

*João Maurício Adeodato*

### Sumário

1. Introdução dos pressupostos, problemas e teses. 2. Realidade, idéias de razão e linguagem humana. 3. O caminho de Sísifo do Céu à Terra: mundanização do direito justo. 4. Diferenciação e pulverização das ordens éticas: a vitória do positivismo. 5. Sobrecarga do direito como único ambiente ético comum. 6. Sobrecarga da decisão concreta e crise do Judiciário.

### Resumo

O pressuposto gnoseológico desta comunicação diz respeito a três elementos do conhecimento: toda ciência empírica tem que construir pontes sobre os abismos entre eles. No direito esses elementos são o fato juridicamente relevante, as normas ideais e a expressão simbólica desses fatos e normas. O pressuposto ético é o percurso do Céu à Terra, ou da transcendência à imanência, que os critérios de justiça fizeram na civilização ocidental, na evolução do direito natural. O pressuposto sociológico é a complexidade social trazida pela progressiva diferenciação entre o direito e os demais sistemas normativos, tais como religião, política, moral, economia, etiqueta, amor, amizade, sexo etc. e suas conseqüências para a ética contemporânea. Esses três pressupostos levam a duas teses: 1. Eles resultam em uma sobrecarga com a qual o direito dogmático da modernidade não se tem mostrado capaz de lidar. As outras ordens éticas se tornam mais e mais individualizadas e nessa pulverização só resta o direito como “mínimo ético”, pois elas não mais funcionam como amortecedores para os conflitos sociais

de menor potencial entrópico, destrutivo para o sistema social. 2. Dentro desse direito dogmaticamente organizado observa-se uma outra sobrecarga na decisão concreta, mediante um crescente distanciamento entre textos legais e decisões, fazendo, por exemplo, com que aumente a importância do Judiciário em detrimento do Legislativo, inclusive e principalmente na concretização da Constituição (jurisdição constitucional). A complexidade vai tornando o direito mais e mais casuístico.

Essas duas teses querem compreender dois problemas, respectivamente: 1. O primeiro é se há e quais são os limites éticos para as escolhas do poder constituinte (originário), isto é, se há normas previamente válidas em si mesmas, acima do início do direito positivo que se expressa na Constituição. 2. O segundo é se há e quais são os limites éticos para a decisão do conflito concreto, isto é, se o direito genérico positivado na Constituição e demais textos legais pode cumprir esse papel.

### Palavras-chave

Poder constituinte. Ética. Poder Judiciário.

*The epistemological presupposition in this paper concerns three elements of knowledge, with which every empirical science has to deal and to establish bridges over the gaps between them. In modern Law these elements are the legally relevant fact, the ideal juridical norm and the symbolic expression of these facts and rules. The ethical presupposition is the journey from Heaven to Earth, or from transcendence to immanence, made by the criteria of justice in Western Civilization, along the evolution of Natural Law. The sociological presupposition is the social complexity brought by the progressive differentiation of Law from other normative systems such as religion, politics, moral, economy, mores and so on, and its consequences to the contemporaneous ethics.*

*These three postulates lead to two theses: 1. There is an overload which modern dogmatic law has not been able to deal with. The other ethical orders become more and more individualized and in this pulverization only Law remains as the "ethical minimum", since they no longer function as dampers for social conflicts*

*of minor destructive potential. 2. Inside this dogmatically organized Law, another overload comes to concrete decisions, as there is a growing separation between legal texts and judicial ruling in complex societies, increasing the role of judges and diminishing the role of legislators, specially in what concerns concretization of Constitution (constitutional jurisdiction – Verfassungsgerichtbarkeit). Complexity makes Law more an more casuistic.*

*These two theses try to understand two questions, respectively: 1. If there are and which are the ethical limits to the ethical choices of Constitutional Powers, i. e. if there are rules previously valid in themselves, above the beginning of Positive Law, which expresses itself in the Constitution. 2. If there are and which are the ethical limits to the decision of the concrete conflict, that is, if the generic Law made positive in the Constitution and other legal texts may accomplish this role.*

### **Key Words**

*Constitutional power. Ethics. Judiciary.*

## **1 Introdução dos pressupostos, problemas e teses**

### **Pressupostos:**

1. O pressuposto **gnoseológico** deste trabalho diz respeito a três elementos do conhecimento: toda ciência empírica tem que construir pontes sobre os abismos entre eles. No direito, esses elementos são o fato juridicamente relevante, as normas ideais e a expressão simbólica desses fatos e normas.
2. O pressuposto **histórico** de transformação ética é o percurso do Céu à Terra, ou da transcendência à imanência, que os critérios de justiça fizeram na civilização ocidental, nessa evolução do direito natural que aqui é dividida em cinco fases: indiferenciada, irracionalista, teológica, antropológica e democrática. Até a vitória do positivismo.
3. O pressuposto **sociológico** é a complexidade social trazida pela progressiva diferenciação entre o direito e os demais sistemas normativos, tais como religião, política, moral, economia, etiqueta, amor, amizade, sexo etc. e suas conseqüências para a ética contemporânea.

### Problemas:

1. O primeiro é se há e quais são os limites éticos para as escolhas do poder constituinte (originário), isto é, se há normas previamente válidas em si mesmas, acima do início do direito positivo que se expressa na Constituição. E, se os grupos sociais divergem sobre esses limites, é necessário um critério para decidir entre as escolhas éticas antagônicas, o qual, logicamente, também estará acima do direito positivo. Mesmo que hoje se pudesse falar em consensos éticos universais, encontrados nas mais diversas culturas, como a aversão a genocídios, há assuntos mais duvidosos, mesmo dentro da restrita cultura do Estado democrático de direito, tais como a pena de morte, a legalização de drogas, o nepotismo, a reforma fiscal e a súmula vinculante. O problema é decidir qual dessas faz a escolha correta.
2. O segundo é se há e quais são os limites éticos para a decisão do conflito concreto, isto é, se o direito genérico positivado na Constituição e demais textos legais pode cumprir esse papel, seja mediante a teoria da moldura de Kelsen, seja pelo procedimento racional de Alexy, seja na decisão do juiz-Hércules de Dworkin, traduzida no atual debate entre o Estado jurisdicional e o Estado legislativo.

### Teses:

1. A época atual vem trazendo consigo uma sobrecarga com a qual o direito dogmático não se tem mostrado capaz de lidar. As outras ordens éticas se tornam mais e mais individualizadas e nessa pulverização só resta o direito como “mínimo ético”, pois elas não mais funcionam como amortecedores para os conflitos sociais de menor potencial entrópico, destrutivo para o sistema social.
2. Dentro desse direito dogmaticamente organizado observa-se uma outra sobrecarga na decisão concreta, mediante um crescente distanciamento entre textos legais e decisões, fazendo, por exemplo, com que aumente a importância do Judiciário em detrimento do Legislativo, inclusive e principalmente na concretização da Constituição (jurisdição constitucional). A complexidade vai tornando o direito mais e mais casuístico.

## 2 Realidade, idéias de razão e linguagem humana

O primeiro pressuposto deste trabalho é, como dito, de cunho gnoseológico.

Todo conhecimento de fatos, toda ciência empírica, consiste em uma tentativa de unir três elementos diferentes, os quais não podem ser reduzidos uns aos outros, quais sejam: os eventos da realidade, as idéias da razão e as expressões lingüísticas que procuram comunicar essas idéias. Toda a tradição da filosofia ocidental tem se batido em torno da prevalência de um ou outro desses três elementos. Como são utilizados de forma ambígua por essa tradição, vou tentar aqui defini-los mais precisamente.

Os eventos reais são fenômenos únicos e irrepetíveis que se manifestam ao ser humano, aparentemente de forma independente, dentro de um fluxo que denominamos o tempo. Por serem individuais, os eventos reais são incognoscíveis, inadaptados ao aparato cognoscitivo do ser humano, cuja razão somente se processa por meio de generalizações. Isso significa que a razão humana guarda uma incompatibilidade ontológica com o mundo empírico no qual vivem esses mesmos seres humanos. O evento real é assim irracional por ser inexoravelmente contingente. Essa contingência é infinita em um sentido qualitativo, pois nada é igual a nada no mundo real, e quantitativo, já que todo fenômeno individual pode ser sempre mais decomposto em unidades menos complexas, como mostra a dificuldade de a física encontrar a unidade da matéria, de moléculas, átomos, prótons, *quarks* etc.

Os filósofos da vertente de Heráclito e do empirismo têm enfatizado esse aspecto do ato gnoseológico e não é à toa que tendem ao ceticismo quanto à plenitude do conhecimento.

A filosofia ocidental tem denominado o segundo elemento das mais diversas maneiras, como *quiditas*, essência, *eidos*, universais, mas vamos chamá-lo idéia, em homenagem a seu ilustre descobridor, Platão. A razão humana tem essa faculdade: defronta-se com os mais diversos eventos e constrói uma “imagem” que com eles não se confunde, mas que permite ao ser humano lidar com esses eventos. Exemplificando, depois de ter contato com um sem-número de mesas em sua experiência real, o ser humano sintetiza uma idéia de mesa que vai lhe permitir, ao se defrontar com uma nova mesa no futuro, (re) conhecê-la e agir. Assim, a razão é sempre geral. Esse processo é extremamente complexo e tem preocupado os mais diferentes pensadores, da teoria das causas de Aristóteles às essências eidéticas de Husserl e às redes neurais da teoria da computação. O que faz de determinado objeto uma mesa? Como retirar seus aspectos individuais e chegar a sua “essência”? Observe-se que “mesa” parece uma idéia bem mais simples do que as de “improbabilidade administrativa”, “moderação de meios” ou mesmo “justiça”.

Platão considerou essas idéias como existentes em si mesmas, ontológicas, os nominalistas as entendiam como *flatus vocis*, meras palavras ocas, o pragmatismo de Rorty as considerou como resultado de um desenvolvimento cultural seletivo e contingente<sup>1</sup>. Mas parece claro que todo sujeito procede a esse tipo de síntese em sua experiência com o mundo real.

---

<sup>1</sup> PLATÃO. Parmenides. In: **The dialogues of Plato**. Transl. by Benjamin Jowett. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, p. 486-511. v. 6. (Great Books of the Western World). Para Platão os

Os filósofos da vertente de Parmênides e os chamados racionalistas enfatizam esse elemento generalizante.

A dificultar ainda mais a vida humana no mundo, essas idéias são também únicas em relação ao sujeito que as produz, pois cada pessoa seleciona alguns, e ignora outros, dentre os infinitos componentes individualizados de sua experiência da realidade. Daí ser a idéia incomunicável em sua plenitude, necessitando do terceiro elemento do conhecimento, a expressão simbólica propiciada na linguagem. Por conseqüência, há também uma incompatibilidade ontológica entre as idéias e as expressões simbólicas que buscam comunicá-las. Por isso os mal entendidos, os “ruídos” na comunicação humana.

Embora o tema dos universais, os nominalistas e outros tenham atentado para esse terceiro elemento, é só mais recentemente que a filosofia ocidental passou a cuidar mais especificamente dele, sobretudo por meio da semiótica e da teoria da linguagem e da comunicação.

Como conhecimento de dados empíricos que é, também a teoria do direito tem que se haver com esses três fatores. Assim, é preciso unir evento real, idéia e expressão simbólica, ou, mais especificamente, estudar as interferências recíprocas entre o fato juridicamente relevante, a norma jurídica e as fontes do direito. As diferenças entre a norma (o significado ideal para controle de expectativas atuais sobre condutas futuras) e os símbolos lingüísticos que a exprimem (os significantes revelados pelas chamadas fontes do direito) são particularmente importantes para a interpretação e a argumentação jurídicas. E, conforme se verá adiante, quanto mais diferenciada a sociedade, maior a distância entre os textos normativos (fontes) e as normas jurídicas (idéias).

### 3 O caminho de Sísifo do Céu à Terra: mundanização do direito justo

O segundo pressuposto deste trabalho diz respeito à particular evolução da ética na civilização ocidental.

Em sociedades mais primitivas, observa-se um fenômeno que aqui vai se chamar de indiferenciação ética. Isso significa que as diversas espécies de normas éticas não se distinguem, estando o direito intrinsecamente mesclado com política, moral, religião etc. Também não há distinção entre o direito justo e o direito posto. Diversamente dos modernos, que avaliam claramente determinado conteúdo do direito positivo como “injusto”, o que se revela, por exemplo, na separação entre legalidade e legitimidade, em sociedades indiferenciadas a realidade do poder é sempre justa. Lentamente, nos

---

universais existem antes dos objetos, diferentemente de Aristóteles, para quem os universais estão nos próprios objetos (teses depois denominadas *universalia ante rem* e *universalia in re*, respectivamente). RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução de Antônio Trânsito. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 51 s.

90 primórdios da chamada civilização ocidental, começa esse processo de diferenciação ética. Daqui vai nos interessar a evolução do direito natural por meio dessa progressiva separação entre o direito justo e o direito posto. Mas antes cabe uma preliminar sobre a metodologia dessa visão histórica.

Procura-se compreender aqui a história sob um ponto de vista sisífico e não escatológico. Isso significa que esse processo de mundanização do direito natural, como pressuposto ético, e o processo de diferenciação e conseqüente pulverização da ética, como pressuposto sociológico, não são considerados aqui como um caminho evolutivo inexorável das civilizações, isto é, além de haver muitas culturas a que esse desenvolvimento é inteiramente estranho, nada indica que elas vão passar por ele. Vários sistemas sociais não ocidentais ou na periferia do Ocidente constroem outras formas de organização também complexas e estáveis, estrategicamente bem sucedidas.

Na mitologia grega, Sísifo foi um rei da cidade de Corinto que teria denunciado ao deus-río Asopo o rapto de sua filha por Zeus, colocando o deus maior em maus lençóis. Segundo outra vertente mitológica, Sísifo teria aprisionado Hades, o deus dos infernos, impedindo que os seres humanos morressem durante certo período, um igualmente grave pecado. De toda forma, foi condenado a carregar uma grande pedra montanha acima, sem jamais conseguir chegar ao cume, pois no caminho a pedra se lhe escapava e ele tinha que apanhá-la e retomar sua tarefa<sup>2</sup>. Essa pedra representa a história, repleta de avanços e recuos, imprevisível. E Sísifo é a humanidade, carregando seu fardo histórico nessa montanha íngreme que é o mundo.

Essa visão da história deve assim ser entendida em oposição às concepções que assumem não apenas uma perspectiva omnicompreensiva da História, mas também procuram prever o que está por vir, respondendo a uma curiosa tendência atávica do ser humano na direção das escatologias que o fazem sentir-se mais seguro.

Voltando às relações entre o direito justo e o direito posto, pode-se verificar que, depois de um longo período de indiferenciação, vem uma fase em que a distinção ontológica parece nítida, mas não há a mesma clareza sobre qual seria o critério de distinção, ou seja, não há diferenciação gnoseológica. De Sófocles e Platão a Plotino e Agostinho estão presentes as características básicas desse jusnaturalismo não-gnoseológico, quais sejam a consciência da diferença entre o posto (empiricamente observável, efetivamente controlado pelo poder) e o justo (emanado da natureza, de Deus) e, em caso de conflito, a prevalência do direito natural sobre o positivo. Como os desígnios de Deus são inescrutáveis para a salvação, segundo Agostinho, também o são as ordálias no processo penal medieval, os temíveis “juízos de Deus”. O direito de

---

<sup>2</sup> HAMILTON, Edith. **Mitologia**. Tradução de Jefferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 460, e PINSENT, John. **Mitos e lendas da Grécia antiga**. Tradução de Octavio Casado. São Paulo: EDUSP/Melhoramentos, 1978, p. 49-50.

Deus é intrinsecamente justo, pode-se dizer “racional”, mas essa racionalidade é vedada ao ser humano: o que vale é a graça e a graça é inexplicável.

Os primeiros critérios organizados são trazidos pela Igreja. Não a Igreja ainda em luta contra as heresias dos tempos de Agostinho, mas a Igreja de Tomás de Aquino, Católica Apostólica Romana, vitoriosa e pacificada em sua ortodoxia filosófica. Apropriando-se da perspectiva aristotélica do direito natural, insere aí a necessidade de uma hermenêutica oficial da Igreja. Quer dizer: o direito justo já pode ser gnoseologicamente percebido, mas a razão não é suficiente, embora ele seja intrinsecamente racional. Uma percepção adequada necessita da fé, da autoridade, da revelação. Por isso a *lex humana* precisa da intermediação da *lex naturalis* para perceber os eflúvios da *lex divina* e o direito natural, interpretado pelo clero, passa a critério de legitimidade do direito positivo. A Igreja já forjara a “Doação de Constantino” e, mais do que isso, era a herdeira da *auctoritas* romana, constituía a fundação representada pelo nascimento do Cristo, a instituição terrena acima do poder secular<sup>3</sup>.

À decadência da Igreja Católica nos negócios humanos vai corresponder a ascensão do Protestantismo e sua visão filosófica e jurídica sobre o mundo. O direito justo não mais necessita da mediação da Igreja. Ele vem de Deus, sim, mas sua racionalidade pode ser percebida por qualquer pessoa e o justo está acima do próprio poder de Deus, como na famosa frase de Grotius<sup>4</sup>. Ora, mas se Deus fala a todos os corações e mentes e se todos têm acesso ao critério, como proceder diante das óbvias divergências humanas sobre o que é justo? Assume-se que o critério é racional e não necessita da intermediação de um clero iluminado, sim, mas é preciso achar um critério para resolver as divergências entre pessoas que o percebem diferentemente. Daí o próximo passo nesse caminho do Céu à Terra, a politização da igualdade.

A próxima e última fase, antes da vitória do positivismo, será aqui chamada de jusnaturalismo democrático, pois a voz do povo passa a ser a voz de Deus: todo indivíduo político deve externar sua percepção do critério do justo. Inicialmente há desconfiança para com o princípio da maioria e a universalidade do voto, mesmo da parte dos defensores da democracia. É assim que Rousseau, Locke, Hegel e outros vão procurar instâncias diversas de legitimidade, argumentando que o critério do que é justo nem sempre está com a maioria, podendo ser eventualmente “conduzido” por um grupo social minoritário. Menos ainda pensavam os primeiros democratas modernos em estender a todos indivíduos o direito de voto.

---

<sup>3</sup> Sobre a “Doação de Constantino”, RUSSELL, Bertrand. **History of western philosophy: and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day.** London: Routledge, 1993, p. 387-388. Sobre a *auctoritas*, ARENDT, Hannah. What is authority? **Between past and future: eight exercises in political thought.** New York: Penguin Books, 1980, p. 91-141.

<sup>4</sup> GROTIUS, Hugo. **De jure belli ac pacis.** (Del derecho de la guerra y de la paz). Tradução de Jaime Ripoll. Madrid: Reus, 1925, p. 54. (Livro I, cap. I, § X, 5)

Acontece que a Vontade Geral ou o Espírito do Povo revelaram-se conceitos metafísicos de pouca utilidade jurídico-política e de difícil determinação conceitual. No outro sentido, o alto grau de maleabilidade política do princípio da maioria, mais adequado à crescente complexidade social e pulverização ética, o fazem completo vencedor na modernidade ocidental. No início limitado por restrições censitárias, capacitárias e outras, lentamente o princípio da maioria vai sendo tomado pela universalidade do voto.

#### 4 Diferenciação e pulverização das ordens éticas: a vitória do positivismo

A Escola da Exegese francesa inaugura um postulado fundamental de todo positivismo: se todo indivíduo político é igual – embora a universalidade do voto só viesse a se impor mais tarde –, se esses indivíduos divergem e se não há um critério claro para determinar que grupo carrega a “Vontade Geral” ou o “Espírito Objetivo”, mais prático é aderir definitivamente ao princípio da maioria.

Na definição corrente da concepção positivista, endossada inclusive por adversários<sup>5</sup>, um comando normativo tem caráter jurídico quando é efetivamente cumprido por seus destinatários ou, em não o sendo, suas sanções são efetivamente aplicadas. Os critérios distintivos do direito trazidos pela modernidade, tais como exterioridade, autonomia e coercitividade não apresentam conteúdo ético prévio. O positivismo tem pretensões de universalidade, sim, mas de caráter meramente formal, procedimental. Segundo a solução oferecida pela modernidade democrática para o dilema do conteúdo ético, o direito passa a defini-lo, em primeiro lugar, de acordo com as inclinações da maioria, pois justo não é este ou aquele padrão de conduta, como permitir ou proibir o aborto, o comércio de armas ou de sexo, mas sim aquilo que a maioria decide como justo; em segundo lugar, o direito assume um conteúdo ético essencialmente mutável, pois sempre será possível que novas majorias decidam por opções éticas divergentes em relação às anteriores.

É daí que o positivismo exegético evolui para um decisionismo concretista, vai perdendo seu caráter cientificista e tornando-se mais e mais casuístico. A complexidade social crescente provoca um aumento cada vez maior no dissenso a respeito da significação concreta dos textos normativos, diminuindo a importância do Poder Legislativo e enfatizando o papel do Judiciário e demais agentes casuísticos. A idéia normativa não mais se concretiza no texto legislado, na jurisprudência ou mesmo no precedente, meros dados de entrada, mas sim na decisão concreta. A “racionalidade” do direito, mais do que casuística, passa a casual.

---

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg-München: Alber, 1992, p. 31 s.

Essa evolução do positivismo está visceralmente associada ao terceiro pressuposto aqui tomado, de cunho sociológico, e apóia-se no conceito de diferenciação.

Diferenciação social, para explicar de forma bem simples, implica maior grau de complexidade, significa admitir cada vez mais novas possibilidades de conduta, de concepções normativas e opções éticas.

Imagine-se uma rede partindo de um só ponto, e sempre se bifurcando, e depois outras redes, oriundas de pontos diversos, entrelaçando-se. Assim vai o processo de diferenciação. A ética surge com Sócrates, diferenciando-se da ontologia. A ética se separa da técnica. A ética se divide em religião, direito, moral, política, etiqueta. O direito, por seu turno, divide-se em posto (positivo) e justo (natural). O direito positivo constitui os sentidos objetivo e subjetivo, o direito objetivo se separa em público e privado, o direito privado se divide em civil, empresarial, do trabalho, o direito civil diferencia o direito de família e o direito real, o direito do trabalho se divide em individual e coletivo, a responsabilidade civil diferencia-se da penal. A lista de exemplos poderia ser muito maior. Mesmo sem ser determinante, o rastreamento etimológico pode ajudar como método de investigação, pois as diferenciações das palavras já indicam o caminho, como em *auctoritas* e *potestas*, *jus* e *lex* ou *law* e *right*. Mas isso demandaria um outro estudo, que não pode ser feito aqui.

Esse processo pode ser percebido em qualquer dessas diferenciações mencionadas. Para esclarecer melhor o conceito pode-se tomar como paradigma a diferenciação entre ética e técnica.

A distinção não é evidente para os gregos, ainda que Aristóteles já se tenha preocupado em estabelecê-la<sup>6</sup>. Para a gente moderna, é clara a diferença entre a maldade (ética) e a incompetência (técnica), o que, na teoria do direito, reflete na relevante distinção entre dolo e culpa, para dar um exemplo. Se a incompetência que causa danos merece ser punida, a maldade merece sê-lo com mais rigor, assim como o princípio da boa fé procura premiar a boa vontade ética em que pesem desvios técnicos. Mas, em Sócrates, toda ignorância é um mal, pois o mal provém exatamente dela, vez que quem conhece o bem o pratica.

Vêm dos primeiros cristãos as tentativas mais bem sucedidas na diferenciação entre os desvios éticos e os técnicos, ao oporem *fides* e *intellectus* e afirmarem a maior importância de um coração puro em relação à sabedoria técnica, vez que, como diz Mateus, “felizes os pobres de espírito, porque deles é o reino dos céus”<sup>7</sup>, na mesma direção de Paulo de Tarso, que afirma: “Cuidai de que ninguém vos leve novamente à

<sup>6</sup> ARISTÓTELES. *Nicomachean ethics*. (VI, 4, 1140a). Tradução de W. D. Ross. In: **The works of Aristotle**. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990, p. 333-436; p. 388-389. v. 8. (Col. Great Books of the Western World).

<sup>7</sup> Evangelho de Mateus, 5 (3). ARENDT, Hannah: *Tradition and the modern age*. In: **Between past and future: eight exercises in political thought**. New York: Penguin, 1980, p. 31; 35 s.

94 escravidão com filosofias falazes e vãs, fundadas em tradições humanas e não em Cristo”<sup>8</sup>. O bom, o bem e o belo não estão mais no conhecimento técnico, pois os desígnios de Deus são inescrutáveis, mas sim no querer crer<sup>9</sup>. A vontade purificada pela fé é a fonte da ética.

Diferenciação significa, então, aumento de complexidade, e uma sociedade menos diferenciada, mais homogênea, é menos complexa. Complexidade, tal como entendido aqui o conceito, constitui o conjunto de condutas possíveis em um determinado contexto. Estão fora da complexidade as condutas impossíveis, tais como, pelo menos para a racionalidade moderna, estar em dois lugares ao mesmo tempo ou voar até Alfa Centauro como o super-homem. Mas está dentro da complexidade a possibilidade de ser atropelado ou assaltado na rua, assim como a de que alguém entre na Faculdade de Direito e dispare uma metralhadora a esmo.

Só que o ser humano não consegue lidar com essa complexidade, pois ninguém seria capaz de viver em sociedade se tivesse efetivamente toda a complexidade presente em todo momento da vida. Aí a função da norma: reduzir a complexidade para garantir expectativas de condutas futuras, controlar no momento presente o futuro, já que este é incontrolável. Imagine-se o exemplo daquele cientista que, para não ocupar sua mente com decisões sobre que roupas usar, escolhe determinado padrão que lhe serve para qualquer ocasião, uma roupa nem tão elegante que chame atenção no ônibus, nem tão esportiva que não lhe permita entrar no tribunal, e aí adquire-as todas iguais: camisa, paletó, calça, gravata, meias, sapatos. Em situação oposta está aquele adolescente que, diante de seu muito bem sortido guarda-roupa, perde a festa a que gostaria desesperadamente de ir porque não conseguiu escolher a roupa apropriada e agora já são cinco horas da manhã e a festa acabou. Entre esses dois extremos de anomia, um que elimina a complexidade e outro que não consegue controlá-la, estão os “normais”, aqueles que guiam-se por normas para garantir suas expectativas de ação.

Ocorre que, em uma sociedade extremamente diferenciada, a complexidade é mais e mais ampliada, prejudicando a compatibilização entre as expectativas dos seres humanos, as quais se tornam progressivamente mais individualizadas e reciprocamente contraditórias, dificultando a comunicação. Isso traz as duas teses relevadas por estas reflexões, as quais tomam apoio nos três pressupostos apresentados.

Em primeiro lugar, em sociedades menos complexas, as demais ordens éticas amortecem os conflitos sociais, fazendo com que só cheguem ao direito os mais graves, que demandam soluções coercitivas. Isso significa que a complexidade crescente pulveriza os conteúdos éticos, pois cada indivíduo tem sua religião, sua moral, sua etiqueta, sua visão política, sua orientação sexual etc. e o direito passa a ser o único ambiente ético comum.

---

<sup>8</sup> TARSO, Paulo de. **Epístola aos Colossenss**, 2 (8).

<sup>9</sup> ARENDT, Hannah. **The life of the mind**. Willing. New York-London: Harvest-HJB, 1978, p. 67 s.; 84 s. v. 2.

Em segundo lugar, em uma sociedade altamente diferenciada os signos lingüísticos tendem a se distanciar cada vez mais de seus significados. No caso do direito, os textos normativos são compreendidos diferentemente pelos diversos indivíduos e grupos, pois cada um reage a seu modo diante de expressões como “mulher honesta”, “interesse público”, “moderação de meios” e demais termos abundantes na legislação. Isso torna a lei menos funcional no trato com os conflitos e sobrecarrega os envolvidos na decisão concreta.

## 5 Sobrecarga do direito como único ambiente ético comum

Como visto, o justo já passara a ser aquilo que a maioria tem como justo, fruto de consensos circunstanciais e localizados. Esse critério democrático para lidar com a complexidade e as extremadas diferenciações levadas a efeito no Ocidente provoca um esvaziamento de conteúdo axiológico prévio, um excesso de disponibilidades éticas na positivação do direito. Em outras palavras, a escolha entre opções éticas possíveis concentra-se em como aferir a opinião de todos, vale dizer, torna-se formal, processual, procedimentaliza-se.

Mais ainda, esse procedimento também é desprovido de conteúdo ético específico, é a institucionalização da mutabilidade, que Luhmann diz ser uma característica da positivação do direito, quando todas as valorações, normas e expectativas de conduta precisam ser filtradas por processos decisórios<sup>10</sup>. Como o direito torna-se procedimento, seu conteúdo modifica-se e até o próprio procedimento está sujeito a novas decisões, segundo novos procedimentos, todos formais.

Depois de positivada a Constituição, feitas determinadas escolhas éticas básicas, claro que os poderes legislativos derivados, nos sistemas democráticos, precisam respeitá-las. Mas, em que pese a posição contrária das linhas dominantes na Filosofia do Direito contemporânea, o poder constituinte efetivamente originário não parece ter qualquer limite ético prévio. Mais ainda, depois de estabelecidas suas escolhas, a legitimidade do direito passa a ser uma questão de validade legal, pois os textos derivados são corretos na medida em que frutos de autoridade competente e rito de elaboração concordante, mais uma vez critérios puramente formais.

Se a positivação originária da Constituição é certamente limitada por circunstâncias ônticas, históricas, físicas, geográficas, de infra-estrutura econômica e densidade populacional, seus limites éticos constituem questão muito mais aberta.

---

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas. **Rechtssoziologie**. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1987, p. 178-179. E também \_\_\_\_\_. **Legitimation durch Verfahren**. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1983, p. 141.

Esse desaparecimento de uma religião e de uma moral generalizadas faz então com que o direito se torne sobrecarregado como único ambiente ético comum, com suas pretensões de racionalidade e universalidade, um mínimo ético social. As regras para todos passam a ser unicamente as jurídicas. Ao mesmo tempo em que isso é pouco para unir os indivíduos de uma comunidade, é muito para a forma democrática de organização do direito dogmático estatal. Não que as demais esferas éticas deixem de existir, mas há uma pulverização de seus conteúdos, retirando-as da luz pública. Em sentido inverso, o excesso de diferenciação ética parece levar até a uma maior intolerância contra a própria diferença, como se observa no recrudescimento de preconceitos simplórios nas sociedades desenvolvidas ocidentais. A moral, a religião, a etiqueta e demais usos sociais mantêm-se como esferas de diferenciação, separando indivíduos e grupos, ensejando aumento de complexidade, mas vão se tornando obsoletas em sua função tradicional de propiciar coesão social.

Essa é a sobrecarga do direito no processo histórico de diferenciação e de mundanização da justiça, no caminho do Céu à Terra, do direito natural transcendente ao direito positivo auto-constituído. A justiça de Agostinho é nebulosa, a de Aquino é traduzida pela infalibilidade da Igreja, a de Grotius é descoberta pela razão humana, a de Rousseau está na Vontade Geral, a do positivismo é inventada e mutável.

Daí que, na pós-modernidade, o direito dogmático e a democracia positiva tradicionais não se mostram mais tão eficientes e perdem também em consistência teórica. A crise se manifesta em várias direções, como na possibilidade de partidos não democráticos participarem do jogo político, acenando com o fim da democracia, ou no alto índice de abstinência dos votantes<sup>11</sup>.

Essa crise faz com que a tese positivista de separação autopoietica do direito passe a ser contestada em várias frentes. Com efeito, juristas contemporâneos contrários ao positivismo buscam estabelecer regras jurídicas de conteúdo moral definido, como a de que todos são iguais e por isso têm o direito de participar igualmente do discurso racional, vale dizer, justo<sup>12</sup>. Esses conteúdos racionais teriam caráter intrínseco a todo ser humano e proviriam de valores universais. Por isso estariam acima do poder constituinte originário e de qualquer regra formal de procedimento. Exemplos desses conteúdos seriam o banimento da tortura, do racismo, do sexismo, independentemente do fato de muitas regras positivas de diversos sistemas jurídicos antes e hoje contrariarem frontalmente tais postulados.

---

<sup>11</sup> O termo é *Politikverdrossenheit*, “Fastio diante da política”, como diz MÜLLER, Friedrich. **Wer ist das Volk?** Die Grundfrage der Demokratie (**Schriften zur Rechtslehre**, Bd. 180), Ralph Christensen (Hrsg.). Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 110.

<sup>12</sup> ALEXY, Robert. **Theorie der juristischen Argumentation**. Die Theorie des rationalen diskurses als theorie der juristischen Begründung. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1983, p. 361 s. (*Anhang*).

Mesmo que a realidade do direito não pareça atender a esses reclamos, variadas estratégias têm sido experimentadas na prática para diminuir o impacto dos procedimentos formais de maioria e da permanente mutabilidade democrática: cláusulas pétreas, quoruns qualificados, sessões duplas de votação, prazos mínimos, plenárias bicamerais e outros constituem tentativas de dificultar as possibilidades de uma decisão ser eternamente revista pelos contingenciamentos dos consensos subseqüentes.

Se é difícil universalizar regras instrumentais para determinados procedimentos jurídicos, em uma “nova ordem mundial” como pretendem os falcões norte-americanos, problema maior ainda aparece quando se pretende universalizar o conteúdo ético do direito e impô-lo coercitivamente sobre aqueles que não querem ser moralmente persuadidos. A argumentação de conteúdo moral não parece suficiente para combater o terrorismo, nem mesmo os crimes ecológicos ou as violações aos direitos humanos. Mais sobrecarregado ainda fica o direito quando se pretende estendê-lo ao plano internacional.

Em primeiro lugar, existem condicionantes infra-estruturais muito complexas para esses direitos que se pretendem universalizar. Mesmo que muitos defensores de uma racionalidade ética universal afirmem que não constituem pré-requisitos uns dos outros os direitos humanos de primeira, segunda, terceira ou quarta geração, não se deve supor que um povo sem um mínimo de necessidades básicas satisfeitas, com fome, sem escolas e atemorizado pelo crime organizado possa dar seu apoio a proposições a favor de um tribunal penal internacional, medidas de proteção ao meio-ambiente ou contra a pena de morte. Um direito racionalmente universalizado pode muito bem resvalar para uma arrogância ética fundamentalista, a qual excluiria aqueles que não compreendam ou não aceitem suas opções. O “insuportável grau de injustiça”<sup>13</sup> para uma cultura dominante, pretensamente civilizada e apoiada em indicadores econômicos e tecnológicos eficientes, além de variável, pode perfeitamente consistir em um bem estar de certas sociedades à custa da miséria de outras. Dentro do pluralismo étnico e cultural que caracteriza a comunidade internacional, parece ingênuo pretender determinadas posturas éticas como “corretas” e outras como “equivocadas”, pois há muitas dificuldades na definição genérica dessas opções “superiores”.

Ao lado do problema dessa determinação genérica do direito como ambiente ético universal, seja no plano nacional, seja no internacional, vem a questão da decisão concreta e suas limitações.

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. O caráter jurídico (de uma norma) perde-se quando a injustiça alcança um “grau insuportável”. In: \_\_\_\_\_. **Begriff und Geltung des Rechts**. Freiburg-München: Alber, 1992, p. 71.

## 6 Sobrecarga da decisão concreta e crise do judiciário

Pode-se partir de duas correntes hoje opostas na teoria do direito: de um lado, a que crê na correspondência entre o texto normativo, genérico e prévio, e a decisão do caso concreto, por meio de uma interpretação competente, racionalmente determinante, em uma palavra, justa; de outro, aquela que vê a decisão como independente do texto, servindo a Constituição e demais ordenamentos legais muito mais para uma justificação posterior de uma opção ética criada casuisticamente. Assim se opõem, utilizando-as aqui como tipos ideais<sup>14</sup>, as concepções subsuntivas mais tradicionais e as casuísticas, tudo entendido dentro do pressuposto explicado acima, ou seja, como o aumento de complexidade social torna mais agudo o distanciamento entre os signos lingüísticos e seus significados concretos. O esclarecimento desse debate pode sugerir um meio caminho entre a chamada “ditadura do Judiciário” e a pregação de um regresso problemático à separação de poderes dos séculos XVIII e XIX.

Procurando bem compreender esse segundo problema central das presentes reflexões, toma-se aqui uma posição intermediária, segundo a qual o texto normativo previamente elaborado não expressa a norma propriamente dita, mas tampouco é um nada jurídico, fornecendo um ponto de partida para a decisão do caso. Isso não significa defender ou combater esta ou aquela tendência, mas simplesmente verificar que as instâncias decisórias concretas têm sua importância significativamente aumentada no mundo contemporâneo, com a crescente judicialização dos conflitos. Dentre essas instâncias sobressai atualmente o Poder Judiciário, mesmo que não seja a única delas, ou, em termos do debate entre os constitucionalistas, não constitua o único concretizador da Constituição.

Ao decidir, o Judiciário lança mão de critérios, fornecidos não apenas pelas fontes do direito, mas também pelas inclinações pessoais de cada juiz, todos “inseridos em um contínuo de indeterminação” que é simplesmente impossível de esclarecer em sua totalidade<sup>15</sup>.

Para controlar essa relação entre texto prévio e decisão, a dogmática jurídica contemporânea desenvolveu mecanismos hermenêuticos complexos, que não cabe estudar aqui, de acordo com os quais todo argumento precisa apelar a um texto válido e pertinente dentro do ordenamento jurídico vigente (o “dogma” principal da dogmática). Esse ordenamento, o conjunto das “fontes do direito”, expressões simbólicas de normas jurídicas,

---

<sup>14</sup> *Typen-Begriffe* nas palavras de WEBER, Max. **Wirtschaft und Gesellschaft**. Grundriss der verstehenden Soziologie. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1985, p. 9 (I, 11).

<sup>15</sup> GUIBOURG, Ricardo Alberto *et al.* **Análisis de criterios de decisión judicial**: el artículo 30 de la ley de contrato de trabajo. Buenos Aires: Grupo de Análisis de Criterios, 2004, p. 5. Essa pesquisa da Universidade de Buenos Aires tenta, porém, estabelecer que é possível encontrar critérios claros e distintos para informar a decisão concreta, utilizando um método experimental muito interessante, que cabe apenas referir aqui.

é supostamente organizado em uma hierarquia piramidal, em cujo topo está o texto constitucional.

É preciso entender, porém, que o sistema jurídico vai muito além dessas bases textuais normativas, pois as interpretações, argumentações e decisões jurídicas não estão ali nesse livro que se denomina “a Constituição”. A esse conjunto de apreciações das controvérsias constitucionais pelo Judiciário dá-se o nome de jurisdição constitucional (*Verfassungsgerichtbarkeit*).

Ao lado da grande significação estratégica tradicional da Constituição, a importância da jurisdição constitucional passa a ser crucial no direito dogmaticamente organizado contemporâneo, já que o Poder Judiciário constrói essa jurisdição exatamente controlando os conflitos que se originam de divergências sobre o próprio texto constitucional. No exercício de suas funções, os juízes e tribunais eliminam esses conflitos determinando a “coisa julgada”, decisão definitiva da qual não mais cabe qualquer recurso. Claro que na “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”<sup>16</sup>, todas as pessoas concretizam a Constituição, na medida em que se conduzem de acordo com ela, sem necessidade de ir ao Judiciário, mas é a partir dos conflitos a ele submetidos que o Estado interfere, já que está proibido o *non liquet* nas democracias contemporâneas, dizendo a última palavra sobre o dissenso quanto à solução do caso. Como o consenso torna-se recurso escasso nas democracias, o Judiciário sobrecarrega-se, principalmente a sua cúpula.

Várias tendências, na teoria do direito, procuram uma via de equilíbrio entre as posições mais tradicionais: de um lado, a do positivismo normativista, na linha de Kelsen, para quem o texto normativo fixa os limites – a “moldura” – da decisão e o juiz atua criativamente, tanto dentro dessa moldura quanto nas lacunas em que falha a concepção silogística, mantendo porém a visão dedutivista e exegética, segundo a qual a norma é previamente dada; e do decisionismo, na esteira de Carl Schmitt, para quem a decisão não guarda relação com os textos normativos, no que concerne aos problemas de validade e sentido desses mesmos textos, nem quanto ao problema de justificação da decisão.

Apenas para dar alguns exemplos, observe-se que a tópica de Viehweg parece levar a uma “abertura” excessiva em relação ao texto normativo, que é considerado apenas expressão de um *topos* dentre outros. Ao recusar o postulado dogmático da conexão necessária com o texto, tradicionalmente essencial a um Estado democrático de direito, a tópica faz da “orientação por meio de problemas” um método por demais livre, insuficiente para conduzir um procedimento razoavelmente seguro para a decisão<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> HÄBERLE, Peter. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. In: \_\_\_\_\_. **Verfassung als öffentlicher Prozeß**. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot, 1978, p. 155-181.

<sup>17</sup> MÜLLER, Friedrich. **Juristische methodik**. Berlin: Duncker & Humblot, 1997, p. 32.

Também não parece satisfatória a abordagem da teoria do discurso e da argumentação jurídica, pois, embora essa tendência reconheça que o trabalho do juiz não se limita a aplicar regras positivadas, toma como evidentes dois postulados altamente problemáticos. Em primeiro lugar, assume como verdadeira uma competência comunicativa supostamente própria de todo ser humano, vale dizer, uma disponibilidade de comunicação e uma capacidade de aprendizado por demais otimista quanto à viabilidade de critérios de justiça e verdade. Em segundo lugar, não obstante procure combater a perspectiva do positivismo normativista, a teoria do discurso e da argumentação jurídica tem em comum com essa corrente o caráter subsuntivo e dedutivista, na medida em que estabelece regras gerais de que defluirá a decisão.

Não se fala aqui do descompasso social entre o texto normativo e a realidade, de que o Terceiro Mundo é claro mas não único exemplo, como ocorre com direitos fundamentais positivados na Constituição e sem a menor ressonância na prática. É indevidamente simplificador afirmar que a realidade do direito, brasileiro ou estrangeiro, não corresponde aos textos das normas constitucionais vigentes. Antes, essa “falta de efetividade” pode desempenhar importantes funções, inclusive simbólicas, o que não cabe discutir agora<sup>18</sup>. O que se pretende aqui é compreender como a sociedade complexa e suas diferenciações trazem essa “enfermidade do discurso”<sup>19</sup> para o sistema jurídico.

Para bem entender como evolui a relação entre texto e decisão na hermenêutica, é interessante observar o debate em torno do conceito de “generalidade” como elemento essencial ou acidental da norma jurídica, ao lado da discussão sobre se o juiz cria direito. A primeira perspectiva do positivismo é legalista, entendendo que toda norma jurídica é geral e o juiz é mero aplicador, “la bouche de la loi”, sendo a necessidade de interpretação um defeito na clareza da lei, pois *in claris non fit interpretatio*. O normativismo kelseniano já considera que as normas jurídicas podem ser genéricas ou individualizadas, em sua classificação quanto ao âmbito pessoal de validade, admitindo expressamente que a sentença do juiz cria direito<sup>20</sup>. Hoje, para a teoria estruturante de Friedrich Müller, a generalidade é uma característica apenas do texto e a norma jurídica só aparece na decisão concreta. A tarefa de todo legislador, assim, é produzir textos genéricos prévios e válidos, não a regra jurídica propriamente dita, nem sequer sua moldura.

Certamente há um acordo muito maior sobre o sentido e o alcance do texto diante do caso concreto na sociedade menos complexa que os primeiros positivistas tentavam descrever, pois as opções éticas variam muito menos a respeito de textos legais referentes

---

<sup>18</sup> Sobre a eficácia simbólica ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2005, cap. 7.

<sup>19</sup> ECO, Umberto. **Kant e o ornitorrinco**. Tradução de Ana Thereza Vieira. Rio de Janeiro-São Paulo: Record, 1998, p. 28.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. **Allgemeine theorie der normen**. Kurt Ringhofer und Robert Walter (Hrsg.). Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1979, 58. Kapitel, p. 179 s.

a “atentado ao pudor” ou “homem médio”, como já dito anteriormente. Ao dizerem que interpretar é adequar norma e fato, os exegetas franceses, dentro do conceito de “norma”, confundem o significado e o significante, a idéia e sua expressão lingüística. Na sociedade atual, a variabilidade é bem maior, seja em relação às partes, seja aos contextos dos fatos jurídicos, o que aumenta a importância do caso concreto e retroalimenta a complexidade social.

Passando para o âmbito especificamente constitucional, se é o juiz quem determina a norma jurídica, como querem os defensores do Estado jurisdicional, então o juiz é constituinte. Nesse caso, o problema é se há limites previamente fixados à sua ação.

Para os partidários da ausência de limites, surge na teoria do direito uma espécie de irracionalismo decisionista, que despreza inteiramente os textos válidos do ordenamento jurídico dogmático, negando sua relação com a decisão concreta e afirmando que, em um sentido bem literal, o juiz “faz” o direito<sup>21</sup>. Inclusive na discussão tradicional sobre a hierarquia das fontes e a submissão do juiz à lei, aparece uma dogmática “judicialista”, segundo a qual a cúpula do Judiciário não pode contradizer a Constituição, em última análise, pois a própria Constituição afirma que quem diz o conteúdo do texto constitucional é o Judiciário. Pode haver uma decisão judicial momentaneamente *contra legem*, mas dizer que uma decisão definitiva da corte constitucional é contrária à lei representa uma *contradictio in terminis*.

Paralelamente, institutos como composição, mediação, arbitragem vão se fortalecendo como tentativas de descarregar o Judiciário e o caráter conflituoso do direito contemporâneo. Procura-se assim trazer de volta aos mecanismos jurídicos de decisão o auxílio de outras ordens éticas, como a moral, presentes na autoridade do mediador e do árbitro.

O certo é que, tanto no problema dos limites éticos ao poder constituinte legislativo originário, quanto no problema dos limites éticos à decisão judicial, o direito dogmático contemporâneo é positivo, no sentido de que os argumentos viáveis não o são por seu conteúdo moral, racional ou de justiça, mas exclusivamente por sua pertinência ao ordenamento estatal positivado.

A objeção mais comum ao positivismo é que ele considera o direito auto-referente, isto é, recusa normas que valeriam *de per se*, independentemente e acima do pacto jurídico-político, “originário”, no sentido da tradição da teoria do Estado e da Constituição. Este o esvaziamento de conteúdo axiológico, esta, a formalização. Nesse sentido, o positivismo legitimaria todo e qualquer conteúdo ético para o direito positivo. É aqui que parece ingenuidade equiparar perspectivas positivistas a posições políticas antidemocráticas, muito pelo contrário. A perspectiva positivista, ao menos em seu viés filosófico, não causa esse estado de coisas, simplesmente procura compreendê-lo e explicá-lo.

---

<sup>21</sup> SOBOTA, Katharina. *Sachlichkeit, Rhetorische Kunst der Juristen*. Frankfurt a.M.: Peter Lang, 1990.

Deve-se porém ter em mente que aquilo que aqui se considera insatisfatória não é a tomada de posição ética, mas sim a tentativa de racionalizá-la em termos de critérios universalizáveis. O fato de não aceitar a objetividade desses critérios (ética de segundo grau) não significa abster-se de tomar posições éticas diante das situações da vida (ética de primeiro grau)<sup>22</sup>. Consensos localizados podem assim ser construídos, dentro da tolerância que caracteriza a incerteza.

---

<sup>22</sup> BARBAROSCH, Eduardo. La objetividad en la moral y en el derecho. JORNADAS ARGENTINAS Y PRIMERAS ARGENTINO-BRASILEÑAS DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL, 19., 2005, San Carlos de Bariloche. **Anales...** San Carlos de Bariloche, 2005.