juízo, apoiada em premissas dadas preliminarmente, cede o lugar à justificação externa das próprias premissas. As decisões judiciais, do mesmo modo que as leis, são “criaturas da história e da moral”: o direito de propriedade, que um indivíduo tem na sociedade burguesa, depende não somente da prática, mas também da justiça de suas instituições políticas”. Habermas, op. cit. Vol I, p.246

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** –1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 231.

ordenamento), fático (em sua efetividade social e histórica), axiológico (Direito como valor de Justiça). Para Reale, pode-se dizer que o Direito é:

(...) a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de uma forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores.⁷²

Nesse sentido, conclui Reale que a compreensão integral do Direito só se dará quando existir correlação unitária e dinâmica das três dimensões jurídicas demonstradas.

Na atualidade, a preceituada harmonização social, citada no conceito, relaciona-se com à necessidade de o Direito ser visto pelo prisma de sua composição de regras jurídicas (atividade realizada por qualquer dos poderes estatais: executivo, legislativo e judiciário), funcionando como elemento mediador das vontades individuais e coletivas, que busca reduzir a tensão existente entre o mundo dos fatos e a validade da norma jurídica⁷³.

Ao atrelarmos o Direito à noção de um mediador das questões políticas de uma determinada sociedade, atribui-se uma nova roupagem teleológica em sua estrutura que foge do elemento exclusivamente coercitivo de imposição de condutas (proibidos, permitidos e obrigatórios).

Tais questões, apesar de originalmente serem depuradas por um prisma eminentemente moral oriundo de uma tradição kantiana⁷⁴, passam a ser

⁷² REALE, op. cit., p. 67.

⁷³ "(...) na medida em que o sistema de direitos assegura, tanto a autonomia pública como a privada, ele operacionaliza a tensão entre facticidade e validade, que descrevemos como tensão entre a positividade e a legitimidade do direito". Habermas, op. cit., p.166.

⁷⁴ Na fundamentação, Kant havia afirmado que a moralidade de uma ação não pode basear-se nos resultados da ação, mas sim, na sua motivação. A simples adequação da ação à lei não caracteriza a moralidade da mesma. O que caracteriza a moralidade da ação é o fato de ela ser praticada por respeito à lei, que Kant chama de legalidade. Ao tratar da distinção, entre moral e direito, Kant retoma essas duas noções e atribui ao direito a esfera da mera legalidade da ação, ou seja, no direito não importa por que se cumpre a lei, o importante é que a lei seja cumprida, e se isso não for feito, estar-se-á sujeito a coerção exterior. Em outras palavras, o direito aceita como motivação algo diferente da ideia de dever, não é necessário o amor à lei que a moral exige, basta apenas a conformidade com a lei, não importa que a ação tenha sido praticada apenas por medo do castigo, da penalidade. Na moral, pelo contrário, não se aceita outro motivo diferente da ideia de dever, somente aquela ação que transforma o dever em motivo do agir possui o status de uma ação moral. Uma ação para ser moral não pode ter como Bestimmungsgrund do agir, quer a felicidade, quer a ideia de perfeição humana, pois se o fizesse estaria fundada em um motivo diferente da ideia de dever. FELDHAUS, Charles. **Direito e Moral, Três Estudos a Respeito da Filosofia Prática de Kant**. Santa Catarina: Apolodoro, 2007. p. 30-31.

observadas por um paradigma racional (o que pode estar impregnado de moral e política), o qual tem sua gênese em um panorama de simultaneidade com o direito. Enfim, na modernidade, o direito e a moral *a priori* encontram-se desatrelados, são elementos distintos que integram a sociedade cabendo à racionalidade a eleição dos melhores elementos normativos para a sociedade.

3 O ORDENAMENTO JURÍDICO. A NORMA E SUA PRODUÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Um dos mais complexos problemas do direito encontra-se na conceituação e esquematização do funcionamento sistemático da norma jurídica. Como pode ser observado o conceito de norma jurídica⁷⁵ guarda simétrica relação com o conceito de ordenamento jurídico. Para observarmos e pontuarmos a produção, legitimidade e validade da norma jurídica⁷⁶ feita pelo poder judiciário devemos ter por base os conceitos de norma e ordenamento jurídico de forma geral e suas especificidades.

⁷⁵ Quando se questiona “o que é direito”, pode-se superar tal indagação com a resposta de que direito é “conjunto de normas válidas num dado país”. Com isso, eis que surge outro questionamento: “o que é norma jurídica”. Diante de tal afirmativa, Aurora Tomazini diz que a partir de então se justifica a necessidade e importância de uma teoria da norma jurídica para o estudo do direito, já que se partindo do pressuposto de que direito é um conjunto de normas válidas, portanto, para compreendê-lo deve-se conhecer suas normas, antes de tudo, deve-se saber o que é uma norma jurídica. Observa-se que inexistente exatidão em um conceito de norma jurídica. Segundo essa autora, toda confusão se dá, pois utilizamos da expressão “norma jurídica” para referir-nos às unidades do sistema do positivismo jurídico. “O direito é compreendido não só como significações deonticamente estruturadas (normas jurídicas em sentido estrito), mesmo porque a existência destas depende de um suporte físico, da integração de enunciados (textos de lei), da construção de significações isoladas (proposições) e da estruturação dos sentidos normativos. O sistema compreende tudo isso, suporte físico, significação e estruturação, numa triadidade existencial indecomponível”. CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Noeses Ltda, 2009. p.267.

Maria Helena Diniz faz ponderações sobre o vocábulo “norma jurídica” alertando para a banalização do termo, já que é empregado muitas vezes sem o menor embaraço sem se preocupar com a complexidade do assunto. “Poucos terão, talvez, uma exata consciência do alcance filosófico deste conceito, para não falar na vastíssima problemática que ele desperta em torno de si”. Para que o conceito de norma jurídica seja universal, “há de abstrair de todo o conteúdo, pois o único caminho possível será não reter no esquema conceitual o conteúdo, que é contingente, variável, heterogêneo, determinado *hic ET nunc*, mas sim as essências, que são permanentes e homogêneas. Ante a multiplicidade do dado, o conceito deve reter apenas o elemento comum, a essência que se encontra em toda multiplicidade. Para a elaboração do conceito da norma jurídica deve-se recordar os princípios que devem informar toda definição: 1º) a definição deve ser convertível ao definido; 2º) a definição deve ser mais clara que o definido; 3º) o definido não entra na definição; 4º) a definição deve ser, de preferência, positiva; 5º) A definição deve ser breve”. DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: Saraiva, 2013.p. 5.

⁷⁶ Quando se fala em normas jurídicas a partir de sua dinâmica, a teoria geral do direito trata de ocupar-se da qualidade das normas a fim de que se possa analisar sua viabilidade para o ordenamento jurídico. Vários conceitos são trabalhados pelos juristas sobre a qualidade das normas, sendo que são de difícil sistematização. Entre “existência, validade e eficácia” pode-se dizer que o de validade é o mais relevante, já que através dele pode-se dizer se uma norma é legal ou ilegal, constitucional ou inconstitucional. Alysson Leandro Mascaro menciona que validade é um conceito relacional, dizendo que “só é possível saber se uma norma é válida se a relacionarmos com outras normas, que estejam em geral acima dela hierarquicamente, e que demonstrem que a existência dessa norma inferior não está contrária às suas determinações. É preciso sempre compreender sob qual respaldo de outras normas está a norma que se quer reputar válida. Por isso, a validade de uma norma nunca é uma qualidade que se verifica nela mesma: só na relação com normas outras, em geral superiores, é que se pode extrair a validade normativa. MASCARO, op. cit.,p. 130.

Para Paulo Dourado de Gusmão, a norma:

É a proposição normativa inserida em uma fórmula jurídica (lei, regulamento, tratado internacional etc.), garantida pelo poder público (direito interno) ou pelas organizações internacionais (direito internacional). Proposição que pode disciplinar ações ou atos (regras de conduta), como pode prescrever tipos de organizações, impostos, de forma coercitiva, provida de sanção. Tem por objetivo principal a ordem e a paz social e internacional. As normas do direito das sociedades letradas e evoluídas caracterizam-se por serem dotadas de generalidades, não tendo por objeto situações concretas (casos), enquanto as do direito arcaico são dominadas pelo casuísmo, disciplinando casos. As normas jurídicas disciplinadoras de conduta são bilaterais, sendo, portanto, a bilateralidade sua nota específica. Geralmente, a sua forma típica é imperativa, geral e abstrata. Compõem-se, em sua maioria, de preceito e sanção.⁷⁷

Sobre a relação de norma com o ordenamento jurídico, um dos principais pensadores sobre o tema foi inegavelmente Norberto Bobbio. O mestre italiano inicia sua teoria sobre o ordenamento jurídico informando que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”⁷⁸. A esse contexto, o autor atribuiu o nome de “ordenamento”⁷⁹.

A norma, a Constituição, o Direito, são conceitos entrelaçados:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.⁸⁰

Bobbio enfatiza que o ordenamento jurídico, até aquele momento histórico, não havia instigado os estudiosos a aprofundar a uma visão sistematizada do assunto. A norma era muito observada de forma individual, mas não em seu

⁷⁷ GUSMÃO, op. cit., p.79.

⁷⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento jurídico**. 10ª ed.. Brasília: Editora UNB, 1999. p 19.

⁷⁹ Idem.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução: Gercelia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 151

contexto global, ou seja, a forma como era disposta em conjunto, ou no ordenamento jurídico como um todo.

Bobbio, em seu raciocínio e ao definir direito, dispõe que ele não é uma norma, mas um complexo de normas, e que até aquele momento, considerava-se, metaforicamente, a árvore, mas não a floresta.

Nas próprias palavras de Bobbio:

(...) Se a sanção jurídica é só a institucionalizada, isso significa que, para que haja direito, é necessário que haja, grande ou pequena, uma organização, isto é, um completo sistema normativo. Definir o Direito através da noção de sanção organizada significa procurar o caráter distintivo do Direito não em um ordenamento da norma mas em um complexo orgânico de normas. Em outros termos, poder-se-á dizer que a pesquisa por nos realizada na *Teoria della norma giuridica* é uma prova do caminho obrigatório que o teórico geral do Direito percorre da parte ao todo, isto é, do fato de que, mesmo partindo da norma, chega-se, quando se quer entender o fenômeno do Direito, ao Ordenamento.

Para maior clareza podemos também nos exprimir deste modo: o que comumente chamamos de Direito é mais uma característica de certos ordenamentos normativos que de certas normas. Se aceitarmos essa tese, o problema da definição do Direito se torna um problema de definição de um ordenamento normativo e, conseqüentemente, diferenciação entre este tipo de ordenamento normativo e um outro, não o definição de um tipo de normas. Nesse caso, para definir a norma jurídica bastará dizer que a norma jurídica é aquela que pertence a um ordenamento jurídico, transferindo manifestamente o problema da determinação do significado de “jurídico” da norma para o ordenamento.⁸¹

Para Bobbio, tal entendimento implica uma mudança de perspectiva em relação à teoria tradicional, já que, para esta, um ordenamento jurídico se compõe de normas jurídicas. Na nova perspectiva, normas jurídicas são aquelas que compõem um ordenamento jurídico. Sendo assim, “não existem ordenamentos jurídicos, porque há normas jurídicas, mas existem normas jurídicas, porque há ordenamentos jurídicos distintos dos ordenamentos não-jurídicos”.⁸²

Bobbio define “Ordenamento jurídico, (como todo sistema normativo) como é um conjunto de normas. Essa definição geral de ordenamento, pressupõe uma única condição: que na constituição de um ordenamento concorram mais

⁸¹ BOBBIO, op. cit., p. 29-30.

⁸² Ibidem, p. 30,31.

normas (pelo menos duas) e que não haja ordenamento composto de uma norma só”⁸³.

O pensamento que legitima a existência de um ordenamento jurídico composto de uma norma só deveria ser excluído, dizia Bobbio, já que, para ser concebido tal ordenamento, seria necessário imaginar uma norma que contemplasse todas as ações possíveis e as qualificasse com uma única modalidade.

Sendo assim, na possibilidade de se observar um ordenamento jurídico que comportasse uma só norma, este deveria ter, de forma alternativa, as seguintes hipóteses: 1 – tudo é permitido, tal fato caracteriza-se pela contradição à existência de ordenamento; 2 – tudo é proibido, ditame que torna insuportável a vida em sociedade; 3 – tudo é obrigatório, norma que, conforme a anterior, também tornaria insuportável o convívio social.

De fato, o direito não é formado apenas por uma norma. Pelo contrário. Na contemporaneidade, os Estados legislam valendo-se de uma infinidade normativa, difícil vislumbrar uma sociedade atual em que o Direito possa ser reduzido a uma só norma.

As principais concepções sobre ordenamento jurídico estão diretamente relacionadas ao problema de sua completude ou da existência de lacunas em seu corpo de normas.⁸⁴

Maria Helena Diniz⁸⁵ informa que “a hermenêutica, que predominava até o advento do historicismo jurídico, afirmava a plenitude e perfeição da lei escrita, considerando-a como a revelação perfeita e acabada do direito, consubstanciando na tese da supremacia da lei, defendida por Thibaut”.

⁸³ Ibidem, p. 34

⁸⁴ A palavra “lacuna” remete a idéia de buraco, de vazio, de algo que precisa ser preenchido. Para o direito, quando se fala em lacunas, regra geral, quer se dizer que as normas que regulamentam determinada situação são insuficientes, incompletas, ou não existem. A teoria geral do direito e os juristas desde muitos séculos se preocupam com a ideia das lacunas, já que almejam um sistema completo, embora saibam que as leis nunca contemplariam todos os casos. No entanto, o pensamento jurídico, embora compreenda a inexistência de um sistema que abranja todas as situações do cotidiano, passa a presumi-lo, como instrumento teórico para a orientação de suas técnicas e práticas. O problema das lacunas torna-se agudo a partir do século XIX. Tendo em vista as demandas estruturais das contradições sociais, o Estado obriga-se a diversos tipos de problemas e relações jurídicas. Nesse, sentido, como o ordenamento não prevê tudo, os juristas passam a desenvolver ferramentas que dão subsídios para que se alcance o que a realidade normativa não oferece. MASCARO, op. cit. p. 144-145.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. 8ª ed. Adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-01-2002 – São Paulo: Saraiva, 2007. p.31

Contra tal entendimento insurge-se Savigny que demonstra, ou tenta demonstrar, a importância dos costumes e do caráter histórico do Direito. Para o autor, “o direito estava bem longe de ser uma arbitrária criação da vontade estatal”⁸⁶.

Savigny ressalta a importância dos costumes⁸⁷ para a formação do direito. O elemento humano, social, é fonte motriz da legitimação da norma jurídica. O costume, na maioria das vezes, surge do diálogo - quer expresso, quer velado - da sociedade que naturalmente chega a consensos, estipulando determinados comportamentos com *status* de regras ou princípios jurídicos.

Retirar da sociedade (do povo) o poder natural de criar suas normas, as quais também se identificam com os costumes, é semelhante a negar que o poder do Estado de criá-las de forma positiva seja atribuído direta e exatamente pela mesma sociedade que sedimentou o costume.

A negativa de atribuição de importância à sedimentação dos costumes sociais no ordenamento jurídico é a consequente negativa de legitimidade à norma jurídica a qual não pode ser criada por um prisma eminentemente positivista. A norma deve obrigatoriamente guardar relação com as vontades sociais, vistas em um conceito histórico discursivo e racional.

Ocorre, no entanto, que as sociedades contemporâneas diferem-se das pólis gregas pelo pluralismo de ideais e costumes inseridos em seu bojo. Impossível é a contemplação de todos costumes no ordenamento jurídico de uma sociedade, visto que tais costumes, por vezes, podem apresentar-se de forma contraditória.

Assim dessa forma, vemos novamente o direito atuando como facilitador do diálogo nas sociedades plurais, inclusive para constituição do ordenamento jurídico. O direito, como já dissemos, visto pelo prisma do

⁸⁶ DINIZ, op. cit. Apud SAVIGNY, Sistema del diritto romano attuale, I.

⁸⁷ Os costumes são uma das espécies de “fontes do direito”. “Fonte jurídica” é aquilo que seria a origem primária do direito, ou seja, os fatores que condicionaram o aparecimento de norma jurídica. Para Kelsen, as fontes se distinguem do direito positivo, porque “estas são juridicamente vinculante e aquelas não o serão enquanto uma norma jurídica positiva não as tornar vinculantes, caso em que elas assumem o caráter de uma norma jurídica superior que determina a produção de uma norma jurídica inferior” (Kelsen, teoria pura do direito – apud DINIZ, op. cit., 2007, pg. 283) Para Miguel Reale, como bem explica Aurora Tomazini, existem quatro espécies de fontes: “(i) legal: expressão do poder estatal de legislar (lei); (ii) consuetudinária: resultante do poder social, moldada pelas formas culturais de uma sociedade (costume); (iii) jurisdicional: procedente do Poder Judiciário (jurisprudência); (iv)negocial: vinculada ao poder dos particulares de pactuar obrigações entre si (autonomia privada). E aponta a impropriedade da expressão “fonte material” que apontaria para um estudo sociológico dos motivos éticos ou fatos que condicionam o aparecimento e transformações das regras, situado fora do campo da Ciência do Direito”. CARVALHO, op. cit. p.624.

ordenamento jurídico, não se origina dos costumes, da ética, ou mesmo dos preceitos morais, que têm nascedouro autônomo e podem ser mera fonte inspiradora daquele.

Atribuir aos costumes, à ética e à moral o papel de originadores exclusivos do direito e do ordenamento jurídico, seria vincular o conceito do justo⁸⁸, indispensável para uma análise teleológica do direito, a uma plataforma puramente natural e não procedimental, a qual acreditamos estar vinculado.

Não queremos com isso negar qualquer vinculação, uma vez que acreditamos que o direito deve estar vinculado a uma plataforma atrelada à justiça material.

Desvincular o direito dessa plataforma seria o mesmo que desvinculá-lo do plano social ou do mundo da vida. O direito só tem relevância e significado quando posto a serviço da harmonização da vida social, ou seja, quando tem como finalidade reduzir a tensão existente entre as diversidades de costumes e questões éticas vinculadas aos membros da sociedade.

Nesse paradigma, o ordenamento jurídico não deve adotar ideologias dominantes, costumes predeterminados por grupos sociais ou grupos religiosos. Deve, dessa forma, tentar fugir do paradigma da eticidade e primar pela prevalência do paradigma da moralidade.

⁸⁸ Aristóteles possuía uma característica matemática em seu discurso, ou seja, quando observa a necessidade da existência de duas pessoas e duas coisas a serem distribuídas e para que essa distribuição seja igualitária devem ser observados os méritos de cada qual, vemos que o valor é incluído na justiça distributiva Aristotélica, as regras do justo são necessariamente valoradas.

O pensador propõe uma verdadeira meritocracia na obra em que busca explicar a justiça. Não há dúvidas de que tal regra (justiça distributiva) veio a contribuir com a formação dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, elemento indispensável para um perfeito debate acerca do direito, do reto e de princípios que norteiam a ciência jurídica, tais como a razoabilidade, a proporcionalidade, entre outros.

Devemos também observar que o filósofo foi sensível ao observar que nem sempre a justiça distributiva poderia ser consumada de pronto. Surge o conceito de justiça corretiva, o que temos modernamente pela procedimentalização, ou pelo processo, o qual é executado também, com a finalidade de corrigir, tanto os negócios particulares quanto os públicos, nos quais a justiça distributiva não se implementou, com também, as normas propagadas pelo Estado, cujo teor de equidade não se mostra proporcional, e dizemos equidade, nesse momento, em uma verdadeira concepção aristotélica, de correção da norma legal, que não satisfaz os parâmetros de uma justiça distributiva.

A justiça aristotélica é o ponto de partida para a compreensão das inúmeras teorias de justiça modernamente estudadas, bem como, caracteriza um dos elementos estruturantes do direito, qual seja, a igualdade.

Quando nos referimos à moralidade, vinculamo-nos à lição kantiana⁸⁹ de universalidade. Assim, via de regra, na constituição do ordenamento jurídico deve-se primar pela confecção de normas universais e abstratas.

Apesar de apontarmos a necessidade de uma perspectiva material para definição do justo na elaboração do ordenamento jurídico, a procedimentalização responde também pelo conceito de justiça na confecção das normas que regerão a sociedade, o que debateremos em momento oportuno.

Dando continuidade ao debate clássico sobre o ordenamento jurídico, um problema praticamente insolúvel e de extrema relevância para o tema proposto apresenta-se: a completude e incompletude do ordenamento jurídico legislado e a possibilidade de criação de norma jurídica por qualquer das esferas do poder, sobretudo o poder judiciário.

Daí a importância de uma observação dos costumes socialmente praticados para se ter por base quais regras o Estado criará, e tenderão a regulamentar o convívio social.

De longa data, Savigny, adepto da teoria kantiana do Direito, opta pela universalidade, vejamos: “a universalidade do direito é uma condição tão essencial como a sua unidade, repousando neste argumento a teoria da plenitude lógica do direito, que é um dos traços fundamentais do historicismo jurídico”. Ainda assevera o autor “quando uma relação não encontra na lei instituto típico, é possível estabelecer, em consonância com o direito existente, instituição que a enquadre. Acrescenta, ainda, que, quando no conjunto dos vários institutos aparecer questão nova de direito, ela deve ser resolvida segundo os princípios e a natureza de cada um, porque o direito se completa, a si mesmo, devido a sua força orgânica”.⁹⁰

Ainda debatendo as concepções sobre o ordenamento jurídico, extraímos da lição de Diniz uma segunda concepção sobre tal fenômeno atribuído a Kar Bergbohm, Brinz e Santi Romano. Ambos os juristas defenderam a tese de que

⁸⁹ Luiz Fernando Coelho, ao analisar o imperativo categórico no tocante à moral, exprime que “Immanuel Kant levou essa doutrina às últimas consequências, procurando um conceito fornecido pela razão e independente da experiência, para fundamento do direito e da moral. Procurou-se, assim, um princípio de ação, um imperativo que pudesse funcionar como categoria, anterior e independente da experiência, portanto, um *a priori* normativo da razão prática, um imperativo categórico” COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. 1ª ed. Barueri: Manole, 2004. p. 181.

⁹⁰ DINIZ, op. cit. Apud SAVIGNY, Sistema del diritto romano attuale, I. p. 31 e 32.

não há lacunas no ordenamento jurídico, “porque, onde ele faltar, falta o próprio direito”⁹¹.

Esses autores, não falam em lacunas, mas sim em limites do ordenamento. Em síntese, dispõem que há normatização para certas condutas (área inserida no ordenamento), e as condutas que não são normatizadas encontram-se em um terreno não jurídico, não pertencente ao ordenamento, são juridicamente irrelevantes.

Portanto, para esses autores o Direito é completo e as normas que não estão dispostas em seu ordenamento, não pertencem ao Direito, não sendo nem lícitas em ilícitas, mas irrelevantes.

Deve ser consignado que não concordamos que as premissas traçadas por Bergbohm, Brinz e Romano. Existem fatos relevantes para a sociedade cujo direito não deu conta de inserir sua regulamentação no ordenamento jurídico. No século XVII, XVIII e XIX a dinâmica da sociedade era outra; no século XX e XXI, no entanto, o direito não dá conta de regulamentar os fatos sociais de forma célere e com razoabilidade de debate, cumprindo, dessa forma, a estrutura do Estado em sua plenitude e atuando para suprir a veloz dinâmica social.

Vários podem ser os motivos do direito não ter normatizado fatos relevantes à sociedade. Dentre eles, destacamos que o fato social evidentemente surge primeiro que o direito, assim, por uma simples questão cronológica, o direito em sua acepção positivista não teve a possibilidade debater as soluções que visam normatizar novas situações de relevância existentes na sociedade.⁹²

No século XXI tais situações são corriqueiras, vide as questões que envolvem tecnologia e ciência: Transgênia, transplantes de células troncos embrionárias, *e-comércio* etc. Certamente tais situações são de relevância ímpar para o direito e para a sociedade, no entanto os diversos grupos políticos sociais, apesar de buscarem nas esferas públicas o diálogo acerca dos temas, não firmaram consenso tendente a normatizar/regulamentar as práticas debatidas.

Uma terceira concepção acerca do ordenamento jurídico é a de Ziltemann e Donatti. Para tais juristas não há lacunas no direito, uma vez que por

⁹¹ DINIZ, op. cit. As lacunas.. p.32

⁹² Assim, nem sempre o código ou a lei dá ao juiz solução jurídica para o caso sub judice. Quando isso ocorre, diz-se haver lacuna. GUSMÃO, op. cit., p. 235.

sua amplitude, poderia o ordenamento “abarcar qualquer situação”⁹³ Quando a lei for imperfeita, ou deixar uma lacuna aparente, caberá à jurisdição completá-la.

Como enfatizamos, Zitelmann e Donatti trazem implicitamente no bojo de sua teoria um concepção Aristotélica de justiça corretiva, no saneamento das imperfeições, inclusive da lei. Observam também a possibilidade de o ordenamento jurídico ser completado pela atividade julgadora do Estado.

Para esses pensadores, “O direito carece de lacunas, porque os vazios normativos são preenchidos pelo juiz, mediante princípios jurídicos, declarando ainda que quando as deficiências da lei são colmatadas, o direito aparece como uma totalidade perfeita.”⁹⁴

Portanto, discute-se se há ou não há lacunas no ordenamento jurídico. Alguns juristas as consideram existentes, deve-se aprender a resolvê-las. Para Kelsen, inexistem lacunas no ordenamento, já que o não regulamentado é permitido. Diante do primeiro entendimento, caso haja lacunas, deverão ser criadas normas para os casos concretos sem norma. Para a segunda visão, não há norma a ser criada. O método utilizado que visa aplicar outras normas para os casos em que não haja previsão normativa são os chamados métodos integradores. Isso porque integrarão um caso que não possui normatização a alguma norma jurídica.⁹⁵

A concepção de Kelsen⁹⁶ no ensinamento de Diniz “condena a consideração dicotômica de lacunas da lei e do ordenamento”⁹⁷.

Dispõe Kelsen sobre o ordenamento jurídico:

⁹³ DINIZ, op. cit. As lacunas. p.34

⁹⁴ Pensamento de Zitelmann sobre o ordenamento jurídico e as lacunas do direito.

⁹⁵ Sobre o método da autointegração e da heterointegração, podemos citar Alysson Mascaro que diz: “O método da autointegração consiste em trazer, a um caso reputado como lacunoso, uma resposta advinda de uma fonte interna ao próprio ordenamento jurídico. A analogia com outras normas do mesmo ordenamento e os princípios gerais do direito são as duas formas mais corriqueiras de concreção da autointegração. O método da heterointegração consiste em trazer, a um caso dado como lacunoso uma resposta advinda de uma fonte externa ao próprio ordenamento jurídico. Em geral, a heterointegração se faz com o recurso à comparação com outros ordenamentos, de outros Estados mas também de outras épocas no mesmo Estado, e também com a busca de orientações fora do ordenamento jurídico. MASCARO, op. cit., p. 148-149.

⁹⁶ Tercio Sampaio Ferraz Jr. ao analisar o entendimento de Kelsen acerca do tema, explica que “alguns autores costumam ver a questão da lacuna de um segundo ângulo, como sendo um problema de ordem processual, pois surge somente no momento da aplicação de um sistema normativo a determinado caso, para o qual, aparentemente ou realmente, não há norma específica”. FERRAZ JR, op.cit., p. 81-82.

⁹⁷ DINIZ, op. cit. As lacunas do Direito. p.38

Não há dúvidas de que o direito não consiste somente em normas gerais. Inclui também as individuais, ou seja, as que determinam a conduta de um indivíduo em uma situação e que, portanto, são válidas apenas para um caso particular, e que podem ser obedecidas e aplicadas somente uma vez⁹⁸

Kelsen concebe, portanto, “um sistema unitário de normas, com um todo fechado em si mesmo”⁹⁹. Daí o caráter da completude do sistema normativo, na concepção de Kelsen, pois as normas que o compõem contêm em si, a possibilidade de solucionar todos os conflitos levados à apreciação dos magistrados ou órgãos competentes¹⁰⁰. O sistema é, em si mesmo, bastante.

Concordamos com a posição Kelseniana e somos adeptos de uma teoria unitária ou monista do ordenamento jurídico. Explicamos, existem duas principais teorias que tentam explicar o ordenamento jurídico, a primeira é a teoria unitária. Para essa teoria, em suma, “as leis materiais não são capazes de gerar direitos subjetivos; elas somente criam expectativas de direitos”. Quem realizará a criação dos direito subjetivos é o Estado-juiz, por meio do exercício da função jurisdicional.

Para a segunda teoria, denominada dualista, “o Estado, no exercício da função jurisdicional, limita-se a reconhecer direitos preexistentes”, quem cria direito substancial é a norma jurídica criada por meio do exercício legislativo e não por meio do exercício da jurisdição. Para essa teoria, a jurisdição vai fazer atuar a vontade da norma, subsumindo-a ao caso concreto.

É dentro da teoria unitária que desenvolveremos o debate nesse ensaio, que versa sobre a legitimidade e os aspectos estruturantes da norma jurídica criada pelo poder judicante do Estado.

Para os que preferem a primeira solução, como é o caso do ilustre processualista brasileiro Dinamarco, o direito nasce do processo. É afirmar que as normas jurídicas concretas se produzem a partir da colaboração da atividade legislativa e judiciária do Estado: “o direito subjetivo nasce com o processo e com a sentença”¹⁰¹ “a norma que rege a concreta relação entre os indivíduos depende,

⁹⁸ KELSEN, Hans. **Teoria general de derecho y del Estado**. Imprenta Universitária. Apud. DINIZ, Maria Helena. Ibidem. p. 39.

⁹⁹ Ibidem.p. 40

¹⁰⁰ SICHES. Recaséns. Tratado General de filosofia do Direito. Ed. Porrúa, México, 1965 Apud DINIZ, Maria Helena. As lacunas do Direito. p. 42

¹⁰¹ DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987. p.16

para sua existência, da atividade do juiz”¹⁰². Assim, observa-se que a atividade legislativa e a jurisdicional distinguem-se nitidamente uma da outra.

Em rasa síntese, para a primeira teoria, a atividade jurisdicional produz efetivamente norma concreta de direito material e, para a segunda, a atividade jurisdicional não produz norma concreta de direito material, restando tal função exclusivamente à atividade legislativa.

Ainda citando os ensinamentos de Dinamarco, que ressalta ser Bulow o primeiro a citar, ainda que em nota de rodapé, que o comando da lei vai “do comando abstrato (*de generalis*) ao concreto (*lex specialis* contida na sentença) e finalmente à realização deste (execução). Tudo isso significa que o direito (não só o subjetivo, como também o objetivo), sofre fundamental transformação através do processo.¹⁰³

Bulow informa que é “o juiz, através do processo, quem vai completar o direito substancial, produzindo norma concreta. O direito, pois, na concepção de Von Bulow, forma-se escalonadamente, a principiar da norma incompleta contida na lei e consumando-se com a sentença que completa essa norma e faz nascer o direito subjetivo ao caso concreto”¹⁰⁴.

Dinamarco sintetiza que Kelsen dispunha em sua teoria pura que o direito se formava de forma gradual, através de sucessivas etapas: a – “a norma fundamental, imanente na consciência do povo; b) a constituição; c) a lei; d) o decreto; e) o negócio jurídico; f) a sentença; g) a execução, das quais cada qual constitui pressuposto da seguinte e execução da precedente.”¹⁰⁵

Assim, para Kelsen, a sentença proferida pela atividade julgadora do Estado era fonte do direito de natureza constitutiva e não meramente declaratória do direito preexistente.

Carnelutti e Calamandrei, ilustres processualistas italianos, apesar de nunca terem se debruçado especificamente sobre o estudo da teoria unitária ou dualista do ordenamento jurídico, devem ter, ambos, como premissa lógica necessária de sua doutrina a ideia da “inaptidão da lei para reger as relações entre as pessoas, da necessidade de uma outra atividade complementar de produção

¹⁰² Idem.

¹⁰³ Idem

¹⁰⁴ Idem

¹⁰⁵ Ibidem, p. 17

jurídica, do direito que nasce a sentença, e tantas outras coisas que só na teoria de Kelsen e seus seguidores podemos encontrar”¹⁰⁶.

Nas palavras de Dinamarco, a teoria unitária se destaca também na obra de Carnelutti, quando informa em um trabalho sobre a sentença condicional que o efeito da sentença “é tornar concreto ou particular o preceito abstrato ou genérico contido na norma legal”.¹⁰⁷

Calamandrei é outro que, adepto da mesma teoria, dizia em sua obra “o momento essencial da jurisdição é aquele que o juiz transforma norma abstrata (a qual se dirige a todos e a nenhum) em comando concreto.”¹⁰⁸

No que tange à classificação das normas jurídicas, Aurora Tomazini de Carvalho alerta para a acuidade que se deve ter sobre a definição de “norma jurídica”. Depara-se na doutrina com os mais variados tipos de classificação de normas, tais como normas diretas, indiretas, primárias, secundárias, procedimentais, potestativas, punitivas, gerais, individuais, abstratas, concretas, dispositivas, derivadas, de ação, de conduta, de estrutura, de direito material, de direito processual etc, e não se chega a um consenso.

Segundo a autora, uma classificação clássica da doutrina divide as normas jurídicas em (a) normas de comportamento (ou de conduta); (b) normas de estrutura (ou de organização). “As primeiras diretamente voltadas para as condutas interpessoais; e as segundas voltadas igualmente para as condutas das pessoas, porém com objetivo final os comportamentos relacionados à produção de novas unidades jurídicas”.¹⁰⁹

Ademais, dando continuidade a classificação das normas “abstratas e concretas, gerais e individuais”, gerais são aquelas em que os sujeitos são indeterminados quanto ao número. Individuais são aquelas concernentes a certo indivíduo ou a um grupo determinado de pessoas. Abstratas aquelas que descrevem um fato futuro e incerto. Já as normas concretas são as que relatam um fato ocorrido, que irradia efeitos no mundo jurídico.

Nas palavras de Aurora Tomazini de Carvalho:

¹⁰⁶ Ibidem. p. 20.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Idem

¹⁰⁹ CARVALHO, op. cit.,p.335.

Normas gerais e abstratas: tem como hipóteses a descrição de um evento futuro e incerto e seu conseqüente estabelece uma relação entre sujeitos não determinados, como exemplo podemos citar as regras que instituem tributos, tipificam crimes, geralmente aquelas instituídas, por leis(...)

Normas gerais e concretas: tem como antecedente a descrição de um acontecimento passado e seu conseqüente estabelece relações de caráter geral, entre sujeitos não especificamente determinados(...)

Normas individuais e abstratas: descrevem, em suas hipóteses, também eventos futuros e incertos, mas prescrevem relações entre pessoas determinadas(...)

Normas individuais e concretas: descrevem, no antecedente, um fato consumado no tempo e espaço e, no conseqüente, estabelecem relações jurídicas entre sujeitos determinados(...).¹¹⁰

Maria Helena Diniz traz a classificação relativa à “imperatividade”, que pode ser absoluta (normas, cogentes, de ordem pública, que proíbem alguma coisa), ou “relativa” (que não proíbem de modo absoluto, permitem ação ou abstenção, ou seja, podem ser permissivas).

Quanto ao “autorizamento”, podem ser classificadas em “mais que perfeitas” (aquelas que, quando violadas, autorizam a aplicação de duas sanções, sejam elas a nulidade do ato ou restabelecimento do *status “quo”* e ainda a aplicação de pena ao violador), “perfeitas” (aquelas que, quando violadas, implicam a autorização para se declarar a nulidade do ato ou possibilidade de anulação e não aplicação de pena ao violador), “menos que perfeitas” (aquelas que, diante da violação, implicam aplicação de pena ao violador, sem decretação de nulidade ou anulação), “imperfeitas” (normas *sui generis* que não acarretam qualquer consequência jurídica).¹¹¹

No que tange à “hierarquia”, mencionamos a classificação de André Franco Montouro: 1) Constitucionais; 2) leis complementares; 3) leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções; 4) decretos regulamentares; 5) normas internas (despachos, estatutos, regimentos etc.); 6) normas individuais (contratos, testamentos, sentenças etc.). A Constituição Federal encontra-se em posição de superioridade em relação as demais normas, que devem subordinar-se à Constituição.

A lei complementar, dentro dessa lógica sobre hierarquia, fica em posição intermediária, ou seja, encontra-se entre a Constituição Federal e a Lei

¹¹⁰ Ibidem, p. 344.

¹¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Compendio de Introdução a Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011 p. 384, 385.

ordinária. A lei ordinária na mesma posição hierárquica que as leis delegadas e a medida provisória. Não podem contradizer a Constituição sob pena de incorrer em inconstitucionalidade, entretanto é superior a lei ordinária à medida provisória e à lei delegada, que não podem estar em dissonância com a lei complementar. O quorum para aprovação da lei complementar, segundo a Constituição Federal (artigo 69), é de maioria absoluta de votos dos membros das duas Casas, em dois turnos (art. 60, §2º). Já para as leis ordinárias, regra geral, é necessário maioria simples dos presentes. Exemplos de leis ordinárias são o Código Civil, a lei eleitoral, de acidentes do trabalho, o Código de Defesa do Consumidor etc. As demais lei mencionadas pelo artigo 59 da Constituição, sejam elas as leis delegadas, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resolução, possuem mesmo grau hierárquico que as leis ordinárias. Pelo que dispõe o artigo 68 da Constituição, as leis delegadas são elaboradas pelo presidente por delegação expressa do Congresso Nacional. Os decretos legislativos são normas que o Congresso aprova cuja matéria é de sua exclusiva competência, como por exemplo, o julgamento das contas do Presidente. Ressalte-se que tais normas não são submetidas à sanção presidencial. As resoluções são decisões do Poder Legislativo sobre assuntos internos para, por exemplo, fixação de subsídios, perda de cargo por deputado ou senador etc. Já os regulamentos¹¹² são baixados pelo Poder Executivo, que também estabelece normas gerais, abstratas e permanentes.

Antes do advento da Constituição Federal de 1988, existia a figura do decreto-lei, que era uma “lei” editada pelo Poder Executivo. Com o advento da nova Constituição, o decreto-lei foi extinto dando espaço para a figura da Medida Provisória¹¹³, que está presente no artigo 62 da Constituição.¹¹⁴

¹¹² Vale mencionar a conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello que diz que regulamento é o “ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 343)

¹¹³ Gilmar Mendes e Paulo Branco, conceituam Medidas Provisórias como sendo “os atos normativos primários, sob condição resolutiva, de caráter excepcional no quadro da separação dos poderes, e, no âmbito federal, apenas o Presidente da República tem o poder de editá-las. Ostentam nítida afeição cautelar. Embora produzam o efeito de concitar o Congresso a deliberar sobre a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, não se confundem com meros projetos de lei, uma vez que desde quando editadas já produzem efeitos de norma vinculante”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 912 Para adição de medidas provisórias devem ser atendidos certos pressupostos formais, sejam eles a urgência e relevância da matéria

Sobre o assunto, o eminente Paulo Nader escreve:

Sob este aspecto, dividem-se: constitucionais, complementares, ordinárias, regulamentares e individualizadas. As normas guardam entre uma ordem de subordinação entre as diversas categorias. No primeiro plano alinham-se as normas constitucionais – originárias na Carta Magna ou decorrentes de emendas – que condicionam a validade de todas as outras normas e têm o poder de revogá-las. Assim, qualquer norma jurídica de categorias diversa, anterior ou posterior à constitucional, não terá validade, caso contrarie as disposições desta. Na ordem jurídica brasileira, há normas que se localizam em leis complementares à Constituição e se situam, hierarquicamente, entre as constitucionais e as ordinárias. A aprovação das normas complementares se dá, conforme o art. 69 da Lei Maior, por maioria absoluta. Em plano inferior estão as normas ordinárias, que se localizam nas leis, medidas provisórias, leis delegadas. Seguem-se as normas regulamentares, contidas nos decretos, e as individualizadoras, denominação e espécie sugeridas por Merkel para a grande variedade dos atos jurídicos: testamentos, sentenças judiciais, contratos etc.¹¹⁵

Quanto à natureza de suas disposições, as normas podem ser “substantivas” (regulam as relações jurídicas, criam direitos, impõem deveres) ou “adjetivas” (regulam o modo ou o processo de efetivação das relações jurídicas bem como de fazer valer os direitos ameaçados ou violados).¹¹⁶

Quanto à “aplicação”, serão de “eficácia absoluta” - aquelas insuscetíveis de emenda, a legislação não poderá alcançar; de “eficácia plena” - aquelas que apresentam todos os requisitos necessários para produzir efeitos de imediato; de “eficácia relativa restringível” - aquelas que podem ter seu alcance reduzido pela atividade legislativa, ou seja, normas que prescrevem regulamentação delimitadora; de “eficácia relativa complementável” - aquelas cuja a produção de efeitos é mediata, porém depende de norma posterior que lhe desenvolva a eficácia.

Como se observa pelos diversos escritos jurídicos, a teoria da norma jurídica é extremamente vasta e vários autores possuem perspectivas diversas sobre ela.

Com essas observações inicialmente tecidas, podemos doravante adentrar objetivamente no objeto proposto nessa monografia, qual seja, quais são os

sobre que versam, deve estar configurado que a demora na promulgação de uma lei acaba por inviabilizar o ato, acarretando dano de difícil reparação.

¹¹⁴ MONTORO, André Franco. **Introdução a Ciência do Direito**. 25ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 335 – 338.

¹¹⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.88.

¹¹⁶ MONTORO, op. cit., p. 344.

elementos legitimadores das normas abstratas e gerais produzidas pelo Poder Judiciário.

4 ELEMENTOS LEGITIMADORES DAS NORMAS CRIADAS PELO PODER JURISDICIONAL COM CARACTERÍSTICAS GERAIS E ABSTRATAS.

4.1 NOTA PREAMBULAR DO CAPÍTULO

Neste tópico, procura-se apontar os elementos que legitimam as normas criadas pela atividade jurisdicional do Estado, com características gerais e abstratas, ou seja, com as mesmas características, via de regra, das normas criadas pelo Poder Legislativo.

Apesar de esse trabalho não buscar apontamentos universais que se prestem a todos os sistemas de onde vigem Estados democráticos de direito, se é que isso é possível, a análise é feita com base no sistema brasileiro, donde damos início a nosso debate observando quais institutos possibilitam que a norma jurídica se revista de abstração e generalidade.

Assim, trazemos a *praxis* à teoria ressaltando no sistema sobre análise a hipótese de real ocorrência dos estudos e debates que ora tecemos.

Destacamos também que será feito um corte epistemológico de análise ao ser observada exclusivamente a produção normativa realizada pela corte maior do sistema judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. Tal fato não nos leva a concluir que normas não são criadas por Tribunais inferiores, essa análise não será feita nesse momento e será excluída do objeto do debate.

4.2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal foi previsto pelo Decreto 510, de 22.06.1890, que dispunha da seguinte redação: “das sentenças da justiça dos Estados em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...]”¹¹⁷. “Desde a reforma Constitucional de 1926”¹¹⁸ todas as constituições seguintes - de 1934, 1946, 1967, a Emenda Constitucional 1/1969 e a Constituição Federal de 1988 - mantiveram o Supremo Tribunal Federal como a Corte competente para

¹¹⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.417 e 11418/2006 e a Emenda Regimental STF 21/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 73

¹¹⁸ Ibidem, p. 74.

processar e julgar o Recurso Extraordinário.¹¹⁹

Cabe observar que, desde a sua previsão até a Constituição de 1988, competia ao Supremo Tribunal Federal o julgamento de questão federal e constitucional. Constatou-se, dessa forma, que originariamente o Supremo Tribunal Federal brasileiro se caracterizava como sendo um Tribunal de Julgamento, ou seja, mais uma instância de análise das questões constitucionais, das questões que afrontavam a Lei Federal, bem como, das questões que envolviam situações de relevância nacional (menção ao antigo instituto da arguição de relevância que existia no direito brasileiro).

Ante o acúmulo de funções e a grande quantidade de processos recebidos pelo Supremo Tribunal Federal, surge, para a doutrina processualista, a denominada crise do Supremo a qual se configura, pela grande quantidade de processos a serem julgados, como uma crise de qualidade.

Buscando a superação da crise, a Constituição de 1988 cria “uma ramificação do Recurso Extraordinário, ou seja, inseriu um novo recurso, chamado Especial, incumbindo-lhe julgar as matérias de ordem infraconstitucional”¹²⁰. Restringe-se, portanto, a competência do Supremo Tribunal Federal exclusivamente para o julgamento de questões de ordem constitucional. O Supremo Tribunal Federal passa a ter uma roupagem de Corte Constitucional, que prima pela defesa da ordem constitucional vigente.

Esse fato, atrelado a uma filtragem estratégica e minuciosa das questões a serem apresentadas para julgamento, bem como à edição de entendimentos/julgados denominados súmulas que possuem eficácia vinculativa de todo o Poder Judiciário, quiçá em um futuro muito próximo, de toda ordem jurídica nacional, ratificam a tendência de formação de uma Corte que cria normas gerais e abstratas em virtude da repercussão geral¹²¹.

¹¹⁹ Informações também retiradas da obra de Rodolfo de Camargo Mancuso que cita expressamente os dispositivos específicos que determinavam ao Supremo Tribunal Federal o julgamento do Recurso Extraordinário: Constituição de 1934, art. 76, III; de 1937, art. 101, III; de 1946, art. 101, III; de 1967, art. 114, III; EC 1/69, art. 119, III; CF de 1988, art. 102, III. Idem.

¹²⁰ SCHLOSSER, Lizelote Minéia; WICKERT, Lisiane Beatriz. Inserção e a regulamentação da repercussão geral. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 161, jul. 2008. p.117.

¹²¹ Podemos conceituar o que se deva entender por repercussão geral, salvo melhor juízo, como o resultado de um proceder que, pela sua importância e extensão, atinge um número razoável e indeterminado de pessoas, versando sobre questões constitucionais relevantes. BORGES, Marcos Afonso. Recurso extraordinário e repercussão geral. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 156, fev. 2008. p. 41.

4.3 A REPERCUSSÃO GERAL – O ESTOPIM DA ABSTRAÇÃO E GENERALIZAÇÃO DA NORMA JURÍDICA PRODUZIDA PELO PODER JUDICIÁRIO

O que é a Repercussão Geral? Difícil¹²² conceituar repercussão geral ante a seu aspecto amplo e vago¹²³¹²⁴. Apesar da dificuldade latente da produção de um conceito, a doutrina contemporânea não tem poupado esforços para alcançar, ainda que de maneira subjetiva, um conceito acerca do tema.

Nas palavras de Mancuso, o instituto da repercussão geral foi previsto e permanece como “conceito vago, indeterminado, plurívoco ou polissêmico”¹²⁵. Vários doutrinadores, dentre eles Arruda Alvim, entenderam ser acertado o método utilizado pelo Código de Processo Civil, uma vez que uma

¹²² Não se sabe claramente o que constitui repercussão *geral*, mesmo que geral tenha o sentido de amplitude e abrangência. É possível, entretanto, que do ponto de vista jurídico que a generalidade se manifeste de modo peculiar a uma categoria de pessoas ou de bens e interesses, alguns eventualmente até de pouca significação para o todo mas de importante repercussão para o segmento ou universo específico. CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer. Recurso extraordinário, repercussão geral e súmula vinculante. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 151, set. 2007. p.112.

¹²³ [...] a função do conceito vago não é outra senão a de driblar a complexidade das relações sociais do mundo contemporâneo e a de fazer que haja certa flexibilização adaptativa na construção e na aplicação da norma jurídica. Eles se constituem na reposta adequada à permanente e frequentíssima mobilidade objetiva abrangida pela previsão normativa, permitindo uma aplicação atualista e individualizada da norma, ajustada às peculiaridades de cada situação concreta. Uma das mais relevantes funções do conceito vago é a de fazer com que a norma dure mais tempo, fixar flexivelmente os limites de abrangência da norma, fazê-la incidir em função das peculiaridades de casos específicos. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 367-369

¹²⁴ A moderna doutrina alemã, de acordo com Eduardo Garcia de Enterría, sustenta que os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentam tal característica considerados abstratos, não porém diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação. À vista das situações do mundo real ganhariam consciência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos concretos, sempre se poderia reconhecer se uma dada situação é ou não “urgente”, se o interesse posto em causa é ou não “relevante”, se existe ou não um perigo “grave” e assim por diante. Pretendem que a questão suscitada por tais conceitos seja meramente uma questão de “interpretação”, definível, como qualquer outra, pelo Poder Judiciário e não uma questão de discricionariedade, a qual supõe certa margem de liberdade decisória para o administrador.

[...]

Com efeito, se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ou ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que se lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, *não se poderá dizer que violou a lei*, que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedimento na conformidade do direito. E assim sendo, evidentemente terá procedimento *dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe faculta*. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, corrigisse-lhe a conduta, pois este incumbe reparar *violações de direito*, e não procedimentos que lhes sejam conformes. MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 25-26.

¹²⁵ MANCUSO, 2007, p. 211.

“definição exata, taxativa, de repercussão geral por parte do legislador poderia até mesmo levar a um indesejável engessamento do instituto e do próprio texto constitucional.”¹²⁶

Observamos que o conceito vago possibilita a adequação do direito e, sobretudo da atividade jurisdicional, à dialética social. A norma jurídica, ao ser observada como plano de fundo da decisão, mero rumo a ser seguido, possibilita que o magistrado produza decisões sempre atuais, adequadas a seu tempo e às necessidades sociais, políticas, jurídicas e econômicas do momento em que é produzida. De outro lado, a desvirtuação desse poder pode levar a situações teratológicas de dominação e de absurdos perpetradas por poucos julgadores com representatividade popular duvidosa, os quais dominarão uma “fração” genuína e potente da estrutura estatal, fato que poderá gerar insegurança jurídica e um grave desvio de finalidade junto à estrutura do poder.

Assim, como já afirmamos anteriormente, é a Repercussão Geral que possibilita em nosso sistema, de forma expressa, que as questões levadas à Suprema Corte brasileira tenham uma abrangência, por vezes indefinida, sendo concedida à normatização por ele produzida a transposição de mera individualidade chegando a diversos grupos sociais ou inclusive a pessoas indeterminadas.

Wambier, Wambier e Medina asseveram que a Repercussão Geral caracteriza-se pela existência de uma matéria constitucional de relevância “que transcende àquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral, institucional, semelhante ao que já ocorria, no passado, quando vigorava no sistema processual brasileiro o instituto da arguição de relevância.”¹²⁷ -¹²⁸

É também de se observar, pela lição de Barroso, que “Com a repercussão geral, na verdade, reproduz-se no Brasil uma tendência já presente no direito comparado de restringir a atuação das cortes constitucionais a “um número reduzido de causas de relevância transcendente”¹²⁹

¹²⁶ ALVIM, José Manoel de Arruda. A EC n. 45 e o instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii (Coords.). **Reforma do judiciário**: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 77.

¹²⁷ WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007. p. 214.

¹²⁸ Wambier, Wambier e Medina tecem ainda relevante observação sobre a repercussão geral: Atualmente para que seja caracterizada a repercussão geral, além de ofensa à Constituição Federal” é necessário haver um *plus*: não é qualquer questão que se considera com tendo repercussão geral, só pela circunstância de ter sido ofendido o texto, mas a questão deve gerar repercussão geral em si mesma. WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2007, p. 241.

¹²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 99.

Mancuso traduz o tema da transcendência da seguinte forma:

um tema jurídico, uma vez prequestionado e submetido ao STF por meio de recurso extraordinário, apresentará repercussão geral quando sua resolução for além do interesse direto e imediato das partes, assim transcendendo-o, para alcançar, em maior ou menor dimensão ou intensidade, um expressivo segmento da coletividade.¹³⁰

O ordenamento jurídico brasileiro¹³¹, ao positivizar o filtro denominado Repercussão Geral apontou os contornos dos temas aos quais seria atribuída relevância para serem analisados pelo órgão máximo do poder judiciário, o Supremo Tribunal Federal. A norma processual determinou que as questões deveriam possuir relevância política, econômica, social e jurídica.

Com relação à relevância, tal situação é inevitavelmente analisada segundo a valoração subjetiva de cada ministro integrante do Supremo Tribunal Federal.

O conceito legal deve ser esclarecido em alguns pontos. O primeiro é o termo “questão”; o segundo, a abrangência do termo relevância nos aspectos “econômico, político, social e jurídico” e, por fim, o significado de “ultrapassem interesses subjetivos da causa”. Passemos à análise.

Apesar do termo “questão” ser objeto de intenso debate processual¹³², adotaremos no objeto desse trabalho a perspectiva relacionada

¹³⁰ MANCUSO, 2007, p. 211-212.

¹³¹ O Código de Processo Civil traz a definição de repercussão geral no artigo 543 - A § 1º, nos seguintes termos: “Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

¹³² Ponto é, em prestigiosa doutrina, aquele fundamento de demanda ou da defesa, que as partes tenham levantado discussão a respeito (e sem que o juiz tenha, de ofício, posto em dúvida o fundamento); discordem as partes, porém, isto é, havendo contestação de algum ponto por uma delas (ou, ainda, havendo o juiz suscitado dúvida), o ponto se erige em questão. Questão é, portanto, o ponto duvidoso. Há questões de fato, correspondentes à dúvida quanto a uma assertiva de fato contida nas razões de alguma das partes; e de direito, que correspondem à dúvida quanto à pertinência de alguma norma ao caso concreto, à interpretação de textos, legitimidade perante norma hierarquicamente superior. [...] Dito isso, percebe-se que dúvidas podem ocorrer (e, portanto, questões) em torno de fatos e direitos relativos à própria situação jurídico-material controvertida; como surgir também podem, com referência a situações do processo mesmo e à ação e suas condições. Daí a distinção entre questões substanciais e questões processuais. O que venho a expor demonstra suficientemente que o fato de uma questão (ou conjunto de questões) ter pertinência à relação material *in iudicium deducta*, caracteriza-se como questão de mérito, não significa que ela própria (a questão, ou grupo de questões) seja o mérito como para declarar que o demandante está amparado por ação ou dela é carente, ou ainda para por ordem no processo como tal e verificar-lhe os pressupostos, o juiz vai resolvendo questões, isto é, optando por pontos que lhe pareçam procedentes. É vital não

exclusivamente com o objeto de debate que será colocado em julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal.

Holanda define questão como sendo: “s.f. Pergunta; tese; assunto; contenda; discussão; demanda; litígio.” [...].¹³³ Observa-se que, pela semântica, que o vocábulo “questão” foi devidamente aplicado ao se considerar a atuação do Supremo Tribunal Federal diante de determinado assunto, sobretudo porque que é no debate produzido pelo Supremo Tribunal Federal e pelos interessados (concernidos) direta ou indiretamente no debate que se sustenta a possível legitimação da norma produzida pelo poder judiciário.

Assim, o termo *questão* suscita a existência de uma pergunta, de uma dúvida, inclusive sobre a melhor resposta a ser dada àquela pergunta. Assim, sendo de interesse social, jurídico, político ou econômico, a escolha da melhor resposta à pergunta, bem como a busca de uma resposta à questão formulada gerarão repercussão geral e, via de consequência, será possibilitarão o ingresso ao julgamento do órgão judicante maior da nação.

Com relação à *relevância* da afronta constitucional, é difícil distinguir afrontas constitucionais que não são relevantes. Assim, observamos que esse aspecto deixa a Repercussão Geral inócua, uma vez que - em nosso entendimento - a pedra de toque do conceito de Repercussão Geral encontra-se na transposição do subjetivismo das matérias levadas ao Supremo Tribunal Federal, ou seja, elas devem transpor as pessoas envolvidas na causa como se o interesse se caracterizasse por difuso, coletivo, individual homogêneo, ou seja, devem atribuir caráter geral à norma que será produzida pela respectiva corte.

O dicionário Michaelis define *relevante* como sendo: “adj m+f (lat relevante) 1) Que revela ou fica em relevo. 2) Importante, saliente. 3) De grande monta ou valor. Indulgente, condescendente, *SM p us*. Aquilo que é preciso; o indispensável.”¹³⁴

Gomes Junior, ao tratar o tema, traz acepção jurídica do termo *relevância* para vários autores, vejamos:

confundir questão com o próprio mérito, ou com a ação ou mesmo com o processo. [...] DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Repro**, São Paulo, n. 34, p. 25 - 26, 1984.

¹³³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 11. ed. 4. impr. São Paulo: Civilização Brasileira; Companhia Nacional, 1969. p. 1006.

¹³⁴ MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998. p. 1809.

Ana Maria Guelber Corrêa afirma que: “[...] a relevância deve ser considerada sob o ângulo do interesse público que reveste a causa, capaz de assegurar soluções adequadas das questões de interesse nacional.”

O Min. Evandro Lins e Silva afirma que: “Dentro de um contexto genérico, a causa é relevante quando traz, em si mesma, um interesse público ou encerra uma garantia fundamental do cidadão”.

O então Ministro da Justiça Milton Campos adotava o posicionamento de que “[...]. Essa relevância será apreciada sobretudo do ponto de vista do interesse público. Fora dessa hipótese, na qual estão incluídas as arguições de inconstitucionalidade, o RE não deve ser admitido”.

No mesmo sentido é o magistério de Raul Armando Neves quando afirma que: “[...] é relevante a questão federal todas as vezes que a tese da controvérsia transcender o interesse de qualquer das partes para se situar no âmbito do interesse público.”¹³⁵

Marrey Neto traz interessante apontamento sobre a relevância da questão:

O art. 325 do Regimento interno do STF, por sua vez, faz remissão expressa ao art. 119, § 1.º, supra, de onde se vê que apenas nessas hipóteses será cabível a arguição de relevância da questão federal.

b) Questão federal “relevante”, por sua vez, será aquela cujo reflexo não se faça sentir estritamente dentro do âmbito do processo em que está sendo debatida.

Será relevante, *v.g.*, a matéria de direito cuja decisão puder apresentar ‘repercussões sociais, ou, então, aquela que envolva discussão de norma de ordem pública, ou, ainda, aquela atinente à interpretação e aplicação de dispositivos básicos de nosso direito.’¹³⁶

Apesar de os autores mencionados enfocarem o instituto anterior da arguição de relevância, interessante é o paralelo, sobretudo para observar que aquele se configura, embora com novos contornos, em um embrião do atual instituto da repercussão geral das questões constitucionais.

Assim, toda afronta a direito ou interesse de natureza constitucional caracteriza-se em uma afronta de relevância quando observada por meio do pacto político e social de uma nação. No entanto, nem toda afronta à causa transcenderá o interesse subjetivo dela, gerando reflexos em outras relações jurídicas ou outros julgamentos levados aos tribunais da nação.

Por fim, debateremos em tópico específico o significado de

¹³⁵ GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A arguição de relevância**: a repercussão geral das questões constitucionais e federal. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 38.

¹³⁶ MARREY NETO, José Adriano. A arguição de relevância na questão federal na interposição do Recurso Extraordinário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 74, n. 593, p. 44, mar. 1985.

“ultrapassem interesses subjetivos da causa”. Em nosso entendimento, tal expressão está diretamente relacionada aos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, uma vez que esses ultrapassam a subjetividade da questão e remetem-na ao transsubjetivismo preceituado no texto de lei.

Como visto, a título exemplificativo os aspectos econômico tanto em sentido macro¹³⁷ como micro¹³⁸, o aspecto ¹³⁹⁻¹⁴⁰, jurídico e social¹⁴¹ são de fácil

¹³⁷ A Macroeconomia pode ser entendida como a ciência que estuda o comportamento da Economia na sua globalidade, através da análise de variáveis globais tais como a produção, a procura, o investimento, a poupança, o desemprego, as taxas de juro, as taxas de câmbio ou o nível geral de preços. NUNES, Paulo. **Conceito de microeconomia**. Disponível em: <<http://www.knoow.net/ciencia/comempr/economia/microeconomia.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

¹³⁸ O termo Microeconomia designa um ramo da Economia que estuda o comportamento das unidades econômicas individuais (nomeadamente as empresas e os consumidores) consideradas quer isoladamente, quer nas suas relações mútuas. Uma das funções base da microeconomia é a de procurar explicar a formação dos preços quer dos bens de consumo final, quer dos factores de produção, recorrendo para isso à Teoria da Procura, à Teoria da Oferta e à Teoria da Produção. Além da formação de preços, a microeconomia procura também justificações para a existência de falhas nos mercados e para a formação e forma de funcionamento das diferentes estruturas de mercado, nomeadamente os mercados de concorrência imperfeita (monopólios, oligopólios e concorrência monopolística) e os mercados de concorrência perfeita. Idem.

¹³⁹ O conceito de política em Aristóteles: Aristóteles começou a escrever suas teorias políticas quando foi preceptor de Alexandre, “O Grande”. Para o filósofo, a Política é a ciência mais suprema, a qual as outras ciências estão subordinadas e da qual todas as demais se servem numa cidade. A tarefa da Política é investigar qual a melhor forma de governo e instituições capazes de garantir a felicidade coletiva. Segundo Aristóteles, a pouca experiência da vida torna o estudo da Política supérfluo para os jovens, por regras imprudentes, que só seguem suas paixões. Embora não tenha proposto um modelo de Estado como seu mestre Platão, Aristóteles foi o primeiro grande sistematizador das coisas públicas. Diferentemente de Platão, faz uma filosofia prática e não ideal e de especulação como seu mestre. O Estado, para Aristóteles, constitui a expressão mais feliz da comunidade em seu vínculo com a natureza. Segundo ele, assim como é impossível conceber a mão sem o corpo, é impossível conceber o indivíduo sem o Estado. O homem é um animal social e político por natureza. E, se o homem é um animal político, significa que tem necessidade natural de conviver em sociedade, de promover o bem comum e a felicidade. A pólis grega encarnada na figura do Estado é uma necessidade humana. O homem que não necessita de viver em sociedade, ou é um Deus ou uma Besta. Para Aristóteles, toda cidade é uma forma de associação e toda associação se estabelece tendo como finalidade algum bem. A comunidade política forma-se de modo natural pela própria tendência que as pessoas têm de se agruparem. E ninguém pode ter garantido seu próprio bem sem a família e sem alguma forma de governo. Para Aristóteles, os indivíduos não se associam somente para viver, mas para viver bem. Dos agrupamentos das famílias formam-se as aldeias, o agrupamento das aldeias forma a cidade, cuja finalidade é a virtude dos seus cidadãos para o bem comum. A cidade aristotélica deve ser composta por diversas classes, mas quem entrará na categoria de cidadão livre que pode ser virtuoso são somente três classes superiores: os guerreiros, os magistrados e os sacerdotes. Aristóteles aceita a escravidão e considera-a desejável para os que são escravos por natureza. Estes são os incapazes de governar a si mesmo, e, portanto, devem serem governados. Segundo Aristóteles, um cidadão é alguém politicamente ativo e participante da coisa pública. Além disso, sem um mínimo de ócio, não se pode ser cidadão. Assim, o escravo ou um artesão não se encontram suficientemente livres e com tempo para exercer a cidadania e alcançar a virtude, a qual é incompatível com uma vida mecânica. E os escravos devem trabalhar para o sustento dos cidadãos livres e virtuosos. Aristóteles contesta o comunismo de bens, mulheres e crianças proposto por Platão. Segundo ele, quanto mais comum for uma coisa, menos se cuida dela. Publicado por SANTOS, Liones Araújo. Retirado do site: <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1711935-conceito-pol%C3%ADtica-em-arist%C3%B3teles/> em 20 de abril de 2009.

identificação.¹⁴²

Apesar de o legislador brasileiro ter preferido especificar na norma,

¹⁴⁰ Hannah Arendt trabalha com maestria o conceito de política: A política baseia-se na pluralidade dos homens. Deus criou o homem, os homens são um produto humano mundano e produto da natureza humana. A filosofia e a teologia sempre se ocupam do homem, e todas as suas afirmações seriam corretas mesmo se houvesse apenas um homem, ou apenas dois homens, ou apenas homens idênticos. Por isso, não encontraram nenhuma resposta filosoficamente válida para a pergunta: o que é política? Mais, ainda: para todo o pensamento científico existe apenas o homem – na biologia ou na psicologia, na filosofia e na teologia, da mesma forma como para a zoologia só existe o leão. Os leões seriam, no caso, uma questão que só interessaria aos leões. ARENDT Hannah. O que é política? 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2004. p. 21-22.

Prossegue a mesma Autora: A política trata da convivência entre diferentes. Os homens se organizam politicamente para certas coisas em comum, essenciais num caos absoluto, ou a partir do caos absoluto das diferenças. Enquanto os homens organizam corpos políticos sobre a família, em cujo quadro familiar se entendem, o parentesco significa, em diversos graus, por um lado aquilo que pode ligar os mais diferentes e por outro aquilo pelo qual formas individuais semelhantes podem separar-se de novo uma das outras e uma contra as outras. Nessa forma de organização, a diversidade original tanto é extinta de maneira efetiva como também destruída a igualdade essencial de todos os homens. A ruína da política em ambos os lados surge do desenvolvimento de corpos políticos a partir da família. ARENDT, op. cit., p. 22.

¹⁴¹ Nas palavras de Lumia: “Fornecer uma exata noção de sociedade não é empresa fácil, tamanha a disparidade de opiniões entre os estudiosos [...]. Por um lado, a sociologia como estudo científico, da sociedade, da ação social e dos sistemas sociais tem origem bastante recente (remonta, como se sabe, a meados do século passado); por outro lado, os fenômenos sociais são muito complexos e mutáveis para que uma *communis opinio* tivesse modo e tempo para se formar. Foi grande a tentação de emprestar das outras disciplinas mais antigas organizadas os modelos interpretativos para serem transpostos e utilizados o estudo dos fenômenos sociais. Assim, quem adotou o presente modelo oferecido pela física, concebeu a sociedade como um mecanismo, ou seja, como a resultante das ações atômicas realizadas pelos indivíduos com vistas a atingir os fins particulares, que cada um prossegue; quem, por outro lado acolheu o modelo fornecido pela biologia, viu a sociedade como um organismo ao qual os indivíduos estão subordinados, exatamente como as células estão subordinadas às funções gerais do organismo. Esses dois pontos de vista refletem uma realidade e escondem uma ideologia. Em um plano meramente descritivo, de fato, é inegável que alguns grupos (com as sociedades familiares e os clãs), caracterizados por interesses convergentes e pela aceitação de uma mesma escala de valores, se aproximam do modelo organicista, enquanto outros (como as modernas sociedades estatais), caracterizados por interesses concorrentes e por uma pluralidade de sistemas valorativos, aproximam-se muito mais do modelo mecanicista. No plano ideológico, a aceitação do primeiro ou do segundo modelo revela a preferência ajustada à sociedade de desiguais, fundada na subordinação dos indivíduos ao todo, ou a sociedade e iguais, fundadas em relações de coordenação de vários fins que os indivíduos perseguem em particular e pelas atividades voltadas a realizá-los; em uma palavra, revela a preferência ajustada às formas de organização autocrática ou democrática da sociedade. LUMIA, Guiuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 23 – 24.

¹⁴² Medina, Wambier e Wambier exemplificam e trazem observações bastante úteis para detectarmos a presença do requisito da repercussão geral: “A repercussão geral jurídica no sentido estrito existira, por exemplo, quando estivesse em jogo o conceito ou a noção e um instituto básico do nosso direito, de modo que aquela decisão, se subsistisse, pudesse significar perigoso e relevante precedente, como a de direito adquirido. Relevância social haveria, numa ação em que se discutissem problemas relativos à escola, à moradia, ou mesmo à legitimidade do Ministério Público para a propositura de certas ações. Pensamos, aliás, que essa repercussão geral deverá ser pressuposta em um número considerável de ações coletivas pelo só fato de serem coletivas. Repercussão econômica haveria em ações que discutissem, por exemplo, o sistema financeiro da habitação ou a privatização de serviços públicos essenciais, como a telefonia, o saneamento básico, a infraestrutura etc. Repercussão política haveria, quando, por exemplo, de uma causa pudesse emergir decisão capaz de influenciar relações com estados estrangeiros ou organismos internacionais.”MEDINA, WAMBIER; WAMBIER, op. cit., p. 377.

as hipóteses onde existiriam a repercussão geral, observamos que pela teoria sistêmica adotada por Luhmann e Habermas acoplam-se ao mundo da vida ou à sociedade diversos subsistemas, inclusive alguns expressamente exemplificados pela norma processual que determinou a positivação da Repercussão Geral. Dentre eles, estão os já mencionados sistemas: econômico, jurídico, político, além dos sistemas vinculados à ética, à moral e às ciências afins, não expressamente elencados na mencionada norma processual.

Tais sistemas possuem interesses próprios que geram ecos no mundo da vida, na sociedade, e, por tal fato, podem ser objeto de reflexão e de normatização pela corte maior da nação. Inegavelmente, a lei trouxe expressos de forma exemplificativa, os principais subsistemas: econômico, político e jurídico. No entanto, não excluiu os sistemas moral e ético, científico, uma vez que tais sistemas, apesar de serem observados de forma isolada, emitem seus ecos, no mundo da vida, na sociedade, e a norma processual observou esses ecos quando expressamente previu a repercussão social.

Assim, quando uma questão de bioética é levada a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, tal questão encontra relevância não exclusivamente em um único sistema, mas em vários, dentre eles o da medicina, o da ética, o da religião, o da moral. Isso refletirá, inegavelmente, no mundo da vida, ou, como preferiu a lei, no sistema social.

Assim, o rol de interesses previstos pelo parágrafo primeiro do artigo 543-A do diploma processual civil brasileiro é um rol aberto de possíveis matérias a serem debatidas e julgadas pela Suprema Corte brasileira, uma vez que o interesse social, entendido como interesse da sociedade como um todo, pode relacionar-se a qualquer tipo de matéria não expressamente elencada na hipótese inicialmente descrita.¹⁴³

Nesse contexto, um dos elementos legitimadores da norma

¹⁴³ No que se refere à matéria criminal, a doutrina tem se posicionado no sentido dessa também ter que indicar a repercussão geral da questão que vai ser debatida pelo Supremo Tribunal Federal, não bastando para admissibilidade do recurso a matéria versar sobre direito penal. Apesar do mencionado posicionamento, José Henrique Mouta Araújo, em artigo específico sobre a questão, é contrário a tal entendimento, asseverando pela não aplicabilidade da repercussão geral ao processo penal, mesmo porque observa estar implícita a repercussão social quando suscitada em uma afronta constitucional observada em um recurso extraordinário de matéria penal. – Social uma vez que o ato delituoso afeta a coletividade como um todo. – questão que debatemos é se nos crimes de baixo potencial ofensivo há também essa afronta à sociedade? Entendemos de forma negativa, devendo, nesses casos, para que eventual recurso extraordinário seja admitido, haver a necessidade de se comprovar o requisito da repercussão geral.

produzida pelo Poder Judiciário - que em tópico próprio debateremos - é a necessidade de representatividade democrática do concernido envolvido na questão colocada em debate.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal passa a atuar como uma esfera pública¹⁴⁴ palco do debate político de relevância social, onde os concernidos podem ter a opção de ingressarem no debate opondo de forma racional seus argumentos¹⁴⁵, contribuindo com a formação de um entendimento sobre a questão debatida, e galgando avanços na confecção de uma norma democrática e legitimamente produzida pelo Poder Judiciário.

Assim, temos que a Repercussão Geral das questões representativas da controvérsia é o estopim que possibilita eventual produção de uma norma jurídica produzida pelo Poder Judiciário a qual possuirá características gerais e abstratas, em virtude da abrangência e da relevância dos debates e, via de consequência julgamento¹⁴⁶, que a Suprema Corte pode vir a implementar.

¹⁴⁴ Quando nos referimos à esfera pública, trazemos ao trabalho definição de HABERMAS acerca do tema: “Esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, do mesmo modo que a ação, o ator, o grupo ou a coletividade; porém, ele não é arrolado entre os conceitos tradicionais para descrever a ordem social. A esfera pública não pode ser entendida como uma instituição, nem como uma organização, pois ela não constitui uma estrutura normativa capaz de diferenciar entre competência e papéis, nem regular o modo de pertença a uma organização etc. Tampouco ela constitui um sistema, pois, nem que seja possível delinear seus limites internos, exteriormente ela se caracteriza através de horizontes abertos permeáveis e deslocáveis. A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opinião; tomadas de posições e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfiadas em temas específicos. Do mesmo modo que o mundo da vida tomado globalmente, a esfera pública se reproduz através do agir comunicativo, implicando apenas o domínio de uma linguagem natural; ela esta em sintonia com a compreensibilidade geral da prática comunicativa cotidiana. Descobrimos que o mundo da vida é um reservatório para intenções simples; e os sistemas de ação e de saber especializados, que se formam no interior do mundo da vida continuam vinculados a ele. Eles se ligam a funções do mundo da vida, continuam vinculados a eles. Eles se geram e se reproduzem no mundo da vida (como é o caso da religião, da escola e da família), ou ainda a diferentes aspectos de validade do saber comunicativo através da linguagem comum (como é o caso da ciência, da moral, da arte). Todavia, a esfera pública não se especializa em nenhuma dessas direções; por isso quando abrange questões politicamente relevantes, e deixa ao cargo do sistema político a elaboração especializada. A esfera pública constitui primeiramente um estrutura comunicacional do agir orientada pelo entendimento, a qual tem a ver com um espaço social gerado no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana.” Habermas, *Jurgem: Direito e Democracia entre a facticidade e validade*, Vol II; p.92.

¹⁴⁵ “O conceito de argumento é de natureza pragmática: para saber o que é “bom argumento”, é preciso descobrir o papel que ele desempenha no interior de um jogo de argumentação, isto é, saber até que ponto ele, seguindo as regras desse jogo, pode contribuir para a solução do problema da aceitabilidade ou não-aceitabilidade de uma pretensão de validade controversa” no agir comunicativo, não com as funções nem com os conteúdos da comunicação cotidiana.” *Ibidem*, p. 283

¹⁴⁶ Aqui, ao tratarmos de julgamento, não consideramos somente a aplicação direta da norma positiva, mas também o tribunal como julgadores dos melhores argumentos do debate travado na

4.4 ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO, CONDIÇÃO INDISPENSÁVEL PARA LEGITIMAÇÃO DAS NORMAS PRODUZIDAS PELA ATIVIDADE ESTATAL. – A DEMOCRACIA E SEU PERCURSO NA HISTÓRIA

Há vinte e cinco séculos, as antigas repúblicas gregas e romanas, em destaque a cidade-estado ateniense, foram as primeiras manifestações do governo democrático, tais experiências foram preservadas pelos filósofos antigos e medievais até que florescessem com o advento da modernidade.¹⁴⁷

Nos Estados helênicos¹⁴⁸ e romanos, a democracia foi idealizada e praticada sob a forma direta^{149 150}, ou seja, mediante assembleias gerais realizadas com frequência nas praças públicas, o povo governava por si mesmo. Ao observar as cidades-estado gregas, percebe-se que eram pequenas, e um número limitado de pessoas tinha direito de ingerência no destino da cidade por meio do voto, restrito aos cidadãos livres, excluindo mulheres e escravos.

Paulo Bonavides, trabalhando sobre um novo conceito de democracia direta comenta:

Suprema Corte, sendo função, inclusive, a adaptação e a filtragem desse ao paradigma normativo Constitucional vigente.

¹⁴⁷ Podem ser mencionados como os primeiros teóricos da democracia, já entre os gregos, Heráclito, Heródoto, Demócrito, Licurgo, Sólon, Sócrates, Platão, Aristóteles e Políbio, e entre os romanos, Lucrécio, Calústio, Cícero, Sêneca e Tácito. (MALUF, op. cit., p .287)

¹⁴⁸ Luís Roberto Barroso, em seu livro *Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, pontua Atenas, Grécia, como “o berço da democracia, uma vez que era exercida por participação direta dos cidadãos, que reunidos na Ágora, deliberavam sobre as questões de Estado, fazendo de sua assembleia um poder concentrado no exercício da plena soberania legislativa, executiva e judicial”. BARROSO, Luís Roberto **O direito Constitucional e Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.109.

¹⁴⁹ No tocante ao modo de exercício, a democracia pode ser direta, quando o próprio povo delibera e executa o poder; indireta, também chamada representativa, em que o corpo político escolhe os representantes que, por ele, exercitarão o poder; e semidireta ou mista, em que se combinam os elementos das modalidades anteriores. SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010 – atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho, p. 247.

¹⁵⁰ Antoine Garapon faz críticas em torno do que denomina a “ilusão da democracia direta”, abordando sobre os malefícios que a mídia e a participação popular repercutem nos processos, o que promove uma desordem na democracia. “A mídia – sobretudo a televisão – desmonta a própria base da instituição judiciária, abalando a organização ritual do processo, seu iniciar através do procedimento. Ela pretende oferecer uma representação mais fiel da realidade do que as ilusões processuais. Trata-se, portanto, de uma concorrência para a realização da democracia. A mídia desperta a ilusão da democracia direta, quer dizer, o sonho de um acesso à verdade, livre de qualquer mediação. Este sonho é tão antigo quanto a democracia, pelo menos desde quando Ela deixou as fronteiras da cidade de Atenas. Democracia direta e justiça salvadora se retroalimentam; elas tem algo de simétrico. A primeira contorna a regra para buscar a caução diretamente da opinião pública, a segunda emancipa-se da regra em nome de uma verdade transcendental. A primeira convoca todo mundo; a segunda, ao contrário, esquece qualquer controle. A primeira substitui o direito pelo bom senso, a razão pela emoção; a segunda invoca o Estado de direito contra o próprio direito.” GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. 2ª ed. São Paulo: Revan, 2001. p. 75.

O importante e essencial, absolutamente indispensável para definir hoje a identidade da democracia direta, é que o povo tenha ao seu imediato dispor, para o desempenho de uma desembaraçada e efetiva participação, os instrumentos de controle da mesma. Sem isso a participação será ilusória, e o é nas chamadas democracias representativas do Terceiro Mundo, onde aqueles instrumentos compõem, não raro, o biombo atrás do qual se ocultam as mais obnoxias ditaduras sociais de confisco da liberdade humana.¹⁵¹

Na atualidade há extrema dificuldade para reproduzir as democracias diretas. Em nosso sistema, vemos a consulta popular em raras situações, a mencionar o referendo e o plebiscito.¹⁵²

Na modernidade, após um longo período de absolutismo, as democracias resgataram o liberalismo com o jargão “o poder emana do povo e pelo povo deve ser exercido”.¹⁵³ Esse paradigma é trazido no início de nossa carta Constitucional a que qualifica nosso Estado como um Estado de direito democrático.¹⁵⁴ A democracia surge sob a forma indireta ou representativa.¹⁵⁵ O

¹⁵¹ (BONAVIDES, op. cit., p. 499.

¹⁵² A diferença entre referendo e plebiscito é vislumbrada no momento de sua realização. Alexandre de Moraes diz que “enquanto plebiscito é uma consulta prévia que se faz aos cidadãos no gozo de seus direitos políticos, sobre determinada matéria a ser, posteriormente, discutida pelo Congresso Nacional, o referendo consiste em uma consulta posterior sobre determinado ato governamental para ratificá-lo, ou no sentido de conceder-lhe eficácia (condição suspensiva), ou, ainda, para retirar-lhe a eficácia (condição resolutiva)”. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 26ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2010. p. 234.

Já Pinto Ferreira diz que o referendo em sentido restrito “se aplica a uma decisão do povo sobre uma medida legislativa. O plebiscito é a decisão do povo sobre um ato do Executivo”. Entretanto, alerta que alguns autores o identificam como “qualquer decisão do povo sobre uma consulta que lhe é feita”. FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 189.

¹⁵³ Esse é o preâmbulo que consta inclusive no artigo primeiro de nossa Constituição Federal constante no Parágrafo Único da Constituição Federativa do Brasil.

¹⁵⁴ “A configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas reunir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do art. 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a Constituição aí já o está proclamando e fundando”. SILVA, op. cit., p. 119.

¹⁵⁵ Segundo José Afonso da Silva, a democracia representativa “pressupõe um conjunto de instituições que disciplinam a participação popular no processo político, que vem a formar os direitos políticos que qualificam a cidadania, tais como as eleições, o sistema eleitoral, os partidos políticos etc., como constam dos arts. 14 a 17 da Constituição”. Segue dizendo que na democracia representativa “a participação popular é indireta, periódica e formal, por via das instituições eleitorais que visam a disciplinar as técnicas de escolha dos representantes do povo. A ordem democrática, contudo, não é apenas uma questão de eleições periódicas, em que, por meio do voto, são escolhidas as autoridades governamentais. Por um lado, ela consubstancia um procedimento técnico para a designação de pessoas para o exercício de funções governamentais. Por outro, eleger significa expressar preferência entre alternativas, realizar um ato formal de decisão política”. *Ibidem*, 137-138.

princípio da soberania popular¹⁵⁶ manteve-se, apenas transferiu-se o exercício das funções do governo aos mandatários do povo. Com isso, na modernidade, democracia e representação política tornam-se ideias equivalentes: fala-se em democracia e subentende-se o sistema representativo de governo.^{157 158}

Luiz Pinto Ferreira, a partir de uma visão romântica, representa a democracia da seguinte forma:

A democracia representa na “vastidão dos séculos um sonho acalentado pela humanidade, transmitido de geração em geração através dos tempos, e assinalando a marcha para a liberdade, a tolerância e a justiça social. O homem livre e entusiasta, constrói a felicidade e a vida, no esplendor da convivência democrática, com um sentimento de liberdade e de alegre confiança no futuro”. A democracia não é uma classe, nem uma facção, nem um privilégio; é a nação proprietária do governo, o direito de escolha dos representantes populares, o poder organizado da opinião nacional. Na visão do referido autor existem três concepções básicas acerca do regime democrático “ a concepção clássica, afirmando que a democracia é o governo do povo; a concepção liberal, sustentando que ela é o regime realizando uma técnica de liberdade através de uma expressão pluripartidária; e a concepção da democracia

¹⁵⁶ “No princípio da soberania popular segundo o qual todo o poder do estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e construção de um Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso (a), o princípio da soberania popular implica: (b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporciona através de uma justiça independente; (c) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração (d) o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder.

Ad(a) Na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente.” (HABERMAS, 2003, p. 212,213)

¹⁵⁷ MALUF, op. cit., p. 288.

¹⁵⁸ Para Agassiz Almeida Filho concorda com Bockenforde que defende a ideia de que a democracia da modernidade é sinônimo de democracia representativa, embora se tenha a presença esporádica de temperamentos institucionais ligados à tradição da democracia direta. Diante disso, no entendimento de Agassiz, torna-se importante vincular a racionalidade constitucional e a representatividade política. A democracia representativa enfrenta uma problemática: “(...)a eventual falta de relação entre a vontade popular e a atuação dos representantes eleitos pelo povo. Esse problema da democracia representativa se torna dramático no momento em que a representação reverte-se de uma roupagem meramente formal. Na vigência do Estado Constitucional, o funcionamento da democracia representativa precisa repousar sobre alicerces materiais. E a representação tem sentido material, por exemplo, quando o sufrágio universal é secundado pela verificação de condições mínimas de existência, que oferecem ao indivíduo, num certo sentido, as condições básicas para iniciar o exercício da cidadania”. (FILHO, Agassiz Almeida. Constituição e vontade popular. Elementos para a compreensão do princípio democrático. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3157).

econômica, que endossa a opinião de que ela é uma técnica da igualdade”.¹⁵⁹

A ideia de democracia pode ser tomada em duplo sentido – formal e substancial:

Em sentido formal ou estrito, democracia é um sistema de organização política em que a direção geral dos interesses coletivos compete à maioria do povo, segundo convenções e normas jurídicas que assegurem a participação efetiva dos cidadãos na formação do governo. É o que se traduz na forma clássica: todo poder emana do povo e em seu nome será exercido. Neste conceito são pressupostos os princípios da temporariedade e eletividade das altas funções legislativas e executivas.

Em sentido substancial, sobre ser um sistema de governo temporário e eletivo, democracia é um ambiente, uma ordem constitucional, que se baseia no reconhecimento e na garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana.¹⁶⁰

A finalidade do Estado não consiste apenas em realizar a democracia. Mas em manter a ordem sócio-ético-jurídica, há também um fim mediato, que é o de estabelecer, sem distinção, condições favoráveis à realização dos imperativos naturais dos seres humanos. O Estado não promove a democracia simplesmente para ser democrático, assim como o indivíduo não avisa a liberdade apenas para ser livre. A democracia para o Estado e a liberdade para o indivíduo são um meio e não um fim, procurando ambos atingir os seus ideais através da democracia.¹⁶¹

Reunindo ambos os conceitos de democracia, no sentido formal e substancial, segue o referido autor discorrendo que a democracia consiste em um sistema de organização política no qual:

1º) todo poder emana do povo, sendo exercido em seu nome e no seu interesse; 2º) as funções de mando são temporárias e eletivas; 3º) a ordem pública baseia-se em uma Constituição escrita, respeitando o princípio da tripartição do poder de Estado; 4º) é admitido o sistema de pluralidade de partidos políticos, com garantia de livre crítica; 5º) os direitos fundamentais do homem são reconhecidos e declarados em ato constitucional, proporcionando o Estado os meios e as garantias tendentes a torná-los efetivos; 6º) o princípio da igualdade se realiza no plano jurídico, tendo em mira

¹⁵⁹ FERREIRA, op. cit., p. 84 – 86.

¹⁶⁰ MALUF, op. cit. p. 289.

¹⁶¹ Ibidem, p. 290.

conciliar as desigualdades humanas, especialmente as de ordem econômica; 7º) é assegurada a supremacia da lei como expressão da soberania popular; 8º) os atos dos governantes são submetidos permanentemente aos princípios da responsabilidade e do consenso geral como condição de validade.¹⁶²

Pois bem, firmadas algumas concepções da filosofia e do direito sobre a democracia, vemos que ela é o elemento essencial que dá sustentação às normas jurídicas legítimas.

HABERMAS possui entendimento simétrico:

Somente as condições processuais da gênese democrática das leis assegura a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido para as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.¹⁶³

Não estamos, por nós mesmos afirmando que em Estados não democráticos não existam normas legítimas. Até podem existir, eventualmente, as regras/normas produzidas pelos ditadores/governantes podem procedimentalmente estar adequadas ao direito positivo e materialmente estar afetas aos governados, justificando, dessa forma, sua publicação ou prolação em caso da norma produzida pelo Poder Judiciário.

Ocorre, no entanto, que em nosso entendimento é na possibilidade do debate político nas esferas públicas que os concernidos transferem legitimação “material” à norma jurídica, devendo também existir um respeito ao procedimento para o nascedouro da norma.

Assim, para que a norma legislada tenha legitimidade, deverá o cidadão, ou quem o representa, participar do debate político que originou a norma.

Como atribuir, pois, legitimidade à norma jurídica produzida pelo Poder Judiciário, se no procedimento de criação da norma não se prevê ordinariamente o debate político que ocorre, via de regra, junto ao poder legislativo?

A primeira situação que devemos observar guarda relação direta com o procedimentalismo. O respeito às regras de ingresso e garantias de imparcialidade dos magistrados, bem como o respeito às garantias e princípios

¹⁶² Ibidem, p.291.

¹⁶³ HABERMAS, Jurgem: Direito e Democracia entre a facticidade e validade, Vol I; p. 326.

processuais (contraditório e ampla defesa, imparcialidade, enfim, os elementos definidores do *duo process of law*, no sentido processual) são indispensáveis para que exista uma paridade de armas entre os participantes do debate político judicial, como elemento necessário para a legitimação da norma judicial, geral e abstrata, e dessa forma, à primeira vista, para que o judiciário produza regras legítimas.

No entanto, não somente a obediência à procedimentalização se faz necessária para atribuição de legitimidade à norma jurisdicional, sobretudo à norma produzida pela Corte Maior é indispensável também que se firme, para sua confecção, um debate democrático entre representantes diretos às pretensões normativas apresentadas perante o Poder Judiciário, sendo tal debate instruído pelos *amicus cúria*.

Em verdade, o que se faz necessário é uma mudança de conceito na estrutura basilar do processo judiciário, ao invés do processo ter uma paradigma adversarial, deve passar a ser visto pelo viés cooperativo, construtivista, em que as partes atuantes no procedimento devem ser colaboradoras necessárias (e ao falarmos em colaboração não retiramos totalmente o caráter dual argumentativo do processo), levando ao magistrado os melhores argumentos possíveis para confecção das normas jurídicas, a serem produzidas pelo Poder Judiciário, tenham elas eficácia para todos ou somente para as pessoas envolvidas na demanda.

É fundamental para que haja legitimação da norma produzida pelo Poder Judiciário que “povo” participe da criação da norma levando suas posições à Corte, ou seja, a norma jurisdicional que terá efeitos gerais e abstratos deve ser produzida, inevitavelmente, com a participação de representantes populares ou participantes de grupos sociais os quais tecerão seus argumentos de forma racional, e os melhores argumentos vistos pelo membro da corte máxima.

Somente dentro de um paradigma de representatividade popular democrática é que as normas judiciais gerais e abstratas têm a possibilidade de atingirem um caráter de legitimidade.

Para a solução dos problemas sociais e econômicos, não há caminho fixo, solução certa, direção intransponível. O debate democrático não pode ser inerte, pelo contrário, deve acompanhar a dinâmica social evoluindo rumo às

novas realidades e facticidades orientadoras do mundo da vida, buscando um equilíbrio entre a segurança jurídica e a justiça nas decisões¹⁶⁴.

4.5 O DEBATE DEMOCRÁTICO - UM DOS ELEMENTOS LEGITIMADORES DA NORMA JURÍDICA DE CARACTERÍSTICAS GERAIS E ABSTRATAS PRODUZIDA PELO PODER JUDICIÁRIO – REPRESENTATIVIDADE DIRETA REALIZADA PELOS CONCERNIDOS SIMBOLIZADOS PELOS *AMICUS CÚRIA* NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS REALIZADAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Com a instalação do Estado Democrático de Direito e com o seu escopo principal sendo a incorporação de instrumentos que permitissem o acesso do povo à participação no exercício do poder, passou-se, assim, a maior permissão, como direito e dever do cidadão de participação nas decisões políticas caracterizando a chamada democracia¹⁶⁵. A concepção de democracia na atualidade se restringiu, no pensamento da maioria do povo, ao processo eleitoral conquistado. A democracia moderna fundamenta-se no poder soberano, originário do povo, isto é, de cada um dos cidadãos, pois parte de uma concepção individualista da sociedade, tendo como documento fundador as Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão. Contudo, “a democracia não se configura apenas com a vontade geral da maioria, mas também, e principalmente, com a garantia de representação e de proteção às minorias”¹⁶⁶. Portanto, é necessário que a ideia do exercício de democracia seja difundida em todas as instâncias de poder, isto é, não somente na esfera Legislativa, mas também no Executivo e no Judiciário.

Nesse ínterim, o Poder Judiciário, apoiado no sistema de freios e contrapesos, atua como órgão realizador da Justiça e não simplesmente um aplicador da lei. Haja vista, já entendia Hans Kelsen, que o conflito jurídico é um

¹⁶⁴ “O problema da racionalidade jurisprudencial consiste, pois, em saber como a aplicação de um direito contingente pode ser feita internamente e fundamentada racionalmente no plano externo, a fim de garantir simultaneamente a segurança jurídica e a correção”. HABERMAS, op. cit., p.246-247.

¹⁶⁵ Norberto Bobbio leciona que, para os antigos, a palavra Democracia significa literalmente: poder do *démos*, ou seja, o poder de em reunião todos resolverem por si próprios suas decisões. Entretanto, com o passar do tempo, o entendimento sobre o termo *démos* foi estendido para o sentido de “muitos”, “a massa” e, assim, a democracia é entendida como o poder dos muitos ou poder da massa que elegem quem deve decidir, o que difere da primeira concepção de poder de decidir. BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. p. 372

¹⁶⁶ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 751, p. 32-50, maio 1998. p. 48.

conflito de interesses ou de poder, sendo assim, “toda controvérsia jurídica é uma controvérsia política”, portanto pode ser decidida como controvérsia jurídica, uma vez que a jurisdição não é mera reprodução do direito¹⁶⁷.

Hans Kelsen¹⁶⁸ esclarece que o controle de constitucionalidade é atividade jurisdicional com caráter político, que não existe diferença qualitativa entre lei e sentença, uma vez que ambas são produção do direito, portanto a decisão de um tribunal constitucional é um ato de legislação – como crê Carl Schmitt – de produção de direito e, logo, é um ato de jurisdição. Entende, ainda, que a ‘decisão’ tanto está contida na função legislativa quanto na função judicial, portanto ambas possuem caráter político.¹⁶⁹

À infundável questão sobre o déficit de legitimidade democrática inerentes aos membros da magistratura que criam ‘novos direitos’ sem terem sido submetidos às eleições democráticas e populares, contrapõem-se os mecanismos de participação popular direta do poder, como o plebiscito, o referendo, as iniciativas populares de leis, que foram incluídos pelos legisladores constituintes¹⁷⁰, a fim de consolidar as conquistas populares formando o Estado Democrático de Direito.

Portanto, no âmbito dos escopos políticos impingidos ao Estado Democrático de Direito, a participação dos indivíduos na construção da norma se faz cogente, ou seja, “o princípio do contraditório está intimamente ligado ao regime democrático”¹⁷¹.

Nesse sentido, algumas criações judiciais como as de Peter Haberle¹⁷², com os intérpretes da constituição e a sociedade aberta, e de Jürgen

¹⁶⁷ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 251-252.

¹⁶⁸ Hans Kelsen prega o Tribunal Constitucional como órgão neutro, acima do Poder Judiciário, atuante apenas quando chamado a resolver questões de conflitos de poder e de elaboração de leis. É um órgão independente do Executivo e do Legislativo, criado exclusivamente para a garantia da constituição, portanto deve “decidir sobre a constitucionalidade de atos do parlamento (leis) e-ou do governo (decreto) que não tenham sido contestados, cassando tais atos, em sua inconstitucionalidade, e julgando sobre a responsabilidade de certos órgãos colocados sob acusação”(KELSEN, 2003 p. 248)

¹⁶⁹ KELSEN, op. cit., p. 259.

¹⁷⁰ Conforme se anuncia no parágrafo único do artigo 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991

¹⁷¹ OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Recursos no Processo Civil, n. 14). p. 14.

¹⁷² HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

Habermas, com a legitimação do direito por meio da ética do discurso, endossam a necessidade de abertura do processo de interpretação constitucional aos verdadeiros titulares da soberania, o cidadão.

Assim, é indispensável a intervenção do concernido na criação da Norma Jurídica produzida pelo poder judiciário. Tal fato deverá se dar por meio das audiências públicas as quais se caracterizarão como um instrumento de democratização daquela norma, pois abrem espaço para que a comunidade tenha a possibilidade de participar da tomada de decisão, influenciando a posição dos julgadores ante a realização de um debate qualificado entre as diversas posições sobre o tema. Sua convocação tem o objetivo de fornecer esclarecimentos e informações acerca do tema em pauta, com intuito de suprir a carência de conhecimento dos magistrados sobre assuntos de cunho específico e/ou científico e/ou não-jurídico. Esse auxílio é alcançado por intermédio da participação ativa de pessoas que poderiam ou não ter sido partes no processo e que possuam reconhecida autoridade e experiência na matéria debatida, podendo ser convocadas, indicadas ou requererem sua participação como dos membros da audiência pública, formando juntamente com os Ministros um espaço de debate ou como aduz Gilmar Ferreira Mendes “ um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas”.¹⁷³

Assim, o surgimento da figura do *amicus curiae*¹⁷⁴ ¹⁷⁵se deve à necessidade de superar o déficit de legitimação do Supremo Tribunal Federal nas decisões proferidas em controle da constitucionalidade e eficácia *erga omnes*¹⁷⁶, a

¹⁷³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade de processo de deliberação: legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas**. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2011. op. cit., p. 12

¹⁷⁴ *Amicus curiae* refere-se à pessoa, órgão ou entidade que tem como objetivo auxiliar a instrução processual. O *amicus curiae* compõe o quadro dos sujeitos processuais, “é o sujeito processual, pessoa natural ou jurídica, de representatividade adequada, que atua em processos objetivos e alguns subjetivos, cuja matéria for relevante” PINTO, Rodrigo Strobel. **Amicus Curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial**. **Revista de Processo**, ano 32, n. 151, p. 131-137, set. 2007. p. 131

¹⁷⁵ Trata-se o *amicus curiae* dos “Amigos da Corte”, ou de *friends of Court* para os norte-americanos. Isso revela a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* como ferramenta essencial para pluralizar o debate da questão constitucional, permitindo, assim, que todos os setores envolvidos com o tema possam suscitar e trazer ao debate da questão constitucional, outros aspectos além do meramente jurídico já dominado pela Corte julgadora.¹⁷⁵ MORAIS, Dalton Santos. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Revista de Processo**, ano 164, n. 33, p. 205, out. 2008.

¹⁷⁶ MEDINA, Damares. **Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010. (Série IDP),p.30.

qual atribuirá abstração à norma jurídica, como também “surgiu em resposta a vedação de participação de terceiros interessados no modelo concentrado de constitucionalidade”¹⁷⁷. Ele não se agrega à relação processual, pois não tem interesse em fazer parte da relação processual, mas sim de participar. Os efeitos da sentença não o atingem, não fica impedido de discutir a matéria em outra ocasião. “Sua intervenção é política e seu interesse é ideológico”, decorrente do direito à participação, não tem que demonstrar interesse jurídico.¹⁷⁸

Por conseguinte, a intervenção do *Amicus curiae* fundamenta-se pelo princípio da cooperação, faceta específica deduzida do princípio do contraditório, e no poder instrutório do juiz¹⁷⁹. Cássio Scarpinella Bueno leciona:

Contraditório, vimos, é diálogo, é cooperação; é participação *também* no plano do processo. Contraditório é realização concreta, *também em juízo*, das opções políticas do legislador brasileiro sobre o modelo de Estado adotado pela Constituição brasileira. Contraditório é a forma pela qual se efetivam os princípios democráticos da República brasileira, que viabiliza ampla participação no exercício das funções estatais.¹⁸⁰

Assim, o princípio do contraditório “abrange o direito das partes ao diálogo com o juiz”, pois ao processo impõe-se nova ordem: a da cooperação ativa e mútua entre os sujeitos processuais, a fim de se alcançar a melhor solução, pois, “se a jurisdição se exerce em colaboração com os sujeitos do processo, nada mais acertado que admitir ampla participação da sociedade, permitindo que manifestações diversas sejam trazidas ao processo pelo amigo da Corte”¹⁸¹, que se traduz no princípio da cooperação¹⁸².

Portanto, na relação com a figura do *amicus curiae* o princípio da cooperação é “no sentido de diálogo, no sentido de troca de informações, de

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 75.

¹⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004, p. 18-19.

¹⁷⁹ PINTO, Rodrigo Strobel. Amicus Curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 32, n. 151, p. 131-137, set. 2007, p. 133-137. BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 78-85.

¹⁸⁰ BUENO, op. cit., p. 78.

¹⁸¹ CABRAL, op. cit., p. 28.

¹⁸² Segundo Fredie Didier Junior o princípio da cooperação informa e qualifica o contraditório e faz gerar ao magistrado três deveres: o dever de prevenir, de esclarecer e de consultar. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Recurso de Terceiros: Juízo de Admissibilidade**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005, op. cit., p. 77.

municiar o magistrado com todas as informações possíveis e necessárias para melhor decidir”¹⁸³. Observa-se, ainda, que a participação “também tem uma finalidade de colaboração com o exercício da jurisdição”¹⁸⁴, uma vez que “o grau de participação de todos constitui fator de aprimoramento da qualidade do produto final, ou seja, fator de efetividade do processo do ponto-de-vista do escopo jurídico de atuação da vontade concreta do direito”¹⁸⁵.

Ao *Amicus Curiae* compete interagir de forma participativa e direta com o poder judiciário, expressando suas falhas e aspirações sentidas no ‘seu mundo’, “conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não jurídicos”¹⁸⁶, facilitando, assim, a compreensão dos problemas vivenciados por uma parcela de um grupo social ali representado e que será atingida direta ou indiretamente pela norma jurisdicional a ser criada.

Sua admissibilidade “decorre da concepção de democracia deliberativa e participativa e da extensão do conceito de intérprete da Constituição”¹⁸⁷. Em harmonia com esse entendimento Jürgen Habermas sustenta que “para preencher sua função que consiste em captar e tematizar os problemas da sociedade como um todo, a esfera pública política tem que se formar a partir dos contextos comunicacionais das pessoas virtualmente atingidas”¹⁸⁸, afirmando ainda que “em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária que faz a mediação entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado”¹⁸⁹.

¹⁸³ BUENO, op. cit., p. 56.

¹⁸⁴ CABRAL, op. cit. p. 27.

¹⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 293.

¹⁸⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais** - Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 6, n. 25, p. 23-31, out./dez. 1998, op. cit., p. 24.

¹⁸⁷ CABRAL, op. cit., p. 13.

¹⁸⁸ HABERMAS. Jürgen **Direito e democracia entre facticidade e validade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. 2. op. cit., v. 2, p. 97.

¹⁸⁹ Ibidem, p. 107. Jürgen Habermas segue explicando e informando que “Ela representa uma rede supercomplexa que se ramifica espacialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, comunais e subculturais, que se sobrepõem umas às outras; essa rede se articula objetivamente de acordo com os pontos de vista funcionais, temas, círculos políticos, etc., assumindo a forma de esferas públicas mais ou menos especializadas, porém, ainda acessíveis a um público de leigos (por exemplo, em esferas públicas literárias, eclesiásticas, artísticas, feministas, ou ainda, esfera públicas “alternativas” da política de saúde, da ciência e de outras); além disso, ela se diferencia por níveis, de acordo com a densidade da comunicação, da complexidade organizacional e do alcance, formando três tipos de esfera pública: esfera pública episódica (bares, cafés, encontros na rua), esfera pública da presença organizada (encontro de

Essa ideia de participação influenciando na decisão assegurada às partes é corolária ao Estado democrático de Direito cujos “atos do poder só têm legitimidade quando emergentes de procedimento idôneo, segundo a Constituição e a lei e precedidos da participação dos sujeitos envolvidos”¹⁹⁰.

Para levar isso ao cabo de um desfecho harmonioso e justo, o instrumento mais utilizado é a palavra, a linguagem, o argumento que cada participante como *Amicus Curiae* vai manejar da forma que mais lhe convier. É nessa esteira que entra a concepção de Habermas.

A Audiência Pública se encaixa no conceito habermasiano de esfera ou espaço público, descrita pelo autor como sendo “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e *opiniões*; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em *opiniões públicas* enfeixadas em temas específicos”¹⁹¹.

Assim, o processo comunicativo que ocorre durante as sessões na audiência pública onde os ministros ouvem as informações colhidas e trazidas pelos peritos, pelos *amicus curiae*, por informantes que enviam textos abordando o tema debatido e até pelos demais ministros, constitui, em si, uma esfera pública, pois se utiliza da linguagem natural, do agir comunicativo e da sua compreensibilidade orientada para o entendimento.

Ao admitirem a interferência da sociedade, permitindo a participação comunicativa do cidadão no debate de construção de normas constitucionais, evidenciam a necessidade de abertura hermenêutica do judiciário na solução de conflitos, buscando, assim, conferir legitimidade ao ato decisório e, conseqüentemente, a norma construída.

A legitimidade do direito em Jürgen Habermas deve resultar de um processo democrático racional e discursivo da opinião e da vontade, realizado por todos os destinatários da norma a ser por eles mesmos criada, ou seja, a norma jurídica é legítima pelo fato de todos os cidadãos e cidadãs participarem ativamente de sua elaboração. Assim, de acordo com sua concepção de democracia

país, público que frequenta o teatro, concertos de Rock, reuniões de partidos ou congressos de igrejas) e esfera pública abstrata, produzida pela mídia (leitores, ouvintes e espectadores singulares e espalhados globalmente). Apesar dessas diferenciações, as esferas públicas parciais, constituídas através da linguagem comum ordinária, são porosas, permitindo uma ligação entre elas”.

¹⁹⁰ OLIANI, op. cit., p. 44.

¹⁹¹ HABERMAS. Direito e democracia entre facticidade e validade. 2003, op. cit., v. 2, p. 92.

deliberativa, a deliberação, com base em pressupostos ético-discursivos, consiste no elemento central para a legitimidade do processo de representatividade democrática. Observa-se, também, que a validade da norma jurídica na teoria habermasiana está condicionada a determinados procedimentos estabelecidos previamente.¹⁹²

Assim, a audiência pública sendo um *lócus* do debate é, para o presente trabalho, reconhecida como a esfera pública onde, por meio do diálogo, as pessoas expressam opiniões e vontades dentro de liberdades e, ao mesmo tempo, de diretrizes procedimentais previamente estabelecidas, ou seja, a situação de discussão em que se encontram deve ser constituída pelos próprios integrantes de forma cooperativa, determinando, também, os pressupostos dos atos de fala¹⁹³, uma vez que “ a “qualidade” de uma opinião pública constitui uma grandeza empírica, na medida em que ela se mede por qualidades procedimentais de seu processo de criação”¹⁹⁴ .

Pelo princípio da democracia é o consenso que dá legitimidade ao direito e que deve resultar do acordo de todos os concernidos¹⁹⁵. Realmente o consenso habermasiano é dificilmente alcançado, contudo as decisões de cunho político não podem ser abandonadas, devendo, assim, haver um acordo, mesmo que majoritário, que coloque um fim, ainda que temporário, no debate, a fim de que a vida comunitária possa seguir adiante, ou seja, deve prevalecer a regra da maioria que “surge da pressão de decidir, da necessidade de concluir a deliberação sobre uma matéria”¹⁹⁶ .

A vontade da maioria, no entanto, só pode ser aceita, quando precedida de um amplo diálogo público, sendo aceito os mais fortes argumentos, capazes, portanto, de legitimar a decisão sem o consenso de todos os concernidos, ou seja, com o consenso da maioria. Todavia, para que o melhor argumento possa se impor e obter assentimento, faz-se necessário que todos os argumentos tenham iguais condições de ser expostos e apreciados pelos reais detentores do poder de julgamento.

Na concepção de uma Audiência Pública realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal com o intuito de exercer a jurisdição constitucional, a

¹⁹² Ibidem, p. 48-50.

¹⁹³ Ibidem, p. 92-93.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 94.

¹⁹⁵ DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas**: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005., p. 238.

¹⁹⁶ Ibidem.

figura do *Amicus Curiae*, recepcionada neste trabalho como representante de uma parcela da sociedade e intérprete constitucional na concepção de Peter Haberle, deve ter sua admissão pautada em sua atuação por representar interesse na causa como um todo, objetivando a melhor solução, e não quando o interesse se inclina para o ganho de uma das partes, vinculando o seu interesse a uma das causas. Assim, a atuação do *Amicus curiae* não pode possuir influência prévia que almeje beneficiar ou prejudicar a parte. Sua ação deve ser impessoal. Não significa isso, vale ressaltar, que sua atuação seja neutra, pois de qualquer forma haverá uma decisão em que existirá um vencido e um vencedor, e as manifestações existentes colaboraram para o entendimento da melhor solução ao caso.

4.6 A RACIONALIDADE HUMANA, INSTRUMENTO DEPURADOR DAS VONTADES COLETIVAS SOCIAIS. UMA SUBJETIVIDADE?

A racionalidade humana é o elemento diferenciador da espécie frente às demais, é o elemento que coloca o homem no topo da cadeia evolutiva desse planeta.

O homem, enquanto ser racional, certamente é a espécie que mais cria e, por mais paradoxal que seja, ao mesmo tempo, que mais destrói. Essa é a contramão da racionalidade.

Os filósofos, sobretudo do pós-guerra, com enorme propriedade, perceberam tal fato e demonstram em suas obras um extremo pessimismo quanto ao futuro.

Certamente é do conhecimento racional, cognoscitivo, que a espécie humana atingiu no século XX seu ápice. Nunca se evoluiu tanto, nunca se produziu tanto e com tamanha velocidade e, ao mesmo tempo, nunca se matou, devastou ou destruiu tanto com tanta propriedade, como destruímos em pouco mais de cem anos.

A tecnologia e a ciência atingiram esferas nunca antes imagináveis, o que de um lado foi extremamente positivo; de outro, extremamente negativo.

Saímos definitivamente da idade da pedra lascada. Dominamos o micro e o macro. Conhecemos os elementos do átomo e levamos telescópios aos confins do universo. Observamos as estrelas, os planetas, o sistema solar tornou-se

nosso quintal; a Via Láctea, nossa cidade; e o universo, apesar de sua infinitude, o mundo a ser descoberto.

Chegamos aonde Aristóteles, Copérnico, Newton, ou qualquer outro filósofo até o século XVIII, jamais imaginaria que a humanidade pudesse chegar.

De outro lado, toda essa ciência, toda essa tecnologia, todo esse aprimoramento intelectual trouxe-nos pouca evolução no âmbito moral. Continuamos os mesmo homens que matam por comida, que se aguçam ao sentir o cheiro de sangue da presa, que esmagam seu semelhante por um pequeno pedaço de terra ou por um veio de água. Tanto no micro quanto no macro, a humanidade ocupa a primeira infância do ponto de vista da moralidade.

Imperativos categóricos à parte, o homem é puramente domínio, o homem é poder. Consenso? Uma palavra que existe somente em uma operação meramente hipotética? Em uma condição ideal?

O contraponto de toda evolução científica e tecnológica do século XX, levou-nos a duas guerras mundiais, a conflitos espalhados por toda a terra, à impossibilidade de consenso.

A irracionalidade em seu ápice levou o homem a tentar extinguir uma raça, ao genocídio, ao holocausto, o que somente não teve sucesso, por um erro de mira da esquadra aérea japonesa, ao bombardear os Estados Unidos da América.

Que racionalidade é essa? ou melhor, podemos qualificar tais atos humanos como racionais? O holocausto, o conflito entre árabes e judeus, as grandes guerras, vemos em todos esses eventos mundiais elementos ideológicos, políticos, religiosos, étnicos envolvidos.

A “racionalidade”, ao ser mesclada de elementos típicos de um território e de um povo específico, sai do prisma abstrato e geral e passa a figurar na esfera dos sentimentos, pendendo, dessa forma, transpor à (ir)racionalidade.

Não queremos como isso dizer que os argumentos com fundamento na ética, nos costumes locais são irracionais. Por vezes não o são, no entanto em determinadas situações sem qualquer possibilidade de consenso, pode ser necessária a atuação do poder estatal para impor a norma a ser cumprida. Qualquer ato de imposição, qualquer ato de austeridade é indesejável, pois somente vem gerar tensão social que somente é amenizada pelo consenso.

O debate entre os interessados, a atuação racional nesse debate, pode amenizar as tensões sociais e reduzir significativamente a necessidade de atuação do poder.

A racionalidade, nas palavras de Habermas, está diretamente ligada ao discurso e à reflexão. Para o autor: “A racionalidade de uma pessoa é proporcional ao facto de se expressar racionalmente, bem como à sua capacidade de justificar as suas expressões numa perspectiva reflexiva.”¹⁹⁷

O filósofo Alemão chama de imputabilidade¹⁹⁸ a habilidade que uma pessoa possui “se puder comprovar sua orientação para as prestações de validade”.

Pontual a observação de Habermas acerca da racionalidade e da imputabilidade, fato que atribui a um diálogo racional a necessária cognição sobre as questões propostas, e uma pretensa liberdade¹⁹⁹ intelectual acerca da análise do

¹⁹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Racionalidade e Comunicação**. Lisboa: Edições 70, 1996. p.186.

¹⁹⁸ Habermas discorre ainda sobre a imputabilidade nos seguintes termos: “A imputabilidade pressupõe uma auto-relação refletida por parte da pessoa a respeito daquilo que diz, acredita e faz. Esta capacidade está interligada com as estruturas nucleares racionais do conhecimento, da actividade propositada e da comunicação, através das auto-relações correspondentes. A auto-relação epistemológica, implica uma atitude reflexiva da parte do sujeito consciente em relação às suas crenças e convicções; a auto-relação técnico-prática implica uma atitude reflexiva por parte do sujeito actuante em relação à sua própria actividade propositada, seja em termos das suas intervenções estruturais no mundo objectivo, ou das suas relações orientadas para o sucesso com os outros sujeitos com que depara como no mundo objectivo (entendemos o “mundo objectivo” como total das entidades relativamente às quais as proposições de verdades são possíveis). A auto-relação prática-moral do agente comunicativamente actuante requer uma atitude reflexiva em relação às suas acções reguladas por acções; a auto-relação existencial exige do agente uma actitude reflexiva em relação ao seu projecto de vida no contexto de uma história de vida individual que surge, claro está, interligadas a formas de vida colectivas previamente estabelecidas. Além disso, a capacidade de uma pessoa para se distanciar deste modo nestas várias dimensões, bem como as expressões, é uma condição necessária para a sua *liberdade*”. Ibidem, 186-187.

¹⁹⁹ A liberdade surge diferenciada consoante as diferentes auto-relações do sujeito consciente e actuante. A liberdade reflexiva no sentido de desenvoltura cognitiva (*unbefangenheit*) exige a libertação em relação à perspectiva de um participante profundamente envolvido em contextos de acção. Esta é a liberdade que tradicionalmente associamos à perspectiva teórica. A liberdade de escolha (*Willkürfreiheit*) consiste na capacidade de escolher agir racionalmente de uma ou outra forma, ou de dar início a um novo processo na cadeia dos acontecimentos. Com Kant, referimo-nos à capacidade que temos de vincular as nossas vontades com base no nosso discernimento moral como livre-arbítrio (*Willensfreiheit*), ou autonomia. Por fim, a liberdade ética possibilita um projecto de vida deliberado, bem como a estabilização de uma identidade do ego. Como é evidente, estas formas de liberdade são disposições que podem ser atribuídas a uma pessoa, mas as auto-relações que as acompanham devem-se em cada um dos casos à adopção e interiorização da perspectiva que os outros participantes na comunicação têm de nós: na auto-relação epistemológicas e nas diversas auto-relações práticas, cada um de nós, enquanto primeira pessoa em que os interlocutores – ou seja, outros participantes em discursos (empíricos, teóricos, pragmáticos, morais ou éticos) – se concentram nas nossas expressões. Assim, na reflexão da pessoa racional que se distancia de si própria, a racionalidade inerente à estrutura e ao processo de argumentação é *espalhada* de uma forma geral. Contudo, torna-se simultaneamente claro que, ao nível integrativo da reflexão e do discurso, as três componentes da racionalidade – conhecer, agir e falar – se juntam, ou seja se formam uma síndrome. HABERMAS, Jürgen. Racionalidade, p.187.

problema, devendo o “debatedor” concernido estar aberto ao argumento do outro. O sujeito deve refletir inclusive sobre suas crenças, costumes e convicções pessoais e buscar, incessantemente, sob um prisma racional se vincular ao melhor argumento.

Ainda na lição de Habermas, a racionalidade passa por três esferas: a racionalidade epistemológica; a racionalidade teleológica e a racionalidade comunicativa. A racionalidade epistemológica é aquela atrelada a nosso conhecimento das situações que vivenciamos, as quais são reforçadas por proposições que podem ser verdadeiras ou falsas.

O conhecimento epistemológico pode ser verdadeiro ou intuitivo. É verdadeiro quando o interlocutor no ato de fala, sabe por que os juízos formulados são verdadeiros. Caso o interlocutor não saiba tais porquês, o conhecimento é meramente implícito ou intuitivo. Assim, saber os motivos da ação nos fundamenta para eventuais justificações.²⁰⁰

Habermas trabalha a racionalidade epistemológica de forma subjetiva, ao afirmar que: nas sociedades pós-tradicionais, ou seja, sob as condições do pensamento pós-meta-físico, todo conhecimento – na perspectiva da terceira pessoa – é considerado falível (o que também faz parte da gramática da expressão “saber” hoje em dia). Mesmo que na amplitude performativa, ou seja, na perspectiva de uma parte, não possamos evitar considerar incondicionalmente verdadeiro o conhecimento firmado até o final.²⁰¹

Tal assertiva é genuína para o entendimento da necessidade de abstração dos dogmas para escolha do melhor argumento. Todos têm em si pretensões e argumentos verdadeiros. Talvez essas pretensões não sejam

²⁰⁰ De forma a conhecermos algo num sentido explícito, não basta, como é óbvio, a mera familiarização com os factos que podem ser representados em juízos verdadeiros. *Conhecemos* os factos e apenas teremos um conhecimento deles à nossa disposição se simultaneamente soubermos o porquê de os juízos correspondentes serem verdadeiros. Caso contrário, falamos em conhecimento implícito ou intuitivo -, conhecimento “prático” de como fazemos isto ou aquilo. Podemos saber muito bem como fazer algo sem saber o que é que forma essa competência. Pelo contrário, o “saber o que” explícito está implicitamente unido ao “saber porquê” e, nessa medida, orienta-nos para potenciais justificações. Quem quer que acredite ter conhecimento à sua disposição assume a possibilidade de uma justificação discursiva das pretensões de verdade correspondentes. Ou seja, faz parte da gramática da expressão “saber” que tudo aquilo que sabemos pode ser criticado e justificado.

²⁰¹ Nas sociedades pós-tradicionais, ou seja, sob as condições do pensamento pós-meta-físico, todo o conhecimento - na perspectiva da terceira pessoa – é considerado falível (o que também faz parte da gramática da expressão “saber” hoje em dia), mesmo que na atitude performativa, ou seja, da perspectiva de um participante, não possamos evitar considerar *incondicionalmente* verdadeiro o conhecimento afirmado. Apesar desta natureza “platónica” do conhecimento, a racionalidade de um juízo não implica a sua veracidade, mas apenas a sua aceitabilidade justificada num dado contexto. HABERMAS, Jürgen. Racionalidade, p.189.

verdadeiras ao observarmos-as por uma perspectiva social e nem se justifiquem epistemologicamente. Talvez não sejam as melhores posturas a serem adotadas pela sociedade. Ocorre, no entanto, que não podem, tais perspectivas, serem excluídas do debate, sob pena de vilipendiarmos o *status* democrático estatal.

O argumento, observado pelo prisma da racionalidade epistemológica, do conhecimento, pode vir carregado de religiosidade, de técnica, de ceticismo, de esperança. Não existe, na escolha da postura normativa a ser adotada pela sociedade, uma postura correta, mas sim aquela que é alcançada, por meio de um debate, que propomos ser qualificado, feito em qualquer instância do poder estatal (Legislativo, Executivo, e principalmente o Judiciário) a escolha normativa, a proposição que consensualmente é debatida e acolhida pelos representantes dos concernidos ou por quem formalmente e por direito assume tal prerrogativa.

Assim, as experiências humanas, a vida tem significância ímpar no conhecimento epistemológico, pois, por meio da ação, uma das formas pela qual o indivíduo desenvolve seu conhecimento, sua razão prática a qual será expressa por meio da linguagem falada e escrita. Tal conhecimento, inegavelmente atuará como pano de fundo para formação dos juízos de valores os quais serão argumentos colocados nas esferas públicas e nos debates sociais.

Outra forma de racionalidade a qual também se encontra atrelada ao debate argumentativo é, na lição de Habermas, a racionalidade teleológica.

O *telos*, desde a lição de Aristóteles, guarda relação com o fim, a finalidade. A racionalidade teleológica apresentada por Habermas não foge a lição Aristotélica quando explica que:

Toda a acção é intencional. Uma acção pode ser definida como a concretização de uma intenção de uma agente que escolhe e decide livremente. A acção apresenta uma estrutura teleológica na medida em que todas as acções-intenções têm por finalidade alcançar a realização de objetivo preestabelecido²⁰²

O sucesso da racionalidade teleológica ocorre na perspectiva Habermasiana quando o agente:

²⁰² HABERMAS, Jürgen. Racionalidade, p.189.

(i) souber um pouco dessa sucesso (ou porquê de, em circunstâncias normais poder atingir objectivo a que se propusera) e se (ii) esse conhecimento motivar o agente (pelo menos em parte) de tal forma que execute a sua acção por razões que, ao mesmo tempo, possam alcançar o seu possível sucesso.²⁰³

A racionalidade teleológica encontra-se no egocentrismo dos indivíduos ou dos grupos a ele atrelados. Isso, ao nosso ver, pode ser um problema, pois, quando a racionalidade teleológica passa a ser implementada com uma premissa de domínio, o debate pode se comprometer, tornando-se falacioso e vazio. Assim, não basta para a escolha de uma discurso racional teleológico, finalístico, o conhecimento dos motivos do agir teleológico, ou ainda, o porquê agir buscando determinado fim, mas também deve essa acção se justificar com uma eventual possibilidade de sucesso do ato e ser executado bem como em situações teleológicas que busquem melhor solução aos problemas propostos.²⁰⁴

Por fim, Habermas trabalha a racionalidade comunicativa a qual não pode ser reduzida à racionalidade epistemológica ou à racionalidade teleológica.

A racionalidade comunicativa na lição de Habermas:

expressa-se na força unificadora do discurso orientado para o entendimento, que assegura aos falantes participantes no acto comunicação um mundo da vida intersubjectivamente partilhado, garantindo assim simultaneamente um horizonte no seio do qual todos se possam referir a um só mundo subjectivo.²⁰⁵

Enfim, para Habermas, a racionalidade comunicativa age com o fim de buscar um entendimento, um consenso entre os concernidos. Apesar de tal racionalidade não se confundir com a racionalidade epistemológica e com a

²⁰³ Ibidem, p. 191

²⁰⁴ A racionalidade da actividade propositada encontra-se também ela interligada com as duas outras estruturas nucleares do conhecimento e discurso. Com efeito, as condições práticas através das quais um plano de acção racional é levado a cabo estão dependentes da obtenção de informação fiável – acerca de acontecimentos previstos no mundo ou sobre o comportamento e intenções dos outros agentes -, mesmo que, de um modo geral, aqueles que agem de uma forma propositada-racional tenham de ser satisfazer com informação altamente incompleta. Por outro lado, estas informações apenas podem ser processadas de forma inteligente – ou seja, relativamente às máximas e objetivos da tomada de decisões que, por sua vez, foram seleccionados à luz de preferências pessoais – no meio da representação lingüística. Isto é óbvio no caso do tratamento teórico dos problemas complexos de tomada de decisão. Mas as acções-intenções elementares e, da mesma forma, as simples deduções práticas, são linguisticamente estruturadas. Tal como o conhecimento proposital depende da utilização de frases proposicionais, também a acção intencional depende essencialmente da utilização de frases intencionais. HABERMAS, Jürgen. Racionalidade, p.196-197.

²⁰⁵ HABERMAS, Jürgen. Racionalidade, p.197.

racionalidade teleológica, ela possui uma perspectiva de complementaridade, confronto e acomodações no discurso.

Na racionalidade comunicativa, o agente deve primeiramente se entender; em segundo lugar, estabelecer um diálogo com alguém; em terceiro, a respeito de algo. Assim, o entendimento deve ser pessoal, interpessoal e objetivo. Com o conhecimento, no diálogo comunicativo, o agente deve ter entendimento do problema e paridade de armas para estabelecimento de uma comunicação sobre determinado objeto.

Habermas também ressalta a existência de uma “relação tripla entre o significado de uma expressão linguística e (a) aquilo que se pretende dizer (gemeint) com ela, (b) o que é dito nela e (c) a forma como é utilizada MP acto de fala”²⁰⁶

Para se restabelecer o debate, indispensável é que os atos de fala sejam compreendidos pelos indivíduos participantes do debate. O que é dito deve ser ao menos ouvido e compreendido. Os juízos valorativos de verdade e justificação devem ser realizados em um segundo momento, quando as justificações do discurso serão realizadas por meio da linguagem.²⁰⁷

Assim, o objetivo do falante é conseguir se comunicar com o interlocutor, o que Habermas aponta como objetivo ilocutórios. Ao passo que explicita sua concepção acerca da racionalidade comunicativa mais precisamente sobre a necessidade de entendimento pelo ouvinte do debate.

Habermas cita a lição de Wittgenstein que faz três apontamentos acerca da necessidade de se conseguir o entendimento na relação dialógica:

(...) o telos do entendimento é inerente ao próprio meio linguístico. Segundo lugar, o falante não pode conceber o seu objectivo como algo a ser realizado de um modo casual, uma vez que a atitude de “sim” ou “não” de ouvinte é racionalmente motiva. Os participantes na comunicação têm a liberdade de poder dizer “não”. Por fim, os falantes e os ouvintes confrontam-se numa atitude performativa como primeira e segunda pessoas e não como oponentes ou objectos do mundo de entidades acerca do qual estão a falar.²⁰⁸

²⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. Racionalidade, p.193.

²⁰⁷ Mais uma vez, não é apenas aos actos de fala validos que chamamos racionais mas sim a todos os actos de fala compreensíveis a respeito dos quais o falante possa assumir uma garantia creditível nestas circunstancias, no sentido de as pretensões de validade poderem ser, se necessário, justificadas discursivamente. Assim, possível justificação. Idem

²⁰⁸ HABERMAS, Jürgen. Racionalidade, p.193-194.

Ora, o ato do entendimento é a finalidade de qualquer discussão. Não há diálogo, se a finalidade não for o desenvolvimento em um plano cognoscível de comunicação.

O segundo ponto observado por Habermas, extraído da lição de Wittgenstein, guarda relação com a liberdade a ser realizada junto aos juízos valorativos observáveis no ato de fala. A possibilidade de o ouvinte dizer sim ou não à proposição levada ao debate é ato de racionalidade motivado, racionalidade inclusive que passa pelo viés teleológico e epistemológico e que necessariamente para por uma perspectiva de liberdade na aceitação ou não do discurso cognoscível.

A terceira observação passa objetivamente pelo confronto dialógico em que se busca, com o debate entendido e discutido sobre um prisma de liberdade, a construção do melhor argumento. Assim, nessa esfera da racionalidade discursiva, os falantes passam a ser colaboradores necessários para emancipação do discurso com a finalidade de localizarem o melhor termo para a questão, a qual pode ser meramente teórica ou pode ter efeitos e reflexos práticos na sociedade, no mundo da vida.

Na busca tanto do falante como do ouvinte pelo convencimento, ambos devem estar abertos ao diálogo, despidos dos preconceitos e dogmas e possuírem a liberdade de aceitação do melhor argumento.

Em síntese Habermas aposta que

a racionalidade inerente à comunicação reside na ligação interna entre (a) as condições que tornam um acto de fala válido, (b) a pretensão apresentada pelo falante de que estas condições estão satisfeitas e (c) a credibilidade da garantia emitida pelo falante para o facto do poder, se necessário, justificar discursivamente a pretensão de validade.²⁰⁹

Assim, para que a norma produzida pelo judiciário tenha um *status* de legitimação e justificação, o debate democrático instalado perante a esfera pública - audiência pública realizado pelo Poder Judiciário - deve ser motivado pela racionalidade, cuja natureza é epistemológica, teleológica e discursiva.

²⁰⁹ Ibidem. P. 194

4.7 LIBERDADE. ELEMENTO LEGITIMADOR DA NORMA ESTATAL. PLENITUDE DO DIÁLOGO NAS ESFERAS PÚBLICAS

A Liberdade é o ponto insofismável para se garantir a legitimidade das normas estatais. Não há legitimação da norma judiciária sem liberdade.

O conceito de liberdade é um conceito que vem sofrendo mutações ao longo dos séculos, observando os sistemas políticos e filosóficos. A filosofia grega, sobretudo em Aristoteles na obra *Ética a Nicômaco* e em sua obra *Política* trabalha o conceito de liberdade, vejamos:

/.../ é livre aquele que tem em si mesmo o princípio para agir, isto é, aquele que é a causa interna de sua ação ou da sua decisão de não agir. A liberdade é concebida como o poder pleno e incondicional da vontade para determinar a si mesma ou para ser autodeterminada./.../

Dessa forma, na concepção aristotélica, a liberdade se caracteriza pela possibilidade de o homem "escolher entre alternativas possíveis", realizando-se como decisão e ato voluntário, encontra-se diretamente agregada à manifestação de vontade e à ação do homem.

Mesmo na filosofia aristotélica, a liberdade é um tema controverso. Apesar de caracterizar-se pela possibilidade de escolher alternativas possíveis, Aristóteles acreditava que alguns homens não possuíam uma condição natural de serem livres e, dessa forma, deveriam permanecer escravos.

Na *"Política"*, Aristóteles justifica filosoficamente a escravidão pelo prisma natural informando que alguns nasceram para comandar e outros nasceram para ser comandados, assim, não teriam a livre e autônoma condução de suas ações. Vejamos o texto:

Em todas as coisas que resultam de uma pluralidade de partes e que formam uma única entidade comum, sejam as partes contínuas ou separadas, sempre se verá o dominante e o dominado (*to árchon kai to archómenon*). Isto acontece nas criaturas animadas em virtude da ordem da natureza em sua totalidade.
/.../

O vivente, de qualquer maneira, é composto de alma e corpo, e a primeira, por natureza, comanda e o segundo é comandado (*to árchon kai to archómenon*).²¹⁰

A filosofia medieval, representada em sua essência por Santo Agostinho, defende a liberdade de consciência, ou seja, na qual a liberdade de credo tem também sua morada.

Com o advento da filosofia medieval, a metafísica passa a prevalecer sobre os conceitos de liberdade, sobrepondo-se, cada vez mais, a influência do divino, do transcendental sobre tais conceitos. Surge o conceito de livre arbítrio expresso na obra *Confissões* de Agostinho.

Outro viés do conceito de liberdade é o de passagem. A liberdade de passagem ou de ir e vir foi garantida com fundamento na racionalidade humana e no direito divino, imutável, natural que cada um de nós possui desde a concepção até o último suspiro.

Kant, em sua obra *A paz perpétua*, delineia a necessidade de coexistência harmônica e pacífica entre os Estados. A valorosa lição discorre sobre o conceito de Soberania dos povos, e sobre os direitos humanos universais inalienáveis – originados da natureza humana - eternos princípios nascidos da consciência e da justiça.

Nas teorias contratualistas, Rousseau é um dos expoentes e trabalha o conceito de liberdade individual, advindo do respeito às leis e da edificação das instituições.

Há outras nuances do direito de liberdade, discutidas pelos filósofos e cientistas políticos, dentre elas destaca-se a liberdade de reunião, fomentada sobretudo na França do final do século XIX, e a liberdade de associação entre outras.

Dessa forma e por esse breve apanhado, temos que a liberdade, inicialmente observada pelo direito de ação, assume mil facetas, constituindo-se um direito inalienável e estruturante da dignidade da pessoa humana.

Não estamos, neste trabalho, propondo um debate aprofundado acerca do conceito de liberdade, até porque somente esse tema possibilita inúmeras dissertações de calibre infinitamente superior a que ora trabalhamos.

²¹⁰ 20 Pol, I, 5, 1254a 28-32; 1254a 34-36. Aristóteles e a escravidão natural. Boletim do CPA, Campinas, nº 15, jan./jun. 2003 81

O conceito de liberdade, desde a antiguidade grega até nossos tempos, tem sido debatido, vivenciado, evoluindo e regredindo na mesma forma dos fluxos e refluxos das marés político-ideológicas do Estados.

Com o advento dos Estados democráticos, a liberdade de ação, a liberdade religiosa a liberdade de ir e vir positivaram-se e encontram-se expressamente previstas no texto constitucional, como norma pétrea estruturante dos sistemas jurídico-político modernos.

O que nos importa no momento é destacar a necessária liberdade dialógica ou liberdade discursiva dos concernidos no debate político. Cabe aos representantes, diretos ou indiretos, tanto no debate legislativo, como no debate entabulado pelo *amicus curia*, ou mesmo pelos litigantes nas demandas judiciais, travarem um debate livre, que reflita com total isenção de seus interesses privados e ideológicos, as vontades das pessoas que são representadas, e, caso exista autorrepresentação, a manifestação plena e livre de suas pretensões.

Para HABERMAS:

(...) a juridificação simétrica do uso político de liberdades comunicativas corresponde ao estabelecimento de uma formação política da opinião e da vontade, na qual o princípio do discurso encontra aplicação. A liberdade comunicativa está referida, antes de qualquer institucionalização, a condições de uso da linguagem orientado pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o uso público da linguagem comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de conduta e de decisão. Estes fazem supor que todos os resultados obtidos segundo a forma e o procedimento correto são legítimos. Iguais direito políticos fundamentais para cada um resultam, pois, de uma justificação simétrica da liberdade comunicativa de todos os membros do direito; e essa exige, por seu turno, uma formação discursiva da opinião e da vontade que possibilita um exercício da autonomia política através da assunção dos direito dos cidadãos.²¹¹

Deve também ser observado que os representantes, na busca do convencimento, devem estar preparados com os melhores argumentos, fundamentados na racionalidade e na técnica sobre a matéria a ser colocadas em debate.

A liberdade discursiva ou comunicativa é a força motriz do debate democrático, tanto travado junto às esferas públicas de discussão, bem como junto

²¹¹ HABERMAS. Jurgen. Direito. p. 164.

ao poder legislativo e ao poder judiciário. Não existe debate democrático quando as pretensões são maculadas por interesses particulares, egoísticos, desafetos aos interesses dos representados ou, por vezes, na hipótese de autorrepresentação, dos interesses dos particulares. Não existe debate democrático nas esferas públicas quando os agentes representativos se desagregam dos seus representados travando argumentos descontextualizados desvinculados dos sujeitos que são representados.²¹²

Observamos também que a liberdade dialógica somente pode ser exercida em sua plenitude, quando os concernidos têm acesso a informações, a conhecimentos relacionados aos temas em debate. Não são passíveis de crítica aqueles representantes vinculados a concernidos ou a cidadãos que não conhecem seus próprios problemas, e não sugerem eventuais soluções.

A liberdade discursiva é, como inicialmente propomos para o tema desse capítulo, um dos nortes legitimadores da norma produzida pelo Poder Judiciário, ou ainda pelo Poder Legislativo, como pontualmente afirma Habermas:

A Ideia de autolegislação de cidadãos não pode, pois, ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares. A autonomia tem que ser entendida de modo mais geral e neutro. Por isso introduzi um princípio do discurso, que é indiferente em relação à moral e ao direito. Esse princípio deve assumir – pela via da institucionalização jurídica – a figura de um princípio da democracia, o qual passa a conferir força legitimadora ao processo de normatização. A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídicas de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equiparar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a

²¹² De um lado o sistema de direitos conduz os arbítrios dos interesses sujeitos singulares que se orientam pelo sucesso para os trilhos de leis cogentes, que tornam compatíveis iguais liberdades comunicativas de civis, presumivelmente orientados pelo bem comum, na prática da legislação. Aqui rompe novamente a tensão entre facticidade e validade, ou melhor, ela se concentra na circunstancia, paradoxal à primeira vista, de que os direitos políticos fundamentais têm que institucionalizar o uso público das liberdades comunicativas na forma de direitos subjetivos. O código do direito não deixa outra escolha, os direitos de comunicação e de participação têm que ser formulados numa linguagem que permite aos sujeitos autônomos do direito escolher se e como vão fazer uso deles. Compete aos destinatários decidir se eles, enquanto autores, vão empregar sua vontade livre, se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses e passar para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral, se vão ou não fazer um uso público de sua liberdade comunicativa” HABERMAS. Jurgen. Direito, p. 166-167

forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de um direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário.²¹³

A construção de um sistema democrático tem início no debate livre e qualificado nas esferas públicas, para a qualificação do debate é indispensável o acesso a informação²¹⁴, refletindo, inclusive a própria fração do poder cuja emanção, *a priori*, é do povo.

Habermas faz observação sobre o tema:

O princípio segundo o qual todo o poder do Estado emana do povo tem que ser especificado, conforme as circunstâncias, na forma de liberdades de opinião e de informação, de liberdades de reunião e de associação, de liberdades de fé, de consciência e de confissão, de autorizações para a participação em eleições e votações políticas, para a participação em partidos políticos ou movimentos civis, etc.²¹⁵

Assim, para legitimação da norma judiciária, com características gerais e abstratas, o *amicus curia* ou qualquer nome que se der no sistema ao representante popular presente ao debate especializado ou não junto à corte Constitucional, deve ter a possibilidade de lançar argumentos jurídicos, sociais, políticos, econômicos, éticos, morais²¹⁶, de forma totalmente livre, representando no debate, a vontade média de seus representados e com “conhecimento de causa”, ou seja, seu discurso e seus argumentos devem primar pela máxima especialização e

²¹³ Ibidem, p. 158

²¹⁴ “A intuição básica que ligamos a esta prática de argumentação caracteriza-se pela intenção de conseguir assentimento de um auditório universal para um proferimento controverso, no contexto de uma disputa não-coercitiva, porém regulada pelos melhores argumentos, na base das melhores informações”. Habermas Jurgem: Direito p. 283-284

²¹⁵ Ibidem, p.165

²¹⁶ HABERMAS ao dialogar com DWORKIN Dworkin enfatiza que em sua teoria o direito assimilou os pontos de vista morais – “A teoria dworkiana dos direitos apoia-se na premissa segundo a qual há pontos de vista morais relevantes na jurisprudência, porque o direito positivo assimilou inevitavelmente conteúdos morais. Essa premissa não causa nenhuma surpresa para uma teoria discursiva do direito, a qual parte da idéia de que argumentos morais entram no direito através do processo democrático da legislação – e das condições de equidade da formação do compromisso” Ibidem, p.253

racionalidade argumentativa²¹⁷, levando, dessa forma, ao tribunal, argumentos, ou ainda, os melhores argumentos sob a perspectiva do grupo que representa²¹⁸.

4.8 O PARADOXO DA IGUALDADE. ELEMENTO INDISPENSÁVEL PARA LEGITIMAÇÃO E JUSTIFICAÇÃO DA PRODUÇÃO DE UMA NORMA JURISDICIONAL – GERAL E ABSTRATA

O último objeto de debate que trazemos nesse trabalho guarda relação com o princípio da igualdade, o que entendemos como por um paradoxo e um elemento central para criação de normas judiciárias legítimas.

Os regimes democráticos, na maioria, baseiam-se nos ideais fomentados na Revolução Francesa, que, em síntese, resultou em três princípios básicos: igualdade, fraternidade e liberdade.

A liberdade é entendida, ao menos primitivamente,²¹⁹ como a não interferência da autoridade na esfera dos interesses privados; a fraternidade é observada na comunidade politicamente solidária; e a igualdade seria a ausência de privilégios entre os cidadãos que, embora possuam diferentes classes sociais, credo, raça, seriam tratados de forma isonômica.

Essa tríade do pensamento, que teve como um de seus precursores Rousseau, originou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, base das constituições modernas.

Esse processo, foi de suma importância para romper com o poder absolutista dominante na Europa.²²⁰

²¹⁷ “Da lógica dos discursos resulta também o princípio do pluralismo político e necessidade de complementar a formação da opinião e da vontade parlamentar, bem como os partidos políticos, através de uma formação informal da opinião na esfera pública política, aberta a todos os cidadãos” Habermas, Jürgem. Direito, p.214

²¹⁸ A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligados que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis” Ibidem, p. 213

²¹⁹ O conceito de liberdade eminentemente liberal não se presta a atender as necessidade constitucionais no nosso Estado o qual traz expressamente a possibilidade de ingerência nos negócios dos particulares e inclusive no plano econômico. Possibilitar, em uma sociedade de miseráveis, a liberdade negocial plena, preconizada pela revolução francesa, seria o mesmo que condenar a um sistema servil de trabalho a maioria esmagadora da população e possibilitar, como na maioria das vezes se possibilita, que uma grande parcela da população fique à mercê de poucos.

²²⁰ Referencias extraídas da obra de SILVA, Renato de Almeida Vieira. Os Ideais de Igualdade, Fraternidade e Liberdade na Prática Democrática: Rousseau e Habermas. 2011, p.123), disponível em: http://www.jackbran.com.br/lumen_et_virtus/numero4/PDF/OS%20IDEIAIS%20DE%20IGUALDADE%20%20FRATERNIDADE%20E%20LIBERDADE%20NA%20PRATICA%20DEMOCRATIC A.pdf. 20 de dezembro de 2012.

Em Kant, a igualdade também é um dos fundamentos do Direito. A igualdade legitima a limitação à liberdade desde que seja a limitação a todos indistintamente. Portanto, a igualdade dos homens se dá pela sua racionalidade, isso faz que se deva atribuir o mesmo valor a todo ser humano.

Segundo Kant,

Cada membro desse corpo deve poder chegar a todo grau de uma condição (que pode advir a um súdito) a que o possam levar o seu talento, a sua atividade e a sua sorte; e é preciso que seus co-súditos não surjam como um obstáculo no seu caminho, em virtude de uma prerrogativa hereditária (...) não pode haver nenhum privilégio inato de um membro do corpo comum, enquanto o co-súdito, sobre os outros e ninguém pode transmitir o privilégio do estado que ele possui no interior da comunidade aos seus dependentes.²²¹

A igualdade em Kant é inclusiva no sentido de se estender a todos pela universalização. O conceito inclusivo de igualdade, por meio da igualdade aritmética, em que o homem deve participar ativamente, estando legitimado a contribuir para a construção da norma que regulamentará a sua vida.

Segundo Arthur Kaufmann, o princípio da igualdade é puramente formal, pois consiste em tratar o igual de forma igual e o diferente na medida de suas desigualdades. (Esse jargão não é uma novidade, foi repetido outras vezes por Cícero, Aquino e outros tantos pensadores da história da humanidade). O que é diferente ou igual não é contemplado no conceito, (isso torna-se importante para as configurações das previsões legais) nem como deverá ser o tratamento do que é igual ou diferente. Isso se dá pelo fato de que, por óbvio, nada há absolutamente igual ou diferente, sendo, em verdade, mais ou menos semelhante ou dessemelhante. Inexiste uma fronteira óbvia entre igualdade e semelhança:

A igualdade é, portanto, uma igualdade de relações, uma correspondência, uma analogia. O caráter analógico do ser (que não se funda necessariamente na doutrina teológica da *analogia entis* = problema de Deus) é o pressuposto para que possamos alcançar uma ordem no nosso saber e nas nossas relações. Se tudo fosse idêntico, se não houvesse quaisquer diferenças, então seria despropositado, senão mesmo impossível, formar diferentes palavras e diferentes normas. Se não houvesse conexões entre as coisas, então teríamos de ter um nome específico para cada coisa e uma

²²¹ KANT, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa: Edições 70, 1988, p.31

norma específica para cada acção. Só existe ordem com base na analogia do ser, que é algo intermédio entre identidade e diferença, entre absoluta igualdade e absoluta diversidade²²².

A igualdade é o *ethos* da democracia, portanto, observa-se que a ideia de justiça está intimamente ligada à igualdade. Para Kaufmann, não se pode dissociar o conceito fundamental de justiça da ética, da filosofia social e jurídica, bem como da vida política, social, religiosa e jurídica. Portanto, ao responder o que é Justiça pode-se afirmar: “justiça é, no seu cerne, *igualdade*”.

Aristóteles trabalha de forma semelhante a justiça no livro V da obra *Ética a Nicomaco*, ao observar o conceito de justiça diretamente relacionado ao conceito de igualdade.

Embora justiça não seja apenas igualdade, porém, na época posterior a Kant, a justiça foi reduzida exclusivamente ao princípio da igualdade. Apenas esse princípio tinha carácter eminentemente científico, conceito robusto e confiável, ou seja, a doutrina da Justiça limitava-se apenas ao formal.²²³

Sendo assim, para o referido autor, a justiça tem três vertentes:

(...) a igualdade (justiça em sentido estrito), a adequação (segundo outra terminologia: justiça social ou do bem comum) e a segurança jurídica (paz jurídica). Na igualdade está em causa a forma da justiça, na adequação, o conteúdo da justiça, e, na segurança jurídica, a função da justiça.

Deve, em consequência, ser revisto o que acima se disse. A diferença entre forma, conteúdo e função da Justiça radica na necessidade de análise sistemática das diferentes vertentes da Justiça. Na verdade, a justiça é sempre simultaneamente forma, conteúdo e função. A realização da igualdade e do bem comum é função da justiça: o princípio da igualdade não é pensável sem conteúdo; o máximo em comum não é determinável sem forma; e a segurança jurídica não subsiste por si, pois só será seguro o direito que respeite o princípio da igualdade e a justiça do bem comum. A divisão aqui seguida não significa portanto uma diferença de natureza da justiça, mas antes uma diferente acentuação.²²⁴

²²² KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, p. 231 - 232.

²²³ Ibidem, p 226.

²²⁴ KAUFMANN, op. cit., p. 228.

Acreditamos que o conceito de legitimação relaciona-se ao conceito do justo²²⁵ o qual, desde a célebre obra de Aristóteles passa por um conceito de igualdade.

A igualdade nesse ponto deve ser vista tanto pelo viés material, a proteção dos excluídos, com a garantia de seus direitos no ato de constituição da norma jurídica, como por um viés procedimental²²⁶, ou seja, o oprimido, o mais fraco, o hipossuficiente deve ter um tratamento de forma que possa equilibrar sua desigualdade.

Deve também ser garantida ao desigual a possibilidade de seu *ethos*, de seus valores²²⁷, serem escolhidos enquanto melhores argumentos racionais, norteadores da confecção da norma jurídica, após a utilização da técnica judiciária. Dessa forma, a norma produzida pelo poder judiciário será confeccionada em uma base válida de perspectiva, impedindo, dessa forma que o paradigma social dominante reine independente de seu teor argumentativo²²⁸.

²²⁵ “A tensão entre facticidade e validade, iminente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas”. Habermas, *Jürgem: Direito*, p. 245

²²⁶ “Para preencher a função socialmente integradora da ordem jurídica e da pretensão de legitimidade do direito, os juízos emitidos têm que satisfazer simultaneamente às condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente. E, uma vez que ambas nem sempre estão de acordo, é necessário introduzir duas séries de critérios na prática da decisão judicial”. *Ibidem*, p. 246

²²⁷ “A partir do momento em que direitos individuais são transformados em bens e valores, passam a concorrer em pé de igualdade, tentando conseguir a primazia em cada caso singular. Cada valor é tão particular como qualquer outro, ao passo que normas devem sua validade a um teste de universalização. Nas palavras de Denniger: “Valores só podem ser relativizados através de valores; porém o processo através do qual valores são preferidos ou rejeitados escapa à conceituação lógica”. Isso leva Dworkin a entender direitos como “trunfos” a serem usados contra argumentos de colocação de objetivos. É verdade que nem sempre o direito consegue impor-se contra qualquer bem coletivo no âmbito concreto da argumentação que visa à decisão de um caso singular, principalmente quando a primazia de um objetivo coletivo pode ser justificada à luz de princípios. Normas e princípios possuem uma força de justificação maior do que a de valores, uma vez que podem pretender, além de uma especial dignidade de preferência, uma obrigatoriedade geral, devido ao sentido deontológico de validade; valores têm que ser inseridos, caso a caso, numa ordem transitiva de valores. E, uma vez que não há medidas racionais para isso, a avaliação realiza-se de modo arbitrário ou irrefletido, seguindo ordens de precedência e padrões consuetudinários” Habermas *Jürgem: Direito* p. 321

²²⁸ “O positivismo jurídico pretende, ao contrário, fazer jus à função da estabilização de expectativas, sem ser obrigado a apoiar a legitimidade da decisão jurídica na autoridade impugnável de tradições éticas”. *Ibidem*, p. 250

O recurso a um ethos dominante, aprimorado por interpretações, não oferece, é verdade, uma base convincente para a validade das decisões jurídicas, em meio a uma sociedade pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si. O que vale para um vale como topos comprovado historicamente é, para o outro, pura ideologia ou preconceito. As teorias jurídicas realistas reagem a esse estado de coisas. Elas não contestam o valor descritivo da metodologia hermenêutica, porém chegam a uma outra avaliação da pré-concepção que comanda o processo de interpretação. Nos processos de seleção da prática de decisão judicial, aparecem determinantes extrajurídicos, que podem ser explicados através de análises empíricas. Tais fatores externos explicam como os juízes preenchem o seu espaço de decisão; eles permitem também prever histórica, psicológica ou sociologicamente, as decisões judiciais. Na medida em que o resultado de um processo judicial pode ser explicado pelos interesses, pelo processo de socialização, pela pertença a camadas, por enfoques políticos e pela estrutura da personalidade dos juízes, por tradições ideológicas, constelações de poder ou por outros fatores dentro e fora do sistema jurídico, a prática de decisão não é mais determinada internamente através da seletividade de procedimentos, do caso e do fundamento do direito. A lógica própria do direito, já amolecida na visão da hermenêutica jurídica, ou seja, relativizada através da inserção numa tradição, desaparece agora por completo, sob uma descrição “realista” do processo de aplicação do direito.²²⁹.249

Pelo prisma do debate, devemos observar que todos devem estar representados, inclusive os que nominamos excluídos. Para que a regra tenha validade para todos, todos os grupos sociais, inclusive as minorias, devem ter a possibilidade de participar do debate político-democrático, o qual poderá se dar, além das esferas públicas de discussão, junto ao poder legislativo e, principalmente, junto ao poder judiciário, objeto desse trabalho.

É na possibilidade da escolha do argumento das minorias que a norma se legitima por meio da igualdade ou do desigualamento do outro e da possibilidade de aceitação de seus argumentos em sendo os mais racionais. Sobre o tema, Habermas dialoga com Alexy:

Robert Alexy inicia com uma análise das condições do processo dos discursos racionais em geral. As “regras da razão” trazem à tona as idealizações a serem feitas na dimensão temporal, social e material – tempo infinito, participação ilimitada e ausência completa de coerção. No discurso racional, nós supomos condições comunicativas as quais previnem uma quebra não motivada da argumentação; garantem a liberdade de escolha de temas e a inclusão das melhores informações e argumentos, através do acesso universal à

²²⁹ Ibidem, p. 249.

argumentação e da participação simétrica nela, com igualdade de chances, neutralizam qualquer coerção que possa influir sobre o processo de entendimento a partir de fora ou de que decorra desse mesmo entendimento. A única “coerção” permitida é a obrigação da busca cooperativa da verdade²³⁰

É na inclusão do outro²³¹, é na inclusão dos menos favorecidos dos marginalizados no debate político-democrático²³², no posicionamento de suas perspectivas que o princípio da igualdade, inclusive ante a possibilidade de um desigual lançar mão de uma constelação argumentativa, inclusive de cunho valorativo e ético, no entanto, buscando-se, preferencialmente, uma perspectiva de universalidade argumentativa²³³.

²³⁰ Habermas Jurgem: Direito, p. 286.

²³¹ “Nesta perspectiva, os direitos de comunhão e de participação, constitutivos para a formação democrática da vontade, adquirem um lugar privilegiado. E leis que discriminam minorias étnicas ou religiosas, grupos sociais marginalizados, homossexuais, aleijados, velhos, jovens, etc., pecam contra o princípio do tratamento igual, e não somente do ponto de vista do conteúdo. Sob o aspecto do procedimento, Ely entende as classificações implicitamente desiguais, de grupos que deveriam ser tratados de modo igual, como resultado de um processo político deformado nas condições procedimentais democráticas. Por isso, o controle abstrato de normas deve referir-se, em primeira linha, às condições da gênese democrática das leis, iniciando pelas estruturas comunicativas de uma esfera públicas legada pelos meios de massa, passando, a seguir, pelas chances reais de se conseguir espaço para vozes desviantes e de reclamar efetivamente direitos de participação formalmente iguais, chegando até à representação simétrica de todos os grupos relevantes, interesses e orientações axiológicas no nível das corporações parlamentares e atingindo a amplitude dos temas, argumentos e problemas, dos valores e interesses, que têm entrada nas deliberações parlamentares e que são levadas em conta na fundamentação das normas a serem decididas.” Ibidem, p.327-328

²³² “A leitura liberalista da autodeterminação democrática mascara, contudo, o problema das minorias “inatas”, que é percebido com maior clareza a partir do ponto de vista comunitarista, assim como do ponto de vista intersubjetiva da teoria do discurso. O problema também surge em sociedades democráticas, quando uma cultura majoritária, no exercício do poder político, impinge às minorias a sua forma de vida, negando assim aos cidadãos de origem cultural diversa uma efetividade igualdade de direitos”. HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro, estudos de teoria política. Edições Loyola - tradução George Sperber, Paulo. Astor Soethe, Milton Camargo- ano, 2002, p. 170

²³³ Apesar de HABERMAS se referir expressamente ao processo legislativo temos que essa perspectiva pode ser observada na formação de uma norma jurisdicional legítima: “No processo da legislação, pode emergir uma moralidade que emigrara para o direito positivo, de tal modo que os discursos políticos se encontram sob as limitações do ponto de vista moral, que temos que respeitar ao fundamentar normas. Porém, numa aplicação de normas, sensível ao contexto, a imparcialidade do juízo não está garantida pelo simples fato de perguntarmos acerca daquilo que todos poderiam querer, e sim pelo fato de levarmos adequadamente em conta todos os aspectos relevantes de uma situação dada. Por isso, a fim de decidir quais as normas podem ser aplicadas a determinado caso, é preciso esclarecer se a descrição da situação é completa e adequada, englobando todos os interesses afetados. Klaus Gunther demonstrou que a razão prática se faz valer, em contextos de fundamentação de normas, através de um exame de possibilidade de universalização de interesses, e em contextos de aplicação de normas, através da apreensão adequada e completa de contextos relevantes à luz de regras concorrentes. Por conseguinte, os processos jurídicos destinados a institucionalizar a imparcialidade da jurisdição têm que fazer jus a essa idéia reguladora.” Habermas Jürgem: Direito, p.327-328

A legitimação da decisão nessa perspectiva não passa por uma busca pela verdade, a partir da escolha pelo magistrado do melhor argumento, mesmo que não seja o argumento do dominante, mas o racionalmente mais adequado para a resolução do conflito à luz dos preceitos sociais equilibrados com o direito positivo.

Habermas dispõe:

A correção de juízos normativos não pode ser explicada no sentido de uma teoria da verdade como correspondência, pois direitos são uma construção social que não pode ser hipostasiada em fatos. “Correção” significa aceitabilidade racional, apoiada em argumentos.²³⁴

Indispensável, nesse ponto, a necessidade de liberdade do julgador no momento da escolha do melhor argumento²³⁵. Somente assim, o julgador tem a possibilidade de escolher o argumento do menos favorecido, do menos poderoso, do miserável, incluindo-o no debate e atribuindo-lhe possibilidade de interferir democraticamente nos destinos da nação. Dessa forma, legitimam-se as normas produzidas pelo poder judiciário.

²³⁴ Ibidem, p. 281

²³⁵ “É certo que razões paradigmáticas sugerem uma separação entre o poder legislativo e o judiciário, tão logo a configuração dogmática do direito e a cientificação da jurisprudência acarreta uma ampla profissionalização da prática de decisão judicial. Porém, do ponto de vista normativo e da sistemática jurídica, há outros argumentos decisivos. Em primeiro lugar, a diferença lógica e argumentativa entre fundamentação e aplicação de normas reflete-se nas formas comunicativas de discursos de fundamentação e de aplicação, que precisam ser institucionalizados juridicamente, de diferentes maneiras. Em discursos jurídicos de aplicação, é preciso decidir qual das normas tidas como válidas, numa situação dada, e cujas características são descritas de forma mais completa possível, é adequada. Esse tipo de discurso exige, de um lado, uma constelação de papéis, na qual partidos (e, conforme o caso, autoridades políticas mediadoras) podem apresentar todos os aspectos litigiosos de um caso ao juiz, como representante imparcial da comunidade; de outro lado, uma distribuição de competências segundo a qual o tribunal tem que fundamentar seu julgamento perante uma esfera pública jurídica, em princípio limitada”²³⁵
Habermas Jurgem: Direito, p. 215-216

5 CONCLUSÕES

- 1) A teoria da separação dos poderes na qual Montesquieu divide em funções estanques o poder legislativo com a finalidade de criar norma jurídica; o poder judiciário com a finalidade de aplicação da norma legislada aos casos concretos e o poder executivo, com a finalidade de administrar o Estado, apesar das cautelas necessárias para que não haja a volta do absolutismo, deve ser visto com nova roupagem, determinando uma flexibilização do poder, inclusive com a criação, pelo poder judiciário, de normas com características gerais e abstratas;
- 2) O avanço social imprimido, sobretudo, com o avanço tecnológico iniciado no século XIX que teve seu ápice no século XX e XXI, determina uma evolução cujas regras não são acompanhadas exclusivamente pelo poder legislativo, devendo existir uma integração harmônica entre os poderes para existência do debate democrático, facilitador da produção de normas jurídicas legítimas;
- 3) O homem, em todos os tempos, cultuou as regras de conduta como forma de sobrevivência e organização da espécie, nos primórdios sociais as regras de conduta eram impostas pelo elemento coativo originário da divindade;
- 4) Com o avanço das teorias políticas e com a estruturação do estado, a teoria do poder ganha corpo sobretudo na obra de Max Weber, Hana Harent, Foucault e outros, sendo o conceito de poder inicialmente observado como mera imposição de vontades (Max Weber) até visto como um complexo de relações (Foucault);
- 5) Na contemporaneidade, temos que a norma jurídica deve ser cumprida pelo dever e não pela austeridade, pois sua constituição deve passar pelo debate e pelo consenso dos concernidos ao melhor argumento para regulamentação de determinada situação social (facticidade), devendo ser suprimida gradativamente as necessidades sancionatórias, ou ainda, a

necessidade de imposição da norma ante a compreensão, pelo debate democrático criador e pelo consenso para a criação e cumprimento das diretrizes escolhidas pelos próprios concernidos;

- 6) Dentro dessa perspectiva, o direito passa a ser um meio de comunicação entre os sistemas e o mundo da vida que possibilita o debate das diversas perspectivas sociais, sendo não um simples instrumento de confecção de normas, mas um facilitador do diálogo que tende a produzir norma jurídica;
- 7) O ordenamento jurídico possui uma pluralidade infindável de teorias e conceitos que tendem a explicar sua função e comportamento. Fazem parte dele todas as regras e normas sociais, desde a lei, os decretos, os contratos, a sentença e, inclusive, costumes reiteradamente reproduzidos no meio social;
- 8) Temos também que as normas jurídicas podem ser produzidas por todas as esferas do poder: executivo, legislativo e judiciário e que, apesar de em regra, o legislativo produzir normas jurídicas de caráter geral e abstrato, e o poder judiciário, via de regra, produzir regras de caráter específico e concreto, nada impede que as normas produzidas (e essa produção pode compreender a aplicação da norma legislada ou a criação de uma eventual norma jurídica não compreendida expressamente na lei) pelo poder judiciário tenham características gerais e abstratas, similares à norma legislada, divergindo, no entanto, de seu procedimento de criação;
- 9) O objeto inspirador do estudo gravita objetivamente, nas normas produzidas pelo Supremo Tribunal Federal, que entendemos deve deixar de ser um Tribunal de julgamento apenas e passar a ser uma verdadeira Corte Constitucional de hermenêutica e criação inovadora (face à dinâmica social) de norma Constitucionais;
- 10) Para legitimação dessa norma jurídica criada pelos Tribunais, é indispensável a inserção dos concernidos do debate acerca da norma jurídica. Dessa sorte, o Supremo Tribunal Federal e,

eventualmente, os demais Tribunais da nação passam a ser considerados uma esfera pública de discussão, nos moldes observados por Habermas;

- 11) No sistema brasileiro, é dentro do instituto da repercussão geral que se possibilita que a norma proclamada pela Suprema Corte da Nação se torne geral e abstrata, uma vez que, ao se observar que as questões constitucionais de relevância que afetam, se não a toda coletividade, a grandes grupos sociais, a dimensão da extensão daquelas regras também deverá afetar os concernidos que, direta ou indiretamente, estarão vinculados aos efeitos da norma;
- 12) O *status* democrático do Estado também deve ser visto como condição *sine qua non* para legitimação das normas produzidas pelo poder judiciário. Somente por meio da representatividade dos concernidos no debate travado nos tribunais, e sendo esse qualificado, há possibilidade de se atribuir legitimidade às normas criadas pelo poder judiciário;
- 13) O *amicus curia* é um dos possíveis representantes dos concernidos no debate democrático. Não necessariamente precisa ser o único. O sistema positivo pode, com o tempo, possibilitar o ingresso de outras pessoas na esfera judicial pública de discussão sobre os contornos na norma jurídica a ser produzida pelo poder judiciário;
- 14) Indispensável é para legitimação da norma jurídica produzida pelo poder judiciário, que o debate seja qualificado, observando um prisma de racionalidade, a qual qualificamos como sendo epistemológica, teleológica e discursiva, conforme ensinamento de Habermas. É dentro do debate racional e qualificado, na produção de argumentos substanciais, com plenitude do conhecimento dos problemas e possíveis soluções ocorridas no mundo da vida que a norma judiciária se legitima e se justifica;
- 15) A liberdade de expressão e a liberdade comunicativa ou dialógica, individual ou coletiva, atribuída aos concernidos e aos

representantes dos grupos é elemento indispensável para legitimação das normas produzidas pelo poder judiciário;

- 16) A igualdade, consubstanciada no jargão “igualar os iguais e desigualar os desiguais na medida de suas desigualdade” verificada tanto no aspecto material como no aspecto procedimental também é fator indispensável para produção de uma norma legítima. Essa igualdade também deve ser caracterizada pela inclusão no debate dos menos favorecidos, dos mais fracos, proporcionando-lhes participação no debate democrático e racional perante o Tribunal, bem como, que seus argumentos sejam acolhidos, de forma livre, pelos magistrados, caso sejam considerados os melhores para solução do debate controvertido que se apresenta.

REFERENCIAS

- ALEXY, Robert. **Conceito e Validade do Direito**. Tradução: Gercelia Batista de Oliveira Mendes, São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade política e social dos juízes nas democracias modernas. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 751, p. 32-50, maio 1998.
- ALVIM, José Manoel de Arruda. A EC n. 45 e o instituto da Repercussão Geral. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et alii (Coords.). **Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- ARENDDT Hannah. **O que é política?** 5. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2004.
- BARROSO, Luis Roberto Barroso. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo** –1ª Ed. Saraiva- São – Paulo – ano 2009.
- BARROSO, Luís Roberto – O direito Constitucional e Efetividade de suas Normas – Editora Renovar – 9ª Ed., Rio de Janeiro. Ano 2009
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 5ª Edição, 1982.
- BENVILAQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Red Livros. Campinas São Paulo, 2001.
- BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme de Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. Editora Atlas. 6ª Edição, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Editora Universidade de Brasília, 10.ª Edição, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. Editora Malheiros. 6ª Edição, 2007.
- BORGES, Marcos Afonso. Recurso extraordinário e repercussão geral. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 156, p. 41 falta começo e fim, fev. 2008.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1991
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CABRAL, Antonio do Passo. Pelas asas de Hermes: a intervenção do Amicus Curiae, um terceiro especial: uma análise dos institutos interventivos similares: o amicus e o Vertreter des öffentlichen Interesses. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 117, p. 9-41, set./out. 2004.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. **Curso de Teoria Geral do Direito**. Editora Noeses Ltda. São Paulo, 2009.

CASTILHO, Manoel Lauro Volkmer. Recurso extraordinário, repercussão geral e súmula vinculante. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 32, n. 151, p. 112, set. 2007.

CHALITA, Gabriel Benedito Issaac. **O poder**. 2. Ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 1999.

COELHO, Luiz Fernando. **Aulas de Introdução ao Direito**. Editora Manole. 1ª edição, 2004.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Haberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista dos Tribunais - Caderno de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, ano 6, n. 25, p. 23-31, out./dez. 1998.

COLODETTI, Bruno. **O Processo Jurisdicional e a Produção da Norma Jurídica Concreta: a Atividade Criativa do Juiz na Realização dos Direitos**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www.direito.ufes.br/sites/www.direito.ufes.br/files/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20MESTRADO%20-%20UFES%20-%20BRUNO%20COLODETTI.pdf>. Acesso em: 19 de outubro de 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Democracia e Justiça**. Editora LTR, São Paulo, 1993.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Recurso de Terceiros: Juízo de Admissibilidade**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. **Repro**, São Paulo, n. 34, p. 25 - 26, 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil Moderno**. 2ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987.

DINIZ, Maria Helena. **Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: Saraiva, 2007

DINIZ, Maria Helena. **As lacunas do Direito**. 8ª ed. Adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10406, de 10-01-2002 – São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de Introdução a Ciência do Direito**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Razão e consenso em Habermas: a teoria discursiva da verdade, da moral, do direito e da biotecnologia**. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2005.

ELY, John Harte. **Democracia e desconfiança**. São Paulo: Martins Fontes. São Paulo, 2010.

FELDHAUS, Charles. **Direito e Moral, Três Estudos a Respeito da Filosofia Prática de Kant**. Editora Apolodoro, Santa Catarina. 2007.

FERRAZ JR. Tercio Sampaio. **A Ciência do Direito**. Editora Atlas. 2ª edição, 1980.

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 5ª Edição, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 11. ed. 4. impr. São Paulo: Civilização Brasileira; Companhia Nacional, 1969.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva – 5ª Edição – 1991- São Paulo.

FILHO, Agassiz Almeida. **Constituição e vontade popular**. Elementos para a compreensão do princípio democrático. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3157. Acesso em 19 de outubro de 2012.

FOUCAULT, Michael. **Microfísica do Poder**; Organização e tradução de Roberto machado. – Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. Editora Revan. 2ª Edição, 2001.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A arguição de relevância: a repercussão geral das questões constitucionais e federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora Forense. 30ª edição, 2001.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

HABERMAS, Jurgem. **Racionalidade e Comunicação**. Edições 70. Lisboa, 1996

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro, estudos de teoria política**. Edições Loyola - tradução George Sperber, Paulo. Astor Soethe, Milton Camargo- ano, 2002.

Habermas Jurgem: **Direito e Democracia entre a facticidade e validade**, Vol II; tradução Flavio Beno Siebenicheler. Rido De Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert, L.A. **O Conceito de Direito**. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 5ª edição, 2007.

IHERING, Rudolf Von. **A evolução do direito**. Livraria Progresso. 2ª edição, 1996.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa. 2004.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LUMIA, Guiuseppe. **Elementos de teoria e ideologia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Editora Sugestões Literárias S/A. 12ª Edição, São Paulo, 1981.

MACHADO, Roberto. **Por uma genealogia do poder**. In FOUCAULT. Michael. . Rio de Janeiro: Graal Ltda., 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 10. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as leis 11.417 e 11418/2006 e a Emenda Regimental STF 21/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora Atlas. 2ª Edição, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. Editora Atlas. São Paulo. 2010.

MARTINEZ, Soares. **Filosofia do Direito**. Editora Almedina, Coimbra. 3ª edição, 2003.

MARREY NETO, José Adriano. A arguição de relevância na questão federal na interposição do Recurso Extraordinário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 74, n. 593, p. 44, mar. 1985.

MEDINA, Damares. **Amicus curiae: amigo da corte ou amigo da parte?** São Paulo: Saraiva, 2010. (Série IDP).

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Repercussão geral e súmula vinculante: relevantes novidades trazidas pela EC n. 45/2004, In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al.(Coord.) **Reforma do judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. 5. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Malheiros. 28ª edição, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Saraiva. 6ª edição, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle de constitucionalidade de processo de deliberação: legitimidade, transparência e segurança jurídica nas decisões das cortes supremas**. 2011. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/EUA_GM.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2011. op. cit., p. 12

MICHAELIS. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo: Melhoramentos, 1998. p. 1809.

MONTORO, André Franco. **Introdução a Ciência do Direito**. Editora Revista dos Tribunais. 25ª edição, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Editora Atlas S.A. 26ª Edição. 2010

MORAIS, Dalton Santos. Abstrativização do controle difuso de constitucionalidade. **Revista de Processo**, ano 164, n. 33, p. 205, out. 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. Editora Forense. 24ª Edição, 2004.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. Editora Forense. 11ª edição, 2001.

NUNES, Paulo. **Conceito de microeconomia**. Disponível em: <<http://www.knoow.net/cience/comempr/economia/microeconomia.htm>>. Acesso em: 20 abr. 2009.

OLIANI, José Alexandre Manzano. **O contraditório nos recursos e no pedido de reconsideração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Recursos no Processo Civil, n. 14).

ORSO, Paulino José. **A Concepção de Poder em Michael Foucault e as Relações na Universidade Estadual do Oeste do Paraná**. Dissertação de Mestrado defendida em 1996, na UNICAMP, sob orientação do Prof. Dr. Laymert Garcia dos Santos.

PINTO, Rodrigo Strobel. Amicus Curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 32, n. 151, p. 131-137, set. 2007, p.133-137. BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus Curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006.

PINTO, Rodrigo Strobel. **Amicus Curiae: atuação plena segundo o princípio da cooperação e o poder instrutório judicial**. **Revista de Processo**, ano 32, n. 151, p. 131-137, set. 2007.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. Editora Saraiva. 27. Edição. 6. Tiragem. 2006.

SILVA, Renato de Almeida Vieira. **Os ideais de Igualdade, Fraternidade e liberdade na Prática Democrática: Entre Rousseau e Habermas**. Revista Lumen et Virtus. Disponível em: [http://www.jackbran.com.br/lumen_et_virtus/numero4/PDF/OS%20IDEIAS%20DE%](http://www.jackbran.com.br/lumen_et_virtus/numero4/PDF/OS%20IDEIAS%20DE%20)

20IGUALDADE%20%20FRATERNIDADE%20E%20LIBERDADE%20NA%20PRÁTICA%20DEMOCRÁTICA.pdf

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. Editora Malheiros. 11ª Edição, 1996.

SCHOLOSSER, Lizelote Minéia; WICKERT, Lisiane Beatriz. Inserção e a regulamentação da repercussão geral. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 33, n. 161, p. 117, jul. 2008.

SANTOS, Liones Araújo. Retirado do site: <http://pt.shvoong.com/law-and-politics/1711935-conceito-pol%C3%ADtica-em-arist%C3%B3teles/> em 20 de abril de 2009.

SILVA, Renato de Almeida Vieira. **Os Ideais de Igualdade, Fraternidade e Liberdade na Prática Democrática: Rousseau e Habermas**. 2011.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico Conciso** – 2.ª Ed. Editora Forense – Rio de Janeiro – 2010 – atualizadores Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e da ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

WEBER, Max. **A Política como Vocação**. Tradução de Maurício Tragtenberg – Brasília: Editora Univesidade de Brasília, 2003.

WEFFORT, Francisco (organizador). **Os Clássicos da Política**. Editora Ática. 14ª Edição, São Paulo, 2008.