



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

MARCOS GUILHEN ESTEVES

**O PODER EM FOUCAULT E A JURISDIÇÃO:
O PARADOXO DA PRETENSÃO DE PACIFICAÇÃO DE
CONFLITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Londrina
2015

MARCOS GUILHEN ESTEVES

**O PODER EM FOUCAULT E A JURISDIÇÃO:
O PARADOXO DA PRETENSÃO DE PACIFICAÇÃO DE
CONFLITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Dissertação de Mestrado elaborada no âmbito do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, linha de pesquisa “Acesso à Justiça”, projeto de pesquisa “Acesso à Justiça: a instrumentalidade do processo frente à jurisdição”, como requisito à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio Striquer Soares.

Coorientador: Prof. Dr. Marcos Alexandre Gomes Nalli.

Londrina
2015

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UEL

ESTEVES, MARCOS GUILHEN .

O PODER EM FOUCAULT E A JURISDIÇÃO: O PARADOXO DA PRETENSÃO DE PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA / MARCOS GUILHEN ESTEVES. - Londrina, 2015.
105 f.

Orientador: MARCOS ANTONIO STRIQUER SOARES.

Coorientador: MARCOS ALEXANDRE GOMES NALLI.
(dissertação) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2015.
Inclui bibliografia.

1. Poder. Jurisdição. Pacificação Social. Positivismo. Pós-Positivismo. - Teses. I. SOARES, MARCOS ANTONIO STRIQUER . II. NALLI, MARCOS ALEXANDRE GOMES . III. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. IV. Título.

MARCOS GUILHEN ESTEVES

**O PODER EM FOUCAULT E A JURISDIÇÃO:
O PARADOXO DA PRETENSÃO DE PACIFICAÇÃO DE
CONFLITOS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA**

Dissertação de Mestrado elaborada no âmbito do Programa de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, linha de pesquisa “Acesso à Justiça”, projeto de pesquisa “Acesso à Justiça: a instrumentalidade do processo frente à jurisdição”, como requisito à obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Marcos Antonio
Striquer Soares
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Francisco Emilio Baleotti
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado
Universidade Estadual do Norte do
Paraná – UENP

Londrina, 18 de novembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço meu orientador Marcos Antonio Striquer Soares, pela paciência, compreensão e diálogo, que tanto foram importantes para a conclusão deste trabalho.

Agradeço também meu coorientador Marcos Alexandre Gomes Nalli, por ter aceitado participar desse projeto e por ter sido tão receptivo e atuante, o que deu enorme contribuição para o texto.

Agradeço minha família, especialmente meu pais, por sempre me apoiar em meus projetos.

Agradeço toda turma do Mestrado em Direito Negocial com ingresso em 2013, bem como todos os professores e funcionários que trabalham para manter o Programa, sem o qual este projeto não teria sido possível.

Agradeço, por fim, todos aqueles que, diretamente ou indiretamente, contribuíram para tornar esse projeto realidade.

“De que valeria a obstinação do saber se ele assegurasse apenas a aquisição de conhecimentos e não, de certa maneira, e tanto quanto possível, o descaminho daquele que conhece? Existem momentos na vida onde a questão de saber se se pode pensar diferentemente do que se pensa, e perceber diferentemente do que se vê, é indispensável para continuar a olhar ou a refletir”

Michel Foucault

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

NCPC – Novo Código de Processo Civil

OIT – Organização Internacional do Trabalho

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

ESTEVEES, Marcos Guilhen. **O Poder em Foucault e a Jurisdição**: o paradoxo da pretensão de pacificação de conflitos na sociedade contemporânea. 105 páginas. Dissertação de Mestrado (Programa de Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2015.

RESUMO

A teoria do direito costuma atribuir ao exercício do poder jurisdicional uma função de resolução de conflitos e de pacificação social. No entanto, essa função se mostra altamente questionável no contexto da complexidade do modelo social contemporâneo, em que as lides não se resumem ao modelo individualizado de pretensão resistida proposto pelo direito processual clássico. As lides atuais são compostas pelo embate inconciliável entre expectativas políticas e existenciais dos variados grupos sociais. Nesses casos, não se trata de resolver uma mera resistência circunstancial ao exercício de um direito individualizado, mas de encontrar um mecanismo apto a gerenciar o dissenso. Considerando que a jurisdição consubstancia um exercício de poder, buscou-se em Foucault o suporte teórico para criticar o modo de compreensão do poder jurisdicional na contemporaneidade, enfocando o paradoxo por ele enfrentado ao tentar conciliar a função de pacificação social no contexto da multiplicidade interpretativa. Para tanto, foi preciso apresentar o quadro histórico-jurídico que permitiu o fenômeno da expansão do poder judicial. Nesse sentido, o texto dialoga com as variadas compreensões da jurisdição, a partir das principais escolas jurídicas (positivismo e pós-positivismo), articulando-as com a crítica ao modelo de poder que se propõe pacificador dos litígios sociais. Concluiu-se que o caráter de substitutividade da jurisdição é simples recurso discursivo para impor um poder de cunho centralizador a problemas que se desenvolvem descentralizadamente, de modo que os conceitos de jurisdição que levem em conta essa função pacificadora são inaptos para descrever seu objeto.

Palavras-chave: Poder. Jurisdição. Pacificação Social. Positivismo. Pós-Positivismo.

ESTEVEES, Marcos Guilhen. **The power in Foucault and Jurisdiction: the paradox of conflict pacification claim in contemporary society.** 105 p. Dissertation Master Degree (Master's Program in Negotiation Law) – Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2015.

ABSTRACT

The theory of law is usually attributed to the exercise of judicial power a resolution function of conflict and social peace. However, this function is shown highly questionable in the context of the complexity of contemporary social model, where chores are not limited to individual model weathered claim proposed by the classic procedural law. Current labors are made by the irreconcilable conflict between political and existential expectations of different social groups. In such cases, it is not to resolve a mere circumstantial resistance exercise an individual right, but to find a mechanism able to manage dissent. Whereas the jurisdiction constitutes an exercise of power, Foucault attempted in the theoretical support to criticize the way of understanding the judicial power in the contemporary world, focusing on the paradox he faced when trying to reconcile social pacification function in the context of the interpretative multiplicity. Therefore, it was necessary to present the historical and legal framework which allowed the phenomenon of expansion of the judiciary. In this sense, the text speaks to the varied understandings of jurisdiction, from the main legal schools (positivism and post-positivism), articulating them with the critical power model that proposes peacemaker social disputes. It was concluded that the jurisdiction substitutivity character is simple discursive feature to impose a power of nature centralizing the problems that develop decentralized, so that the jurisdiction of concepts that take into account this pacifying function are unfit to describe your object.

Keywords: Power. Jurisdiction. Pacification Social. Positivism. Post-positivism.

ESTEVEVES, Marcos Guilhen. **Le Pouvoir chez Foucault et la Juridiction: le paradoxe de la prétension de pacification des conflits dans la société contemporaine.** 105 pages. Dissertation de Master (Programme de Master en Droit des Affaires. Universidade Estadual de Londrina. Londrina. 2015.

RÉSUMÉ

La théorie du droit a l'habitude d'attribuer au pouvoir juridictionnel une fonction de résolution des conflits et de pacification sociale. Toutefois, cette fonction est tellement questionnable dans le contexte de complexité du modèle social contemporain, dans lequel les litiges ne se réduisent pas au modèle individualisé de prétension résistée proposé par le droit processuel classique. Les litiges d'aujourd'hui sont composés par le coup inconciliable entre les expectatives politiques et existentielles des différents groupes sociaux. Dans ces cas, il ne s'agit pas de résoudre une simple résistance circonstancielle au exercice d'un droit individualisé, mais de rencontrer un mécanisme habile à administrer la dissension. En considérant que la juridiction est un exercice de pouvoir, on a cherché chez Foucault le support théorique pour critiquer le modèle de compréhension du pouvoir juridictionnel dans la contemporanéité, en abordant surtout le paradoxe affronté par lui quando il essaie de concilier la fonction de pacification sociale dans le contexte de la multiplicité interprétative. Pour le faire, il a fallu présenter le cadre historique-juridique qui a permis le phénomène de l'expansion du pouvoir judiciaire. Pour ça, le texte dialogue avec des différentes compréhensions de juridiction à partir des principales écoles juridiques (positivisme et post-positivisme), en les articulant avec la critique au modèle de pouvoir qui se propose pacificateur des litiges sociaux. On a conclu que le caractère de substituabilité de la juridiction est un simple recours discursif pour imposer un pouvoir centralisé aux problèmes qui se développent d'une façon décentralisée, et pour ça les concepts de juridiction qui travaillent avec cette fonction pacificatrice ne sont pas capables de décrire correctement son objet.

Mots-Clés: Pouvoir. Juridiction. Pacification Sociale. Positivisme. Post-Positivisme.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO I	
A NORMA E O DIREITO A PARTIR DA ANALÍTICA DO PODER EM FOUCAULT	11
1. Os Modelos da Analítica do Poder em Foucault.....	11
2. Verdade e Processo: negação do evolucionismo humanista.....	18
3. A Norma em Foucault	27
4. O Dualismo entre Autonomia e Submissão na Resolução de Conflitos.....	36
CAPÍTULO II	
CRÍTICA DA DECISÃO JUDICIAL.....	40
1. O Pressuposto de Criticabilidade da Decisão Judicial na Lógica do Direito Positivo	40
2. A Discrecionabilidade da Linguagem no Direito e a Decisão Judicial.....	48
3. Normatividade Social e Decisão Jurídica no âmbito da Sociedade Complexa..	58
CAPÍTULO III	
PACIFICAÇÃO E DISSENSO: O PARADOXO DA JURISDIÇÃO FRENTE À COMPLEXIDADE SOCIAL	70
1. Considerações iniciais.....	70
2. O Poder Jurisdicional na História Recente (período pós-Revolucionário ao Pós-positivismo)	71
3. Pós-positivismo jurídico e jurisdição no neoconstitucionalismo: o fenômeno da expansão global do poder judicial	81
4. O Dissenso Estrutural da Sociedade Complexa e a Pacificação de Conflitos Sociais	92
CONCLUSÃO	99
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	102

INTRODUÇÃO

O fenômeno da expansão do poder jurisdicional e as reconfigurações por ele provocadas no Estado moderno são alvo de constantes discussões acadêmicas nos mais variados níveis discursivos. Os críticos abordam o fenômeno a partir de múltiplas perspectivas, embasados em diferentes autores, ora defendendo-o, ora se opondo a ele. Diante dessa variedade de possíveis abordagens do objeto deste texto, foi preciso escolher uma linha de análise, sem com isso ter a pretensão de propor uma via de abordagem que se considerasse superior às demais.

A via de abordagem escolhida nesta dissertação foi o tratamento do poder jurisdicional na condição de exercício de poder. Fala-se muito de jurisdição, mas descuida-se que seu exercício configura um exercício de poder e, como tal, é responsável por produzir saberes, conhecimentos e subjetividades. Nessa perspectiva, toma-se como *locus teórico* a filosofia de Michel Foucault, especialmente na fase genealógica, em que o autor objetiva efetuar uma analítica do poder. Foucault foi um dos teóricos do poder mais importantes no século XX, pois tratou do tema sem identificá-lo com uma espécie de poder centralizado, opressor, identificável com o poder do Estado.

Foucault abriu perspectivas para tratar do poder a partir da percepção de que seu exercício pode se dar em outros níveis, que não o do Estado. Nesse sentido, a analítica do poder foucaultiana separa duas formas de abordagem do poder: uma clássica, em que o poder se identifica com o Estado e que é a abordagem do direito público clássico; e outra, em que o poder se exerce de maneira pulverizada no âmbito social, sem destinatário ou emissor específicos, mas produzindo saberes, condutas e subjetividades.

Encarado a partir dessa perspectiva, o exercício do poder jurisdicional assume posições contraditórias no âmbito da sociedade complexa contemporânea. A teoria clássica do direito atribui ao poder jurisdicional uma função de solução de conflitos e de pacificação social. No entanto, a função de pacificação social foi forjada dentro do contexto de lides em micro-escala, a partir da ideia de que a função da jurisdição seria *substituir* a vontade das partes no caso de ocorrer uma pretensão resistida individualizada.

Todavia, a sociedade atual produz imensurável número de situações reais novas, que não encontram respaldo em um modelo jurídico pautado no império da lei da em sentido estrito e do exercício de uma jurisdição pautada na técnica da subsunção legal. Por isso, o direito moderno produz textos jurídicos dotados de alta pluralidade semântico-valorativa: deposita-se nos princípios jurídicos a função de organizar e orientar o discurso jurídico frente à complexidade social. Os princípios jurídicos, porém, não são normas que *fecham* o sistema jurídico, mas, sim, normas que *abrem* o sistema jurídico, pois a sua imprecisão axiológica provoca um enriquecimento dos níveis discursivos de abordagem dos fenômenos jurídicos.

Sendo assim, mostra-se necessário estabelecer premissas para a elaboração de um modelo de crítica da decisão judicial que leve em conta esse contexto. Percebemos que as escolas tradicionais do direito não apresentam pressupostos coerentes para crítica da atuação jurisdicional na sociedade moderna. No capítulo II, foram analisados tópicos de teoria geral do direito em temas afetos ao exercício do poder jurisdicional.

No âmbito da escola positivista, tomamos Kelsen e Hart como principais representantes. Foi percebido que, apesar de abordarem a dimensão política da decisão judicial, tais autores¹ não aceitam a tese de que uma decisão judicial possa violar o ordenamento jurídico. Segundo Kelsen, ainda que o *conteúdo* de uma decisão judicial possa ser *extra* ou *praeter* jurídico, a decisão *em si* jamais poderá ser considerada ilegal ou inconstitucional, pois legalidade e constitucionalidade são pressupostos de *existência* de uma decisão *judicial*. Esse tipo de perspectiva inviabiliza qualquer prática de crítica da decisão judicial.

O contexto de desconfiança em relação ao Poder Judiciário que vigorou no período pós-Revolucionário na França foi substituído por outro no qual o Judiciário ocupa papel de destaque no cenário político. Se no esquema da tripartição de poderes na Revolução Francesa, não era dado ao Judiciário sequer interpretar a lei no caso de dúvida relevante², o que se vê atualmente é o Poder Judiciário ser chamado para corrigir a atuação dos outros poderes.

¹ Nesse ponto, especialmente Kelsen.

² Nesse caso, era necessário submeter a questão ao Poder Legislativo, por meio do instituto do *référé législatif*, de que trataremos no capítulo III.

Percebe-se que as teorias do direito enfocam a jurisdição a partir de uma ideia de infalibilidade do exercício jurisdicional.

Esse fenômeno ficou conhecido como *expansão global do poder judicial* (*global expansion of judicial power*). Vários outros fatores conduziram a esse fenômeno, destacando-se o pós-positivismo³ e o neoconstitucionalismo, sobre os quais trataremos no capítulo III. Essas escolas teóricas provocaram rearranjos no esquema da tripartição de poderes, atribuindo-se especial relevância ao Judiciário e aos órgãos que atuam perante esse poder. Além disso, o imperativo de eficiência do poder jurisdicional (que hoje é direito fundamental – art. 5º, LXXVIII, CF) levou à criação de mecanismos de massificação processual, tais como os julgamentos por amostragem, as súmulas impeditivas de recurso e a tutela coletiva.

Tais mecanismos, conjugados com a pluralidade de situações reais novas que a sociedade complexa comporta, geram as *macro-lides*, que não tratam apenas de uma pretensão resistida, mas de expectativas de vida dos diferentes grupos sociais, transcendendo os limites subjetivos do processo paradigma. Nesse contexto, seria possível atribuir à jurisdição a função de pacificar os conflitos sociais, mesmo diante do dissenso estrutural que caracteriza nosso modelo de sociedade?

O presente texto não tem por objetivo propor uma solução ou apresentar um caminho viável para o exercício da jurisdição na atualidade. Seu caráter propositivo se esgota na apresentação de uma possibilidade de crítica do fenômeno.

³ O pós-positivismo constitui uma escola jurídica ampla, defendida por diversos juristas. Sendo assim, com o propósito de proporcionar uma abordagem mais profunda do tema, dispensamos o elenco das diversas variantes do pós-positivismo e optamos por trabalhar com Robert Alexy, que consideramos bastante sintetizador das propostas dessa escola. Esporadicamente, faremos referência a Ronald Dworkin, mas a análise mais acentuada será da obra de Alexy.

CAPÍTULO I

A NORMA E O DIREITO A PARTIR DA ANALÍTICA DO PODER EM FOUCAULT

1. Os Modelos da Analítica do Poder em Foucault

O principal legado da fase genealógica de Foucault corresponde à apresentação de uma analítica de poder que não se esgota na figura do Estado. A análise publicista do poder se fortaleceu com o movimento constitucionalista francês, cuja experiência marca um período de ruptura na história política ocidental. Se o constitucionalismo inglês se volta para o passado, ao cumprir a meta de consolidar as velhas leis do direito (*the good old laws*), a experiência francesa entende o poder constituinte como responsável pela *criação* de uma nova ordem social, identificando-o com o projeto de futuro de um sujeito metafísico chamado *nação* (CANOTILHO, 2000, p. 69-71).

A concentração do prospectivo social na figura de uma nação, que se autodetermina por via soberana e consensual, implica a aceitação de que todo o exercício da violência só é tolerável se devidamente instituído. A instituição aqui consiste na congruência entre o exercício individualizado do poder e o paradigma normativo⁴. Trata-se de traçar uma linha demarcatória entre o exercício do poder de acordo com a ordem do direito e o exercício do poder contrário à ordem do direito. Ao primeiro, atribui-se fundamentação jurídica; ao segundo, sanção estatal, a partir da observância de um procedimento legitimador da punição.

Nessa plataforma publicista do exercício de poder, as liberdades públicas emergem como instrumento de resistência. O sujeito *nação*, ao

⁴ Nesse contexto, deve-se entender a norma em seu sentido *jurídico*, não em sentido propriamente foucaultiano. É verdade que existem implicações entre ambas as acepções da *norma*, não se tratando de interpretações absolutamente independentes, tal como defendemos em ESTEVES, M. G.. *O Sentido de Norma em Foucault e o Papel do Direito na Produção de Corpos Dóceis*. In: CONPEDI; UFSC. (Org.). *Filosofia do Direito II*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 295-320. Porém, por motivos didáticos e a fim de evitar demasiadas delongas, sugere-se que o leitor adote aqui a concepção estritamente *jurídica* de norma.

mesmo tempo em que institui certas *possibilidades de violência*, indica os limites dessa ingerência. Para tanto, deve-se levar em conta o ideário que norteia a *vontade da nação*. No contexto liberal-burguês do movimento constitucionalista na França, o exercício dos direitos fundamentais não se dava por via estatal, mas contra o Estado.

Foucault (1988, p. 96-97) demonstra em *A Vontade de Saber* que a criação de uma eficácia vertical dos direitos fundamentais foi a condição de possibilidade de aceitação do poder estatal⁵. As liberdades públicas permitiram simultaneamente o controle e o exercício do poder pelo Estado:

Razão geral e tácita que parece se impor por si mesma: é somente mascarando uma parte importante de si mesmo que o poder é tolerável. Seu sucesso está na proporção daquilo que consegue ocultar de seus mecanismos. O poder seria aceito se fosse inteiramente cínico?

A edificação da analítica do poder sob a ótica do discurso jurídico instrumentaliza sua aceitabilidade, na medida em que o exercício do poder se dá sob formas jurídicas às quais se atribui a noção de *legitimidade*. O poder existe, mas está integrado à ordem jurídica. A solução heterônoma de conflitos sociais, por meio da concentração do exercício legítimo da violência nas mãos de um órgão estatal, cria a sensação de *pax et justitia*, pondo um fim à premente ameaça da guerra de todos contra todos (*bellum omnia omnes*).

O reducionismo dessa perspectiva foi afirmado por Foucault, que propôs uma análise do poder sob o aspecto de suas positivities. Para tanto, precisou passar pela resignificação do poder, de modo a afastá-lo das tradicionais concepções do direito público clássico. Ao invés de avaliá-lo pelo modelo jurídico, Foucault o faz por meio de um critério histórico-social, o que promove a simplificação do *conceito* de poder. Segundo Deleuze (2011, p. 78), a definição de poder de Foucault parece bem simples: o poder é uma relação de forças. Significa, primeiramente, que o poder não é uma forma (forma-

⁵ É certo que a análise foucaultiana vai além do poder estatal, de modo que a citação transcrita deve ser contextualizada. Foucault não alude expressamente às garantias fundamentais na passagem acima. Trata-se de uma interpretação que fizemos, mediante a aproximação do contexto da referência com a teoria do direito e do Estado. Quando Foucault diz que o poder jamais se exerceria se fosse inteiramente cínico, quer dizer que seu exercício depende de concessões que se deve fazer para criar uma imagem de resistência a esse mesmo poder. Esse mascaramento de uma parte importante do poder é condição que viabiliza seu exercício, sendo geralmente assimilado pela população como ganho ou conquista civilizatória. Com o fito de respeitar o corte metodológico deste trabalho, não será abordada a questão de ser ou não civilizatória a construção de uma teoria dos direitos fundamentais, até porque esta dissertação não se filia a qualquer corrente determinista, evolucionista ou progressista.

Estado) e, ainda, que a força nunca se dá no singular, de modo que toda força já é relação.

Por isso, não é correto afirmar que Foucault objetivou construir uma *teoria* do poder, pois esse intento tomaria uma investigação ontológica como ponto de partida. Foucault não se preocupou em definir o poder, limitando-se a perceber situações estratégicas às quais se atribui o nome “poder”. Nesse sentido, afirma-se que “a analítica do poder em Foucault corresponde a uma concepção nominalista de poder” (FONSECA, 2012, p. 95).

Essa simplificação conceitual do poder transporta a análise de sua estrutura jurídica para a mecânica das relações de força. Ao propor uma perspectiva multivetorial do poder, Foucault abre espaço teórico para a introdução do elemento “poder” em estudos nos quais sua incidência era tida como rara ou inexistente. A intenção de Foucault foi propiciar uma nova possibilidade de se analisar o poder, partindo não de seu caráter repressivo e opressor, mas de sua aptidão criativa e estreita relação com a verdade.

O estudo arqueogenealógico propugnado por Foucault depende da negação de qualquer espécie de humanismo progressivo. As transformações históricas não são simples fruto de uma trajetória teleológica rumo ao progresso das atitudes humanistas, mas “uma reestruturação no caleidoscópio da História” (DÍAZ, 2012, p. 69). Nesse sentido, pode-se afirmar que a filosofia foucaultiana atribui considerável importância ao acaso, em detrimento de estruturas deterministas. Os discursos possuem seus momentos de emergência, que estão umbilicalmente atrelados a suas condições de possibilidade.

Foucault resgata a ideia kantiana de “condições de possibilidade”, atribuindo-lhe, porém, uma interpretação de certo modo inovadora. A eclosão dos saberes não depende apenas da sensibilidade teórica do pesquisador, mas relaciona-se com instâncias controladoras da produção da verdade, que agem nos limites de um corte social, geográfico e histórico. Se “a menor eclosão de verdade é condicionada politicamente” (FOUCAULT, 1988, p. 11), conclui-se que o poder participa na criação dos saberes ao estabelecer o regime a que ele deverá ser submetido para gozar do atributo de verdade.

Um dos principais regimes de verdade inaugurado pela Modernidade é a ciência. A partir do estabelecimento de critérios empírico-analíticos sólidos, o

discurso científico teve seu conteúdo alçado à condição de verdade, tendo sido identificado como único mecanismo apto a proporcionar a emancipação humana.

Quando da análise das condições de possibilidade da ciência psiquiátrica, Foucault demonstrou a estreita relação que existiu entre o modelo disciplinar da vigilância e a constituição de um discurso científico responsável pela transmutação do fenômeno da loucura em doença mental. As relações de poder que se efetivam pulverizadamente no âmbito da sociedade disciplinar participam da construção de modelos teóricos que se autodenominam neutros e afastados de quaisquer ideologias ou instâncias de poder.

Ao trabalhar as condições de possibilidade da ciência psiquiátrica (*História da Loucura*), a reforma do direito penal no século XVIII (*Vigiar e Punir*) e a hipótese repressiva da sexualidade (*A Vontade de Saber*), Foucault desenvolve dois planos analíticos do fenômeno do poder: o modelo jurídico da soberania e o “modelo estratégico” ou “modelo da normalização” (FONSECA, 2012, p. 103).

O primeiro é o modelo clássico da filosofia política, que identifica a linguagem do poder com a linguagem do direito⁶. As manifestações de poder são da ordem da interdição ou da concessão. Esse modelo se desenvolve em torno do poder como “direito natural que se cede”, tendo o contrato como matriz. O exercício da violência fora dos contornos permissivos desse contrato original configura opressão. O modelo jurídico da soberania se articula, portanto, em torno desses dois conceitos limites: contrato e opressão (FOUCAULT, 2010a, p. 16).

Foucault mencionava frequentemente em seus textos e aulas que não lhe interessava analisar o poder do Estado e do direito. Acreditava que a cultura ocidental ainda era muito tributária das concepções centralizadoras do poder propugnadas pelo Iluminismo. A plataforma dentro da qual se estudava o poder continuava ligada à noção ora hobbesiana, ora rousseuniana de soberania. Aqui pouco importa se o centro do poder se identifica com o príncipe racional ou a união da vontade dos cidadãos. Tanto em uma hipótese quanto

⁶ Segundo Kelsen (1999, p. 321): “O poder do Estado não é uma força ou instância mística que esteja escondida por detrás do Estado ou do seu Direito. Ele não é senão a eficácia da ordem jurídica”.

na outra, a analítica do poder se restringe ao controle ou limites do exercício do poder pelo Estado soberano (FONSECA, 2004, p. 261).

A analítica do poder no direito público clássico se estrutura com base na ideia de soberania, cuja configuração material foi sofrendo alterações no curso da história do pensamento político. Entendida sob premissas teológicas ou metafísicas, ou como resultante de um pacto pressuposto de vontades, a soberania orienta o discurso jurídico, o qual se desenvolve sobre discussões acerca da legitimidade e dos limites do exercício do poder. Na emblemática frase de Foucault (2010a, p. 23): “O direito no Ocidente é um direito de encomenda régia”.

Entre o final da Idade Média e o início do Período Clássico, o escopo precípua da teoria do direito era proporcionar fundamentações que legitimassem o exercício do poder pelo rei, o que se verifica em Hobbes e Maquiavel. A queda dos regimes monárquicos europeus não foi suficiente para provocar a reorganização desse “edifício jurídico⁷”, pois o direito, ao voltar-se contra o controle régio, apenas transmutou o centro de suas atenções da legitimidade do exercício do poder para os limites do exercício desse mesmo poder, o que se verifica a partir da elaboração de uma teoria dos direitos fundamentais:

Em outras palavras, creio que a personagem central, em todo o edifício jurídico ocidental é o rei. É do rei que se trata, é do rei, de seus direitos, de seu poder, dos eventuais limites de seu poder, é disso que se trata fundamentalmente no sistema geral, na organização geral, em todo caso, do sistema jurídico ocidental. Que os juristas tenham sido servidores do rei ou tenham sido seus adversários, de qualquer modo sempre se trata do poder régio nesses grandes edifícios do pensamento e do saber jurídicos (IDEM).

No segundo modelo, o poder é “o nome dado a uma situação estratégica complexa numa sociedade determinada” (FOUCAULT, 1988, p. 103), cujo escopo fundamental é a *produção* de conhecimentos, discursos, gestos e indivíduos. O poder na sociedade disciplinar opera de modo multivetorial, não se concentrando nem se identificando com pessoas ou instituições. Em verdade, pessoas e instituições integram uma estrutura cíclica que relaciona poder e saber, de modo que ambas são, ao mesmo tempo, resultado e instrumento do modo estratégico de exercício do poder em uma

⁷ Trata-se de expressão utilizada pelo próprio Foucault (2010, p. 23).

dada sociedade. Essa estrutura gera um *contingenciamento circunstancial* para possibilidades epistemológicas contextualizadas, contingenciamento este que consiste nas mencionadas condições de possibilidade que Foucault retoma a partir de Kant.

Segundo Ricardo Marcelo Fonseca (2004, p. 264), a diferença crucial entre o modelo jurídico da soberania e o modelo da sociedade disciplinar é a posição ocupada pelo sujeito em cada um desses modelos: no primeiro, o sujeito é a “origem e fundamento da política e do poder”, já que é responsável por ceder autonomamente a sua parcela de liberdade que irá compor o contrato social; no segundo, o sujeito é resultado das relações de poder, as quais, ao operarem por meio de elementos normalizadores, produzem subjetividades.

Após declarar que a filosofia política ocidental ainda não havia “cortado a cabeça do rei”, Foucault incita o desenvolvimento de uma pesquisa voltada para a identificação e compreensão dos mecanismos de poder que operam de modo estratégico no corpo social com o intuito de produzir subjetividades. O resultado dessa pesquisa desconstruiria a ligação que habitualmente se estabelece entre natureza e costumes sociais. O discurso da naturalidade das condutas humanas também deve ser considerado um mecanismo de controle da verdade. Quando se afirma que alguma atitude humana é “contra a natureza⁸”, a vontade imbuída nessa declaração é atribuir-se o caractere de bestialidade a certo comportamento humano, de modo a legitimar algum tipo de intervenção no sentido de corrigi-lo.

Essa permanente *vigilância social*, direcionada à individualização de *padrões desviantes*, os quais devem ser submetidos a procedimentos de controle e normalização (*ortopedia social* nos termos de Foucault), constitui a sociedade disciplinar, estruturada com base no exercício pulverizado de poder através de pessoas, gestos, discursos e instituições. O modelo da sociedade disciplinar objetiva identificar e controlar corpos e subjetividades, com vistas a

⁸ A atribuição de características bestiais a certas condutas humanas legitimou procedimentos de normalização, especialmente a partir da Idade Clássica (cf. *Os Anormais* de Michel Foucault). O discurso do “contra a natureza” é utilizado até hoje quando se trata de definir e de discutir ressignificações em instituições tradicionais como “família”, de analisar o fenômeno da delinquência e até mesmo no que concerne à avaliações políticas e econômicas, conduzindo frequentemente à incitação do ódio. Esse contexto demonstra que o pensamento foucaultiano a esse respeito se mostra bastante contemporâneo.

aproveitar sua força útil e moldá-los ao tipo de sujeito que se mostra economicamente lucrativo e politicamente proveitoso.

Não é que o poder reprima a eclosão das subjetividades ou de parcelas de subjetividade. O poder fabrica as subjetividades, fabrica o indivíduo. Por isso, Foucault (2010a, p. 205) alegoricamente afirma que “somos bem menos gregos do que pensamos”, haja vista que não estamos nem nas arquibancadas, nem no palco, mas dentro da estrutura panóptica⁹ que vigia, controla e produz o indivíduo. Essa produção costuma se dar de maneiras sutis e sub-reptícias, por meio de mecanismos que escapam à consciência social, na medida em que esse mesmo poder investiu para estabelecer uma relação entre a natureza e o costume social, a fim de promover uma *naturalização* de certas atitudes humanas. A lucratividade política dessa conexão está consubstanciada na indiscutibilidade social dessas condutas, as quais são absorvidas axiomáticamente.

Essa *constituição* do sujeito pela sociedade disciplinar pode ser entendida tanto sob o aspecto externo quanto sob o aspecto interno (FONSECA, 2003, p. 21-25). No primeiro caso, trata-se do esforço da sociedade e das instituições em retirar o homem de uma condição de “inclassificabilidade *prima facie*” e inseri-lo em alguma categoria pensada a partir de um dado método analítico (usualmente científico). Por isso, diz-se que a psiquiatria constituiu o louco como doente mental, haja vista, que antes do surgimento da ciência psiquiátrica, a figura da doença mental não existia. No segundo caso, trata-se da maneira pela qual a circulação dos discursos, o funcionamento das instituições, as estruturas sociopolíticas e os mecanismos de repressão e normalização produzem a subjetividade dos indivíduos. Significa rejeitar a ideia de neutralidade, entendendo-se que o homem, ao mesmo tempo em que exerce o poder, é por ele desenhado.

No plano jurídico, a constituição externa interessa, por exemplo, se entendida sob o aspecto da *imputação* e da *investidura*. Quanto à imputação, a

⁹ Não será aqui abordado pormenorizadamente o conceito do panoptismo. Apesar de figura central na filosofia foucaultiana, as referências às características e história do panoptismo serão pontuais e partirão do pressuposto de prévio conhecimento por parte do leitor. As referências ao panóptico se encontram especialmente em FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010b, p. 186 e ss.

lei recorta uma série de fatos sociais¹⁰ e traslada-os para dentro de seu âmbito de significação, de modo a ligar uma tal consequência a uma certa conduta. Por meio da imputação, a lei torna possível retirar a pessoa da sua condição de “inclassificabilidade *prima facie*” e constituí-lo como *devedor*, *criminoso*, *responsável*, *inocente*, etc. Quanto à investidura, a lei pode selecionar certas pessoas, mediante (ou não) o cumprimento de certas formalidades, e constituí-los como autoridades, o que se opera através de uma transferência simbólica¹¹ de poder. É o que ocorre, por exemplo, com as autoridades públicas.

É certo que a constituição externa do indivíduo atrai grande interesse da teoria geral do direito, pois adentra nas parcelas analíticas mais basilares da ciência jurídica. É certo também que o modo de constituição do sujeito pelo direito é uma rica fonte de estudo da matriz ideológica do direito positivo, haja vista que traduz os valores adotados em uma dada sociedade¹². Contudo, para o presente estudo, interessa sobremaneira a constituição interna, pois ela coloca em xeque inúmeros axiomas que o direito, na verdade, absorve como mitos.

Os conceitos de constituição interna, sociedade disciplinar e os modelos de analítica do poder em Foucault serão retomados ao longo do texto e articulados com conceitos basilares da teoria do direito e do processo, com o fito de estabelecer uma linha crítica à tendência contemporânea de *alargamento* do direito e *empoderamento* do Judiciário, por meio do enfraquecimento do conteúdo semântico das regras e do empobrecimento da *sedimentação histórica de sentido* (NEVES, 2014, p. 17) dos princípios.

2. Verdade e Processo: negação do evolucionismo humanista

É corrente na literatura jurídica brasileira, sobretudo na dogmática, a pressuposição de um evolucionismo humanista. Parte-se da ideia de que o direito passado era subdesenvolvido, o que lhe faria aderir outras

¹⁰ Segundo Kelsen (1999, p. 308): “Sob esse aspecto, o direito é como rei Midas: da mesma forma que tudo o que este tocava se transformava em ouro, assim também tudo aquilo a que o Direito se refere assume o caráter de jurídico”.

¹¹ Simbólica, pois, na verdade, o que ocorre é a constituição da pessoa como centro imanente de poder estatal em sua acepção clássica.

¹² Exemplos: o endurecimento penal, no caso da imputação, e a meritocracia, no caso da investidura.

características negativas associadas à arbitrariedade. É o que se nota, por exemplo, na generalidade dos estudos concernentes ao Direito do Trabalho, Processual Civil e Penal, dentre outros¹³. Par citar um exemplo específico da teoria geral do processo, alguns autores se referem a antigos sistemas de valoração da prova, tais como as ordálias e a tarifação legal, como sendo representativos do primitivismo intelectual de povos em estágios inferiores de evolução, cujos métodos já foram completamente “superados” (CÂMARA, 2007, p. 441-443).

Essa visão progressista do fenômeno jurídico é responsável por impedir que se avalie a consonância desses sistemas probatórios com o conceito ou as formas de apreensão da *verdade* aceitas e assumidas em uma determinada época. A utilização das ordálias como meio de prova não consubstanciam a evidência de um processo arcaico, cruel ou violento, nem o princípio do livre convencimento motivado se mostra a tradução de um patamar civilizatório desenvolvido: ambos os sistemas traduzem um certo método de obtenção da verdade.

Em 1973, Foucault proferiu uma série de palestras no Departamento de Letras da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, sendo que posteriormente as palestras foram transcritas e reunidas na obra *A Verdade e as Formas Jurídicas*. O objetivo das aulas é estabelecer uma relação triangular entre poder, saber e verdade. A intenção de Foucault não foi realizar uma análise tradicional de teoria do direito. A escolha das formas jurídicas como instrumento de pesquisa dessa relação triangular pode ter sido motivada pelo especial interesse em criminologia e direito penitenciário demonstrado por Foucault nos anos 70. Significa dizer que a relação entre poder, saber e verdade, ao se relacionar com estatutos circunstanciais de veredicto¹⁴, não se esgota nas formas jurídicas:

¹³ Para citar alguns exemplos: MARINONI, 2006, p. 23-39; DINAMARCO, 2004, p. 52; DELGADO, 2011, 100-103; TOURINHO FILHO, 2010, p. 18-20.

¹⁴ É preciso não confundir o sentido do termo “veredicto” aqui empregado, com aquele utilizado por Foucault no curso *O Governo de Si e dos Outros* (2010c) proferido no *Collège de France* em 1983. Nessa oportunidade, Foucault atribui outra dimensão à ideia de veredicto, afastando-se da relação poder-saber e concentrando-se na perspectiva ética de compromisso perante à verdade que deve ser sustentada pelo intelectual. Considerando a divisão teórica da filosofia foucaultiana em três fases, a fase ética corresponde ao estudo da relação que o homem mantém consigo mesmo. No curso de 1983, Foucault dá especial enfoque ao compromisso com a verdade, resgatando a noção grega de *parresía*. Apesar de cientes dessa

O que pretendo mostrar nestas conferências é como, de fato, as condições políticas, econômicas de existência não são um véu ou um obstáculo para o sujeito de conhecimento mas aquilo através do que se formam os sujeitos de conhecimento e, por conseguinte, as relações de verdade. Só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que se formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade (FOUCAULT, 2003, p. 27).

O estatuto de veredicação assumido por uma certa sociedade só é apreendido em cotejo com seu contexto histórico, político e econômico. Não se trata aqui de defender uma mera relativização de valores. Essa relativização já se encontra inserida desde o início na proposta foucaultiana de rejeição a filosofias totalizantes. Reduzir sua metodologia à simples ideia de que os valores possuem conteúdos axiológicos cambiantes não dá conta da extensão do projeto arqueogenealógico. A ideia de desconstrução do humanismo evolucionista objetiva fazer desaparecer a intangibilidade de certos conhecimentos autodenominados evidentes ou naturais, o que abriria espaço para a pesquisa das *circunstâncias* de irrupção dos discursos e não do conteúdo dos discursos em si. Nesse aspecto, a proposta foucaultiana é epistemológica, não ontológica.

Esse contingenciamento circunstancial das condições epistemológicas a que Foucault se refere afeta a pretensão de neutralidade dos conhecimentos humanos, na medida em que “não é natural à natureza ser conhecida”, o que significa dizer que “o conhecimento não é instintivo, mas contra-instintivo”. Por isso, afirma Foucault que é totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não seja obrigatoriamente parcial, oblíquo ou perspectivo (Ibidem, p. 17-18 e 25). O conhecimento jurídico não escapa a esse contingenciamento, em que pese ser nítida a tendência da dogmática jurídica brasileira em rejeitá-lo.

A teoria geral do processo se desenvolveu concomitantemente à monopolização do exercício legítimo da violência pelo Estado¹⁵. Esse poder

circunstância terminológica e dos influxos teóricos de Foucault, utilizar-se-á os termos “veredicação” e “ordem de verdade” para designar o procedimento pelo qual uma certa sociedade atribui a noção de verdade a certos discursos.

¹⁵ Essa circunstância pode ser percebida quando se verifica que “o Estado ocupa, na relação jurídica processual, posição de supremacia e equidistância das partes” (CÂMARA, 2007, p. 171). Nesse sentido, fala-se em “Estado-juiz” para se referir à parcela do poder estatal que se destina ao exercício da jurisdição (IDEM). A figura do Estado-juiz, imparcial e soberano,

estatal está relacionado como o modelo clássico da soberania e não com o modelo da sociedade disciplinar, haja vista que nesse último não cabe adjetivar o exercício do poder como legítimo ou ilegítimo¹⁶. Conforme visto, a questão sobre a legitimidade do poder só se justifica quando ele é focado sob a ótica do discurso jurídico, responsável por diferenciar as condutas contrárias à ordem do direito daquelas conforme à ordem do direito. No âmbito do modelo estratégico, o poder é um exercício que se dá por vias extrainstitucionais, de modo que sua caracterização como ato de poder se mostra fluida, imperceptível, característica esta que explica em grande parte sua aptidão para produzir subjetividades

A tendência estatal no sentido de impor a solução heterônoma de conflitos só se mostrou tolerável por estar acompanhada de mecanismos aptos a assegurar a participação dos cidadãos (jurisdicionados) na tomada de decisão pelo poder público. Sob essa perspectiva, o processo constitui o mecanismo pelo qual se torna aceitável o exercício de uma violência legítima contra a pessoa¹⁷. Constitui, portanto, o interposto entre o poder e o cidadão, aquele primeiro entendido em seu sentido clássico e identificado com o poder estatal regulado pelo direito.

O processo cumpre, assim, a função de legitimar o exercício do poder pelo Estado. Não cabe aqui discutir se todo o direito não teria a função precípua de legitimar o exercício do poder, o que retiraria, se aceita a hipótese, toda a utilidade da afirmação anterior. Essa discussão extrapola os limites do presente de texto, de modo que para os fins aqui almejados, basta deixar claro que o direito processual é responsável por dar concretude fática a um exercício anterior de poder pelo Estado, que é a lei de direito material.

Isso não significa que o direito material seja destituído de eficácia caso não haja mecanismos processuais que se lhe assegurem a observância. A

submetido apenas à lei, é corolário da teoria geral do processo desde o momento em que o processo começou a ser pensado como ramo jurídico autônomo.

¹⁶ A relação entre o direito processual e o modelo estratégico de exercício do poder será visto mais adiante, quando da análise da figura do inquérito.

¹⁷ Parte-se aqui do pressuposto de que a violência legítima – dentro da ordem jurídica – configura, ainda assim violência, por se tratar de imposição heterônoma que se opera inclusive pelo uso da força física. Entender que o simples fato de a violência estar prevista pela ordem jurídica lhe retira a característica de uso da força, transformando-a em prerrogativa legítima é cair na falácia do humanismo progressivo, acreditando-se que o direito é sinônimo de emancipação.

norma de direito material pode ser plenamente eficaz, no sentido de produzir o resultado social por ela esperado, sem que seja necessário o ajuizamento de qualquer demanda tendente a obrigar-lhe o cumprimento. É certo que o plano de validade não se confunde com o plano de eficácia, mas toda norma precisa ser minimamente eficaz para ser válida (KELSEN, 1999, p. 12). Segundo Hart (2012, p. 132), para avaliar a eficácia de uma norma pode-se recorrer à análise das decisões dos tribunais e verificar que os juízes estão obrigando sua observância¹⁸. Todavia, também uma norma nunca submetida à apreciação judicial pode gozar de eficácia, pois é viável a hipótese em que o cumprimento de suas disposições é tão absorvido pela sociedade que nenhuma demanda tenha se mostrado necessária.

Uma questão ainda merece ser esclarecida. Afirmar que o direito processual dá concretude a um exercício anterior de poder pelo Estado, consubstanciado na lei material, não significa dizer que as normas reguladoras de procedimentos judiciais não sejam dotadas dos atributos de generalidade e abstração. Nesse aspecto, as normas de direito processual possuem as mesmas características das normas de direito material e não se confundem com as normas concretas, como a sentença, por exemplo. A característica distintiva do direito processual em relação ao material consiste no caráter de instrumentalidade do primeiro.

Esse fenômeno de engrandecimento da função do processo no universo jurídico resultou na criação de toda uma ordem burocrática e formalista de requisitos para a interferência do Estado na vida privada. É nesse sentido que se afirma que o desenvolvimento do direito processual funcionou como condição de possibilidade do exercício do poder estatal, entendido sob a ótica do modelo jurídico da soberania. A partir da Idade Moderna, a sociedade passou a rejeitar ingerências estatais que não resultassem de um título jurídico a que se tivesse dado o prévio atributo de legitimidade. O processo funciona como um dos instrumentos de alcance desse título jurídico, ao prever um rol de garantias e formalidades a favor do cidadão, dentre as quais incluía-se o direito

¹⁸ Trata-se do que Hart denomina como *enunciado externo* ou *ponto de vista externo*. Ocorre quando um observador desvinculado ideologicamente da ordem jurídica que analisa profere um enunciado acerca da validade de um ordenamento jurídico para um certo grupo social. O autor cita como exemplo o enunciado “na Inglaterra, reconhece-se como lei tudo o que o parlamento promulga por delegação da Coroa”. Uma outra maneira de verificar a eficácia da norma jurídica é a previsão de que ela será aplicada pelos tribunais daquele Estado.

de participar da decisão judicial, a partir da junção dos princípios do dispositivo e do binômio contraditório-amplo defesa.

Durante o período em que a resolução de conflitos sociais era primordialmente privada, não se mostrava necessária a intervenção do direito na consecução material da lei. Não havia Poder Judiciário na Idade Média. A liquidação dos conflitos era feita pelos próprios indivíduos, os quais solicitavam às autoridades políticas e religiosas não que fizessem justiça, mas que atestassem a regularidade do procedimento¹⁹ (FOUCAULT, 2003, p. 65). Contudo, o desenvolvimento do direito processual até atingir os contornos que a moderna ciência jurídica lhe atribui dependeu também de estatutos de veredicação que não são aferíveis por análises pautadas apenas no poder político do Estado.

Segundo Foucault (ibidem, p. 73), as características do processo moderno nascem com o desenvolvimento de um método de apreensão da verdade denominado *inquérito*²⁰. A prática do inquérito não se limita aos procedimentos judiciais, mas constitui novo instrumento de apreensão da verdade que passa a ser aceito pela sociedade. Não é que o inquérito seja um fenômeno efetivamente novo, pois na verdade ele é anterior à noção de processo como ramo jurídico. O que se verificou foi a sua ascensão como técnica de veredicação a partir do final da Idade Média e início da Moderna.

Foucault entrevê o inquérito na tragédia Édipo-Rei de Sófocles. Acredita ele que a tragédia sofocliana é o primeiro testemunho que temos das práticas judiciais gregas (ibidem, p. 31). A passagem a que Foucault se refere consiste no poder do pastor em decidir sobre a verdade da premonição do oráculo de Apolo, por *saber* a origem de Édipo e *ter presenciado* o assassinato de Laio (SÓFOCLES, 1998, p. 79). A partir do momento em que o pastor presta um testemunho e que esse testemunho sobrepuja todas as demais evidências havidas sobre o fato, Foucault acredita estar diante de uma

¹⁹ Esse procedimento a que se refere o autor não deve ser confundido com o moderno conceito de processo, pois não engloba um complexo de princípios e garantias concedidas pelo Estado para legitimar sua interferência na vida privada. Trata-se apenas da presença de alguma autoridade, não necessariamente pública, para acompanhar a execução material de um direito marcadamente consuetudinário.

²⁰ É importante não confundir o inquérito a que Foucault se refere com o inquérito policial ou inquérito civil público. Ambos são resultados da antiga prática do inquérito, que consiste, como será visto, numa metodologia de apreensão da verdade por meio da coleta de provas ditas racionais.

das primeiras aparições do modelo do inquérito como método de apreensão da verdade.

No entanto, é preciso considerar que a tragédia de Édipo mescla elementos de veredicto que não pertencem apenas ao modelo do inquérito, mas que, ao contrário, fazem-na se aproximar dos métodos probatórios vigorantes no direito germânico bárbaro. É o que se percebe, por exemplo, com o aparecimento do cego Tirésias logo no começo da trama (ibidem, p. 24). Conhecido pelo seu poder de clarividência, Tirésias é o primeiro a ser chamado por Édipo para esclarecer o motivo pelo qual Tebas se encontra em profunda crise. Quando Tirésias responde que o responsável pela situação é o próprio Édipo, ele não acredita no clarividente, suspeitando assim de uma prova tipicamente aceita nos modelos processuais daquela época e de posteriores: o parecer dos sábios.

Ainda que se considere que Édipo não convocou Tirésias para que ele esclarecesse sobre a predição do oráculo, o que ocorreu apenas de forma accidental, haja vista que o clarividente foi convocado para responder sobre os motivos da crise tebana, Édipo põe em xeque as palavras de Tirésias e só se contenta quando o pastor diz, no final da peça, ter presenciado a morte de Laio. O direito ocidental é muito tributário da cultura greco-romana, motivo pelo qual entende-se que os métodos de apreensão da verdade propugnados nesse período configuram a matriz da racionalidade moderna, ao passo que ao direito germânico bárbaro, atribui-se a noção de irracionalidade.

Nessa medida, Foucault (2003, p. 53) contrapõe dois modelos de prova. Um deles é o utilizado pelo direito medieval germânico, em que não há juiz, sentença, inquérito, nem testemunho para se aferir quem disse a verdade. A justiça da decisão se pauta em critérios atrelados ao sacrifício, à luta e ao risco que cada um vai correr. Esse método de apreensão da verdade se desenvolveu especialmente na Idade Média em virtude da forte centralização epistemológica promovida pela Igreja. Isso porque a Igreja determinava os métodos de apreensão da verdade antes da Idade Moderna²¹ e, sendo a penitência um dos pilares da dogmática católica, a verdade estaria ao lado daquele que se dispusesse a fazer o maior sacrifício.

²¹ A autonomização dos saberes em relação à Igreja é, inclusive, uma das marcas da Modernidade. Nesse sentido: ROUANET, 2002.

O desenvolvimento do inquérito provoca um rearranjo nesse método de apreensão da verdade, pois retira o atributo de fonte de veredicação daquele que se sacrifica e transporta-o para aquele que *viu* ou *sabe*. O inquérito constitui um sistema de conhecimento que não se baseia na luta ou no risco que se vai correr com a produção daquela verdade. Sua estrutura tem como personagem principal o poder político (não religioso ou metafísico) e seu exercício se dá fazendo perguntas, questionando, pois aquele que o conduz não sabe a verdade, mas procura sabê-la por meio do inquérito (ibidem, p. 59). O inquérito objetivou desqualificar os conhecimentos obtidos por outros mecanismos epistemológicos, buscando instaurar uma ordem de verdade processual pautada em “formas racionais de prova e demonstração” (ibidem, p. 54).

A grande inversão operada pelo inquérito é que o resultado da prova deixa de ser uma questão de vitória ou fracasso. Foucault cita um exemplo de ordália na qual o interessado era obrigado a andar sobre ferro em brasa e, se ainda houvesse cicatrizes após dois dias, perdia o processo:

Todos esses afrontamentos do indivíduo ou de seu corpo com os elementos naturais são uma transposição simbólica, cuja semântica deveria ser estudada, da própria luta dos indivíduos entre si. No fundo, trata-se sempre de uma batalha, trata-se sempre de saber quem é o mais forte. No velho Direito Germânico, o processo é apenas a continuação regulamentada, ritualizada da guerra (ibidem, p. 60).

A partir do desenvolvimento do inquérito como técnica de veredicação, percebe-se, no campo processual, que a participação do interessado na produção da prova vai se tornando cada vez mais reduzida, de modo que o sacrifício a que ele poderá ser submetido para produzi-la perde qualquer sentido. O que passa a importar é o relato de pessoas alheias aos interesses das partes ou detentoras de um saber especial²². No contexto da formação do processo civil moderno, o inquérito como método de coleta de prova passa a constituir o *modo de ser* do processo, a forma que ele deverá tomar também

²² Em verdade, a dependência de pessoas detentoras de um certo saber se desenvolve especialmente no âmbito de uma outra técnica de obtenção da verdade: o *exame*. Esse método tem cunho positivista e se pauta na inserção dos princípios científicos na ordem de verdade. No campo processual, o exame se manifesta com o surgimento da figura do perito. Contudo, também o inquérito dependia do parecer de pessoas detentoras de certos saberes. Deve-se ressaltar, entretanto, que esse saber não estava vinculado ao domínio de certa ciência, mas a certa posição social ocupada pela pessoa.

materialmente: um conjunto de documentos que devem atestar, por meio de palavras escritas, aquilo que teria ocorrido no mundo dos fatos.

Essa transformação do direito processual é acompanhada pela publicização do direito de ação e pela criação da figura do procurador do rei (ibidem, 65-67). O direito de ação que aqui se refere não deve ser confundido com a pretensão material deduzida em juízo (*res in iudicium deducta*), nem com eventuais terminologias que foram posteriormente atribuídas a certos tipos de ação (tal como a ação penal *privada*). O direito de ação deve ser entendido segundo o que hoje se denomina por teoria abstrata da ação: o direito de ação é o direito de provocar a jurisdição (CÂMARA, 2007, p. 123).

Nesse sentido, a figura do procurador do rei se mostra intimamente ligada com o fenômeno da publicização do direito de ação. Após a queda da monarquia absolutista, a legitimidade do poder público no modelo jurídico da soberania foi transportada do rei para o povo, por meio do contrato social. Essa nova conjuntura implicou o rearranjo da fundamentação do direito de punir do Estado, que deixa de pertencer exclusivamente ao soberano, o que transformava a pena em espetáculo alegórico do poder real (FOUCAULT, 2010b, p. 49), e passa a pertencer a toda a sociedade, na medida em que a legitimação do poder punitivo se justifica na menor porção de liberdade que o indivíduo aceita abrir mão para concretizar a paz social (BECCARIA, 2002, p. 39). Isso fez com que a figura do procurador *do rei* se transformasse na figura do procurador *da coletividade*.

Durante toda a Idade Moderna e boa parte da Contemporânea, essa função do procurador de proteger os interesses da sociedade esteve atrelada apenas ao campo penal e processual penal. Com o desenvolvimento da ideia de que a infração constitui um abuso de direito no esquema do contrato social, ao procurador cumpriria a função de provocar o Estado para que punisse o infrator. Na segunda metade do século XX, porém, a figura do procurador da coletividade volta a ter interesse para área civil²³, com a importância dada à defesa processual dos direitos metaindividuais.

Tudo o que foi exposto conduz à evidência de que o direito processual sofre o contingenciamento epistemológico do contexto sociopolítico a que se

²³ O termo *civil* aqui abrange tudo o que não for penal, incluindo ambiental, social, trabalhista, minorias, etc.

submete a ordem de verdade. Tendo o direito processual estreita conexão com a *verdade*, seus métodos são intimamente afetados pelas reestruturações nos estatutos de veredicação. O compromisso da negação do evolucionismo e das filosofias totalizantes deve ser mantido ainda que diante dos exemplos de ordálias dados acima. A absorção de discursos que bestializam práticas processuais antigas não auxiliam na implementação de uma pesquisa acadêmica que dê conta do projeto de *ontologia do presente*. O papel que deve ser assumido pelo intelectual consiste na denúncia dos esquemas de poder e de como operam seus discursos naturalizantes.

3. A Norma em Foucault

O conceito de norma que pode ser extraído do conjunto das obras de Foucault apresenta certa tensão em relação ao conceito de norma na teoria clássica do direito. Essa tensão se manifesta no sentido de que, apesar de Foucault partir de alguns pressupostos também aceitos pela teoria geral do direito, o complexo estrutural da norma na filosofia foucaultiana resulta na elaboração de um conceito que conflita com as bases de um direito fundado no evolucionismo humanista.

Significa dizer que, sob o aspecto das premissas conceituais, a norma em Foucault se mantém em compasso com uma filosofia positivista da norma (no sentido, por exemplo, de manter a raiz da norma atada à relação de poder). Essa semelhança entre a norma em Foucault e a norma para o positivismo jurídico não se estende, todavia, muito além disso. Essa dissonância entre os dois conceitos se explica pelo enfoque metodológico que Foucault dá à norma a partir do modelo estratégico de análise do poder.

Tanto o modelo jurídico da soberania, quanto o modelo da sociedade disciplinar, admitem que a norma encontra seu fundamento em uma relação de poder²⁴. Em sua crítica ao jusnaturalismo, o positivismo jurídico ressaltou o papel do poder na produção da norma, negando a existência de qualquer

²⁴ Para fins de delimitação do estudo, focaremos no conceito positivista de norma. A teoria do direito do período monárquico também associava a norma ao poder, na medida em que concentrava todo o exercício do poder na figura do rei, inclusive o de legislar.

fundamento sociológico ao direito que não fosse o próprio poder. Nas palavras de Kelsen (2011, p. XX):

O problema do direito natural é o eterno problema daquilo que está por trás do direito positivo. E quem procura uma resposta encontrará – temo – não a verdade absoluta de uma metafísica nem a justiça absoluta de um direito natural. Quem levanta esse véu sem fechar os olhos, vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder.

Enquanto o jusnaturalismo via no direito dos homens a tentativa sempre frustrada de se alcançar o direito ideal, o positivismo entendia o objeto do direito como fruto de relações de poder sociologicamente determinadas. Para o jusnaturalismo, o direito seria tanto melhor ou mais justo quanto mais lograsse aproximar-se do direito natural, pois este consubstanciaria a suma justiça de um direito perfeito (BOBBIO, 2006, p. 22-23). A partir do Iluminismo, a raiz teológica do direito divino dos reis se transmuta em fundamentação metafísica de um direito universal cujo conteúdo é sempre bom e correto, o que justifica o dever geral de observância.

Para o positivismo jurídico, esse dever geral de observância do direito é pressuposto lógico da ciência jurídica. Não cabe ao direito investigar o que levou a sociedade a obedecer as leis por ele instituídas: essa tarefa incumbiria à pesquisa social, não à ciência do direito. Para analisar o fenômeno jurídico a partir da metodologia científica do positivismo, seria necessário pressupor que, em um dado momento histórico, a sociedade passou a obedecer as regras emanadas de um certo poder que se autointitulava constituinte da ordem normativa social. Esse poder deu origem à primeira constituição, criando uma norma cujo enunciado pode ser sintetizado na necessidade de obedecer o que dispuser o poder constituinte originário. A essa norma, Kelsen (1999, p. 217) atribuiu o nome de *norma hipotética fundamental* (*Grundnorm*).

Assim, quando Kelsen afirma que quem busca encontrar o que está por trás do direito positivo encontrará apenas a górgona do poder, quer afirmar que na matriz fundante do direito há uma estrutura de poder que instituiu o dever de obediência. A absorção social, consciente ou não, desse dever corresponde à norma fundamental que instaura a ordem jurídica. Essa ordem é composta de várias outras normas, formando uma pirâmide hierárquica na qual cada estrato inferior encontra seu fundamento de validade no estrato superior, tendo a

norma hipotética fundamental como fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico.

Kelsen se utiliza do termo “dinâmica jurídica” para se referir à perspectiva de análise do direito voltada para a produção de normas jurídicas. À ideia de dinâmica jurídica, o autor acrescenta a de estática jurídica, pela qual “a conduta dos indivíduos [...] é considerada como devida (devendo ser) por força de seu conteúdo” (ibidem, p. 217). A dinâmica jurídica, por sua vez, é caracterizada pelo fato de que a norma pressuposta tem como conteúdo apenas a instituição de um “fato produtor de normas” ou “uma regra que determina como devem ser criadas as normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental” (ibidem, p. 219).

Quer dizer que, enquanto a estática jurídica analisa o fundamento de validade de uma norma a partir de outras normas, a dinâmica jurídica analisa o fundamento de validade de uma norma a partir do processo de criação do direito, o qual também é regulado por normas. Em última instância, o que regula o processo de criação do direito é o conteúdo juridicamente vazio, apesar de sociologicamente vasto, da norma hipotética fundamental que constituiu o primeiro poder constituinte originário. Além de a norma hipotética fundamental guardar em sua matriz sociológica a relação de poder que conduziu à obediência do direito, a estrutura de produção normativa por ela instaurada também depende de esquemas de poder.

É por isso que o positivismo jurídico, ao delimitar o objeto de estudo da ciência do direito, separa o momento pré-normativo do momento pós-normativo do direito. O momento pré-normativo é aquele em que as relações de poder atuam na criação das normas jurídicas, valendo-se do complexo estrutural da dinâmica jurídica. Nesse estágio, ainda não há efetiva norma jurídica, mas apenas relações de poder político, econômico e social que se transmutarão em poder jurídico a partir do momento em que o conteúdo do resultado desse embate de relações de poder passar a constituir conteúdo de uma norma jurídica. Utilizando a linguagem kelseniana, o momento normativo se inicia quando é atribuído *sentido objetivo* ao enunciado que prescreve certa conduta como proibida, permitida ou devida (KELSEN, 1999, p. 4-5).

Nessa medida, a partir do positivismo, a teoria jurídica passou a aceitar que na matriz do direito estava inserida uma relação de poder, ao contrário do

que propugnava o jusnaturalismo, que via na perfeição de uma justiça ideal o objetivo e o fundamento da ordem jurídica (BOBBIO, 2006, p. 22-23). Pode-se dizer que se trata uma aproximação possível com o conceito foucaultiano de norma, na medida em que Foucault também vê esquemas de poder na criação da norma. No entanto, o enfoque meramente formalista que o positivismo jurídico atribuiu à norma se contrapõe ao enfoque ontológico que Foucault dispensou ao tema.

Diz-se que a definição do positivismo é formalista no sentido de que conceitua a norma a partir de seu fundamento de validade, do método que lhe deu origem e, não, a partir de seu conteúdo, tal como faz Foucault. É certo que também em Foucault a norma é uma *forma*. Contudo, o elemento formalista, além de não necessitar ser estritamente institucional, está atrelado a um elemento material. Significa dizer que em Foucault, a norma é uma forma e um conteúdo, determinados não necessariamente por mecanismos jurídicos de poder²⁵.

A partir de uma análise conjunta de várias obras de Foucault que tratam da norma²⁶, podemos conceituá-la como sendo uma prática discursiva apresentada sob a forma de um discurso naturalizante, cujo conteúdo consiste em uma certa maneira pela qual a razão regula a subjetividade moderna, o que se implementa por meio de intervenções de poder que condicionam a *épistémé* da modernidade. Nesse aspecto, Foucault não utiliza o termo norma como sinônimo de lei, tal como o faz a teoria do direito²⁷, mas associa a norma à *normalidade*, de modo que o conteúdo que se enquadre na norma será considerado *normal* e o conteúdo que não se enquadre na norma será considerado *anormal*.

Primeiramente, é preciso destacar a questão da forma. Se para o direito positivo, a forma da norma é regulada por outras normas hierarquicamente escalonadas, cujos estratos superiores fundamentam os inferiores, a forma da norma em Foucault se dá pela sua absorção como dado

²⁵ Talvez seja pelo fato de que o sentido de norma em Foucault não precisa necessariamente decorrer de um poder jurídico que gera essa situação de tensão entre o conceito foucaultiano de norma e o conceito positivista de norma.

²⁶ *A vontade de Saber* (1988), *Vigiar e Punir* (2010b), *Os Anormais* (2010d). Tais obras são conjugadas com o texto *Michel Foucault e la Norme* (1992) de François Ewald.

²⁷ Em verdade, para a teoria do direito, a lei é um tipo de norma.

auto-evidente. Nesse sentido, a norma foucaultiana está associada a ordens de verdade e estatutos de veredicação. Os mecanismos reguladores da produção da verdade cumprem importante papel na transformação das normas em verdades incontestáveis ou cuja negação depende de procedimentos discursivos mais rígidos. É por isso que se pode dizer que “a imanência da norma consiste justamente em afirmar a inexistência da norma em si, ou seja, não se pode pensar a norma em si mesma como anterior ou separada das consequências de sua atuação” (FONSECA, 2012, p. 60).

O segundo aspecto a ser considerado se refere à regulação da subjetividade moderna pela razão. O adjetivo “moderna” para caracterizar “subjetividade” se explica em virtude de o fenômeno da proliferação das normas ter-se estabelecido com mais força a partir da modernidade (Ibidem, p. 76). Não que as normas no sentido foucaultiano sejam produto apenas de mecanismos surgidos na Idade Moderna, mas foi a partir desse período que as normas passaram a ser instrumentalizadas por autênticos procedimentos de veredicação. Um exemplo que pode ser dado nesse aspecto diz respeito à criminologia positivista, cuja objetivação chegou ao ponto de se acreditar poder identificar o criminoso por meio de uma observação puramente científica (FERNANDES; FERNANDES, 2012, p. 75-79). A criminologia veiculou uma norma concernente ao “estado de normalidade” humana, caracterizando como *anormal* a conduta que se opusesse aos preceitos jurídico-penais. Em que pese o direito penal ser fruto de uma decisão política contingencial, a delinquência no homem seria inata sob esse ponto de vista.

Em *Vigiar e Punir* (2010b) e no memorial sobre Pierre Rivière (2013), é possível notar que o desenvolvimento dessa norma se deu especialmente a partir da modernidade. No período da monarquia francesa, o atributo de bestialidade eventualmente imputada ao delinquente se circunscrevia ao recurso argumentativo ou jornalístico sensacionalista, sem estrito cunho de discurso submetido à mecanismos de veredicação. Foi com o desenvolvimento da criminologia e da psiquiatria como ciências que a delinquência passou a ser entendida como anormalidade, degeneração ou desvirtuamento da natureza humana. Nesse momento, a veiculação desses discursos normativos se deu sob a forma de enunciados que se auto-proclamaram neutros e desvinculados

de quaisquer pretensões de poder, sendo esta a principal forma de instrumentalização das normas no sentido foucaultiano.

Aqui é importante destacar a influência de Nietzsche na fase genealógica de Foucault. Esther Díaz aponta semelhanças entre os textos de Foucault e Nietzsche a respeito da genealogia. Para a autora, Foucault:

Retoma o tema nietzschiano da diferença entre origem e invenção (*Ursprung* e *Entfindung*). É óbvio que todo conceito, toda palavra, toda prática teve um começo. Tiveram-no os “ideais”, “a razão”, a “moralidade”, a “poesia” e a “ciência”. A genealogia de Nietzsche nega-se a *atribuir* uma origem metafísica com significações ideais. À origem é negada uma raiz metafísica. “Começo” significa “invenção”, no sentido de “produção humana” em um determinado momento da história (DÍAZ, 2012, p. 96-97) (grifos da autora).

A genealogia da norma da delinquência em *Vigiar e Punir* tem essa preocupação com as bases metodológicas dos trabalhos de Foucault nessa fase, sofrendo forte influência da filosofia de Nietzsche. Sobre isso, é preciso distinguir que Foucault não apresenta em *Vigiar e Punir* uma teoria do direito de punir de Estado, tratando mais especificamente do desenvolvimento do direito penal e da prisão como instrumentos inseridos em um conjunto de técnicas de poder cujo lucro político-econômico-social está consubstanciado no aperfeiçoamento da vigilância.

Já Nietzsche (2013, p. 17, 62-65) apresenta uma clara teoria do direito de punir do Estado. Ao impor a observância das regras de conduta moral-penal, o Estado reprime o exercício de uma liberdade do homem. A moral e o direito só existem no âmbito da sociedade, o que explica o seu enunciado no sentido de que “todo o rebanho necessita de uma moral”. A violação dessas regras jurídico-morais representa o exercício de um ato de libertação insuportável para aquele que se submete a essas normas. Esse ato de insubordinação provoca uma sensação de *ressentimento* coletivo, o que, a um só tempo, fundamentaria politicamente o direito de punir do estado e explicaria a circunstância de punição ser tratada como espetáculo.

Entre Nietzsche e Foucault nesse aspecto, o que se nota é que Foucault é mais técnico e apresenta uma análise mais consistente sobre o

desenvolvimento da norma da delinquência²⁸, a qual pode ser associada com outros discursos alusivos à degenerescência humana, tais como a loucura e a homossexualidade. Todos esses fenômenos (loucura, delinquência e homossexualidade) e seus respectivos discursos de degenerescência não existiram apenas da modernidade, mas seus métodos de apreensão mudaram a partir desse período. Sob a perspectiva de Foucault, o século XIX é o período de ascensão das normas na medida em que elas passam a ser veiculadas por meio de estatutos de veredicação aceitos pela sociedade como fontes epistemológicas garantidoras de progresso. É nesse sentido que foi dito no conceito supra que, na estrutura da norma, a razão cumpre o papel de regular a subjetividade.

Essa regulação da subjetividade opera através das técnicas de constituição interna e externa do sujeito a que já nos referimos. A constituição externa se dá pela retirada do sujeito de uma situação de inclassificabilidade “prima facie” para incluí-lo em uma certa posição ou *status* social, por meio do estabelecimento de um *critério* normativo, expedido por alguma instância sociologicamente aceita como responsável por regular a verdade. A constituição interna se dá pela aplicação de técnicas de poder que moldam a subjetividade já em seu processo de formação, transformando-a naquilo que for útil, na medida em que se acopla um discurso naturalizante a exercícios de poder sociologicamente condicionados.

O que nota aqui é um aparente distanciamento entre a teoria tradicional da norma jurídica e o sentido foucaultiano de norma. Em regra, a teoria do direito rejeita concepções substanciais da norma, preferindo adotar critérios formais (KELSEN, 1999, p. 04) ou semânticos (ALEXY, 2014, p. 56-58). Isso implica que a norma jurídica é indeterminada quanto ao conteúdo, podendo regular qualquer situação, desde que observado o procedimento predeterminado por outras normas (estas de dinâmica jurídica).

Nesse aspecto, é importante reforçar que Foucault não pretendeu elaborar uma teoria da norma *jurídica*. A norma em Foucault não é sinônimo de lei, nem constitui gênero do qual a lei pode ser considerada uma espécie. A

²⁸ No entanto, é preciso notar que elaborar uma genealogia desse tipo não foi uma proposta de Nietzsche, o que explicaria a falta de cuidado do autor com a linguagem técnica própria do direito penal.

norma foucaultiana tem como critério conceitual uma perspectiva ontológica e ampla de norma. Os critérios normativos, como sendo aqueles determinantes da subjetividade moderna e emanados de instâncias controladoras da verdade, tanto podem ser identificados: no âmbito do fenômeno jurídico; fora do âmbito jurídico, sendo posteriormente absorvido por ele; absolutamente fora do âmbito jurídico.

Aqui, a norma em Foucault volta a apresentar pontos de proximidade com a teoria tradicional do direito, na medida em que, se a noção mais aceita de norma na ciência jurídica é obtida pela adoção de critérios formais ou semânticos²⁹, tanto a norma jurídica pode *regular* um padrão de subjetividade/normalidade, quanto pode *absorver* um padrão de subjetividade/normalidade, ou ainda, *rejeitar* um padrão de subjetividade/normalidade. Significa dizer que o direito pode funcionar (e, de fato, funciona) tanto através de técnicas constitutivas do sujeito, mediante regulação ou absorção, quanto se contrapor a elas. Nesse último caso, trata-se de um direito preocupado em se abster de positivar o discurso da degenerescência e de todas as suas variantes mais eufemísticas.

Tudo o que foi exposto explica a asserção apresentada logo no início deste tópico, no sentido de que, entre o conceito de norma da ciência do direito tradicional e o conceito foucaultiano de norma, existe uma forte tensão, marcada por influxos e resistências. Os motivos que determinam esses influxos e resistências são inexplicáveis a partir de uma teoria que tome em consideração, isoladamente, o fenômeno jurídico, ou o político, ou social-econômico. A determinação do que leva o direito a atuar contra ou a favor da regulação da subjetividade a partir de um discurso naturalizante/moralizante

²⁹ O conceito de norma é tema central no âmbito da teoria do direito. É certo que os critérios definidores da norma jurídica não se resumem apenas aos de cunho formalista, como o apresentado por Kelsen (no sentido de que a norma jurídica é o enunciado ao qual atribui-se sentido objetivo, em virtude de sua criação estar regulada por outras normas), ou aos de cunho semântico, como o apresentado por Alexy (segundo o qual uma norma é o significado de um enunciado normativo). Existem conceitos de norma que abrangem a parcela da realidade necessária à contextualização do texto normativo (Müller) ou ainda as que vinculam as normas jurídicas a normas gerais de reconhecimento (Hart). Em virtude da vastidão do tema e dos limites metodológicos da presente dissertação, optamos por mencionar apenas os dois conceitos jurídicos de norma que consideramos mais marcantes na história recente do pensamento jurídico, simbolizado pelo conceito kelseniano-positivista de norma, que marcou o final do século XIX e início do XX, e pelo conceito pós-positivista de Alexy, que influenciou a segunda metade do século XX e é extremamente adotado pela literatura e jurisprudência constitucionais no Brasil ainda hoje.

somente pode ter um início de análise se considerada toda uma investigação histórico-sociológica comprometida com a ontologia do presente. Mesmo assim, não há como assegurar que o resultado dessa investigação descreva de maneira fiel o funcionamento dessa estrutura que conecta direito, política, sociedade e economia. Ter-se-á apenas mais uma hipótese.

Ainda que não seja possível explicar as causas e o funcionamento dessa estrutura, a constatação de que o direito moderno pode atuar como mecanismo de regulação da subjetividade, a partir da determinação de condutas tidas como *naturais* ou *normais*, é de extrema importância no contexto do modelo social complexo que marca a contemporaneidade. Pode não ser novidade essa constatação, haja vista que o direito penal, por exemplo, sempre regulou aquilo que se pode denominar de *padrão de normalidade* do sujeito no que concerne a sua atuação perante os bens jurídico-penais tutelados pelo direito. Contudo, por um ou outro motivo, nunca antes as estruturas e os fundamentos das normas jurídicas foram tão questionadas no âmbito social³⁰. Essa é uma característica da sociedade complexa, na medida em que ela conjuga expectativas políticas e existenciais de diversos grupos, as quais podem ser antagônicas entre si (NEVES, 2014).

No âmbito do direito, essa pluralidade de expectativas se traduz ora no questionamento de dispositivos jurídicos que, até pouco tempo, eram tidos como *autoevidentes* por toda a sociedade ou por boa parcela dela, ora na luta e na reivindicação de *novos* direitos. A absorção desses padrões de normalidade reguladores de subjetividade pode significar a descrença no direito como instrumento emancipatório no contexto da sociedade complexa. A manipulação ideológica do direito para atender aos interesses de um certo grupo de interessados se torna altamente potencializada diante de um quadro em que o direito depende cada vez mais da *argumentação principiológica* para organização de uma ordem jurídica inflacionada pela pluralidade de situações reais novas.

³⁰ Atualmente, é cada vez mais comum a colocação em dúvida de dispositivos jurídicos referentes, por exemplo, à criminalização do aborto e do uso de drogas leves. Não significa que esse tipo de discussão não tenha existido até pouco tempo atrás. O que diferencia a atual situação é que, hoje, essas discussões se dão em âmbito social e a partir de perspectivas cruciais para certos grupos da sociedade, que entendem essas reivindicações como parte da materialização de seus projetos de vida. Não se trata mais de uma discussão meramente acadêmica.

4. O Dualismo entre Autonomia e Submissão na Resolução de Conflitos

No curso *Em Defesa da Sociedade*, Foucault deixa entrever o que seria (ou poderia ser) um “direito novo” em sua visão. Foucault não formulou nenhum conceito que sintetizasse as principais características desse direito, nem deu maiores explicações sobre o caminho que se deve percorrer para atingi-lo. Nem ao menos se seria realmente possível atingi-lo. Essa tarefa foi deixada para seus intérpretes, que formularam um elenco de características as mais diversas para tentar explicar o que pretendeu dizer Foucault ao aludir a esse “novo direito” e o que o tornaria diferente do “direito antigo”.

Diante dessa pluralidade de enfoques, Chaves (2010, p. 106-107) agrupa as concepções sobre as características do direito novo em duas hipóteses: uma primeira de cunho otimista e a segunda, pessimista. Adverte o autor que o otimismo ou pessimismo por ele atribuído a cada uma das hipóteses não têm conexão com a fase arqueogenealógica de Foucault, no sentido de que não se relaciona com as positivities do poder na perspectiva estratégica. Os termos otimismo ou pessimismo são tomados, por Chaves, em seu sentido ordinário.

A hipótese pessimista consistiria em tentar demonstrar a inutilidade da ideia de direito novo, seja por considerá-la “solta e dissonante do restante de sua obra”, seja por questionar os próprios fundamentos que levaram Foucault a vincular o direito clássico ao poder régio em oposição às disciplinas na aula de *Em Defesa da Sociedade* (ibidem, 109). A hipótese otimista, por sua vez, consistiria em efetuar uma leitura do direito novo a partir do conjunto da obra de Foucault, buscando compreender sua estrutura por meio das críticas ao modelo clássico do direito como encomenda régia.

Nesse sentido, Márcio Alves da Fonseca (2012, p. 254 e ss.) entende que a imagem final do direito em Foucault seria de um positivismo crítico. Apesar de não fugir das estruturas-padrão do estado e do poder (o que explica a referência ao positivismo), um modelo jurídico com um mínimo de pretensão emancipatória deveria ser constantemente colocado em dúvida e questionamento, haja vista a sua capacidade de absorção e institucionalização

de padrões normativos reguladores de subjetividade. Essa constante atividade crítica sobre o direito consubstanciaria uma “arte da não servidão voluntária” ou uma “arte da indocilidade refletida” (ibidem, p. 260). Significa dizer que a submissão ao direito seria fundamentada pela renitente dúvida sobre o motivo da submissão.

Por isso, a imagem do direito novo em Foucault não tem uma forma definida, mas se refere antes àquilo que pode fundamentar a existência de um direito:

Ela tem como referência fundamental a ideia de que somente a prática dos indivíduos, prática histórica e circunstanciada, pode servir de legitimação a toda e qualquer pretensão à juridicidade. Por meio de sua *práxis* é que os indivíduos poderão criar esse novo direito. Ele não é encontrado originariamente no discurso da norma (norma jurídica) e também não preexiste como uma evidência antropológica ou natural irrefutável. Ele não é nada além da expressão de uma prática constituinte (IBIDEM, p. 288).

É importante chamar a atenção para a circunstância de a proposta foucaultiana estar longe de poder ser considerada absolutamente contracultural. Apesar de o modelo estratégico de análise do poder colocar em xeque inúmeros axiomas jurídicos, a proposta de um positivismo crítico identificada por Márcio Alves da Fonseca em Foucault está em consonância com análises de alguns autores contemporâneos, que também acreditam que o direito moderno depende dessa abertura à crítica e à dúvida³¹. Aliás, essa relação conflituosa na sociedade complexa entre a norma jurídica e a norma de normalidade é cada vez mais colocada à prova em situações concretas analisadas pelo Judiciário brasileiro, o qual passa a recorrer a procedimentos argumentativos pouco sólidos em relação à principiologia constitucional, conforme demonstraremos em outros tópicos.

O que se conclui é que a ideia de direito como positivismo crítico apresentada por Foucault em seus últimos trabalhos é bem menos inovadora do que a metodologia de se estudar o fenômeno jurídico a partir de suas conexões com modelo estratégico de exercício do poder aventado no curso de 1975-76. Considerando a riqueza, em termos de pesquisa científica e filosófica, que um perfil analítico do direito desvinculado do princípio da soberania poderia

³¹ É o caso de Marcelo Neves (2014, especialmente p. 170), que chega à conclusão semelhante, mas trilha caminho diverso, fundamentando-se especialmente em Luhmann.

proporcionar, parece pouco terminar afirmando que se deve ter uma renitente inquietude em relação ao direito.

No entanto, não é da proposta ainda pouco delineada de um “direito novo” que se deve extrair a contribuição da filosofia foucaultiana para o direito contemporâneo. O que faz de Foucault um teórico de alta relevância para o estudo do direito é sua postura crítica diante do fenômeno jurídico e de seus paradoxos e ilusões. A perspectiva de se discutir um direito fora do princípio da soberania e conectado a partir das práticas discursivas que constituem o indivíduo é que representa a principal contribuição que a filosofia foucaultiana pode proporcionar ao direito atual. Isso não significa dizer que alguns contornos da proposta do direito novo não sejam aptos a essa tarefa, mas apenas que a falta de desenvolvimento do direito novo em trabalhos posteriores não pode constituir argumento suficiente para afastar a utilidade da filosofia foucaultiana em matéria de teoria geral do direito³².

A inquietude frente ao direito que propõe Foucault decorre da percepção de que o papel regulatório do jurídico apresenta acentuada capacidade de absorção de padrões normativos cada vez mais questionados no âmbito da sociedade complexa. Nesse contexto, o direito corre o risco de ser identificado não como instrumento emancipatório, tarefa que sempre arrogou assumir, mas como mecanismo de normalização, responsável por dar amparo legislativo a técnicas de dominação e governamentalidade.

A sociedade contemporânea comporta uma multiplicidade de perspectivas sobre o mesmo fenômeno sócio-político ou econômico, tornando cada vez mais complicado e carente de legitimidade o processo de hermenêutica dos princípios constitucionais. Ainda que a democracia seja bastante aceita como forma de governo, é difícil conjugar as várias possibilidades de configuração do estado democrático, sobretudo quando se considera o conflito do direito de expressão com o respeito a dignidade e

³² Chaves (2010, p. 14) destaca a existência, no direito, de diversas “leituras superficiais e por vezes distorcidas” da obra de Foucault, na medida em que verifica uma “perniciosa prática (felizmente não unânime) de catalogar Michel Foucault como um autor dedicado ao direito penal, que em sua ‘obra-prima’ Vigiar e Punir teria feito um libelo contra o suplício e uma apologia da ‘suavidade’ da nova pena de prisão”. Por isso, destaca o autor a necessidade de se tratar a filosofia foucaultiana a partir dos desafios representados pela concepção de poder criada por Foucault, pois “um poder que está em todo lugar e não tem origem ou legitimação conhecidas perturba a visão tradicional do direito”. Sobre esse último ponto, já tratamos no tópico I deste capítulo.

privacidade de pessoas ou grupos sociais. Diante de uma mesma situação, certos discursos podem ser tomados por parcelas da sociedade como legítima manifestação do direito à liberdade de expressão, e para outras, o mesmo discurso pode significar afronta à sua dignidade.

O direito, ao pretender regular essas relações sociais conflitantes por um método legislativo intencionalmente *fuzzysta*³³, cria uma confusão entre o conteúdo do direito, juridicamente definido e determinado, e a sugestão de conteúdo, sujeita a modelações político-jurídicas cambiantes. Essa circunstância gera um “transformismo jurídico”, “provocando a passagem de um *discurso jurídico rigoroso*, centrado em categorias como ‘direitos subjectivos’ e ‘deveres jurídicos’, para um *discurso político-constitucional* (CANOTILHO, 2008, p. 101 – grifo do autor)”, de cunho acentuadamente principiológico.

A pluralidade de situações únicas geradas pela combinação entre o alto desenvolvimento tecnológico e o aumento da complexidade social cria circunstâncias que ensejam o surgimento cada vez mais acentuado de *hard cases*³⁴, cuja solução demanda mais do que o simples critério de subsunção legal. Esse contexto impõe uma revisão do modelo de decisão judicial (e do direito como um todo) de modo a buscar a reconfiguração das possibilidades jurídicas desse modelo no quadro de um estado democrático de direito.

Diante desse quadro, é preciso revisar o escopo de pacificação social que se pretende atribuir à jurisdição (DINAMARCO, 2004, p. 37), de modo a pensar o papel do Judiciário menos como responsável por *resolver* os conflitos e mais como apto a *administrar* o dissenso estrutural que paira sobre a hermenêutica constitucional na sociedade complexa.

³³ Trata-se de terminologia usada por Canotilho (2008, p. 99-101) ao se referir à vagueza, indeterminação e impressionismo com que são tratados os direitos econômicos, sociais e culturais. A terminologia decorre do sentido da palavra *fuzzy* em inglês, que significa coisas vagas, indistintas e indeterminadas, por vezes referindo-se ao estilo de um indivíduo “ligeiramente embriagado”. No contexto desse indeterminismo *fuzzy*, o autor menciona os “camaleões normativos” – expressão que consigna expressamente não ser sua – que se referem à instabilidade e imprecisão normativa de um sistema jurídico aberto, “quer a conteúdos normativos imanentes ao sistema (*system-immanente*), quer a conteúdos normativos transcendentais ao mesmo sistema (*system-transcendente*)”.

³⁴ O estudo dos *hard cases* serão melhor trabalhados adiante. Por ora, vale apenas adiantar que, segundo Alexy (2009, p. 6), os “casos difíceis” se caracterizam por trazerem à tona discussões sobre o *conceito* de direito, o qual, nos casos ordinários, é dado irrelevante.

CAPÍTULO II

CRÍTICA DA DECISÃO JUDICIAL

1. O Pressuposto de Criticabilidade da Decisão Judicial na Lógica do Direito Positivo

A força normativa da Constituição é dada pelo grau de eficácia social que seu conteúdo é capaz de alcançar. Ao contrário do que ocorre com outros ramos jurídicos, o direito constitucional possui poucos recursos processuais que implementem materialmente seus dispositivos (HESSE, 1991), sobretudo no que concerne às normas do tipo programático. Essa situação se mostra bastante clara quando analisada sob o enfoque das constituições sintéticas da Idade Moderna. É certo que o constitucionalismo do século XX, em especial nos países que vivenciaram períodos totalitários, teve como característica a expansão de seus textos com vistas a abarcar tópicos que até aquele momento seriam considerados como matéria infraconstitucional. No entanto, mesmo a tendência expansionista vivenciada por esses países não foi capaz de gerar um ramo jurídico propriamente instrumental ao direito constitucional, nos moldes do que representa o processo penal para o direito penal, por exemplo.

Dadas essas circunstâncias, Konrad Hesse (*ibidem*, p. 27) afirma que a força normativa da constituição reside na “vontade da constituição”, isto é, na consciência do dever de observar a constituição, o que seria alcançado pela mais ampla absorção social possível dos valores tutelados pelo texto constitucional. É preciso destacar, porém, que a imprescindibilidade do elemento volitivo não é característica exclusiva do direito constitucional, mas decorre da própria tipologia científica do direito, na medida em que seu objeto não é um dado da natureza de ocorrência inafastável. Se entendermos o direito como a ordem de aplicar a sanção S, quando, no plano normativo, for prevista a conduta A, e, no plano fático, for verificada a conduta não-A, perceberemos

que sempre haverá a necessidade de um elemento volitivo para que o direito logre sair do plano da potência.

Isso, contudo, não invalida a afirmação de Hesse, pois o direito constitucional, especialmente as normas programáticas, apresentam uma dependência muito peculiar em relação ao elemento volitivo, haja vista que essa dependência não se esgota na mera transposição da inércia jurisdicional. Caso violada uma regra de responsabilidade civil, é suficiente o ajuizamento de uma ação indenizatória para reparar o dano sofrido, na medida do previsto pelo Código Civil. No entanto, para implementar o direito à saúde, ou à educação, ou mesmo direitos tipicamente de não intervenção, como a liberdade, é preciso que o elemento volitivo se faça mais presente, não só no ato jurisdicional, mas também nas políticas públicas, na atividade legislativa e até mesmo nas condutas da população em geral. É preciso que haja, segundo Hesse, uma *vontade de constituição*, uma vontade de aplicar a constituição. Só assim ela logra auferir eficácia social.

Hesse afirma ainda que essa vontade de constituição deve estar especialmente presente naqueles que lidam com o direito: legisladores, advogados, juízes, auxiliares da justiça, etc. O Judiciário tem papel relevante nesse aspecto, pois deve dar à lei a interpretação que mais contribua para o fortalecimento do texto constitucional. Esse especial papel do Judiciário no contexto de aplicação do direito levou alguns autores, como Dworkin por exemplo, a afirmar que só haveria uma única solução possível para cada caso (NEVES, 2014, p. 56). Ainda que não desprezasse a ambiguidade e vagueza dos textos legais, Dworkin afirma que, diante de várias possibilidades interpretativas, o magistrado deveria optar por aquela que estivesse em maior consonância com os princípios constitucionais e sociais, o que afastaria a pluralidade hermenêutica, isolando-se uma única posição interpretativa. Essa posição poderia ser considerada, pelo método que lhe deu origem, como a mais justa e adequada decisão para o caso concreto, sendo assim a *única* decisão possível diante do primado da supremacia constitucional (Ibidem, p. XVI).

É preciso fazer uma observação nesse momento. A discussão jusfilosófica a respeito da possibilidade de se atingir a decisão *mais* correta (ou a *única* correta) para cada caso se mostra relevante apenas diante dos

chamados *hard cases*. As demandas corriqueiras, que encontram respaldo claro na lei, não costumam apresentar maiores dificuldades de solução. O caso de um acidente de veículo, no qual ficou provado que um dos envolvidos deliberadamente ultrapassou o sinal vermelho não acarreta, à primeira vista, uma pluralidade de interpretações.

Situação diversa se passa, por exemplo, quando se objetiva avaliar se a realização de missas católicas em universidades públicas viola o princípio da laicidade do estado. Nesse caso, tanto é possível adotar uma opção permissiva, no sentido de que a laicidade não é sinônimo de ateísmo, quanto uma opção restritiva, entendendo-se que não cabe ao Estado fazer distinções em matéria de religião, de modo que o mais adequado seria proibir qualquer manifestação religiosa. Essa última opção, guardadas as devidas peculiaridades do caso, foi adotada recentemente na França, quando foi vedada a utilização nas escolas de véus para meninas mulçumanas³⁵.

Para Alexy (2009, p. 6), o conceito de direito é, em geral, absorvido como dado evidente para aqueles que lidam com a prática jurídica. Mesmo quando a solução encontrada para um caso pareça ser contestável, considera-se desnecessário fazer reflexões acerca do conceito de direito. Já nos chamados *hard cases* (casos difíceis, casos incomuns), o autor afirma que “o conceito de direito que existe por trás de toda prática jurídica vem à luz e torna-se problema premente”. Sendo assim, podemos conceituar os *hard cases* como situações que, por extrapolarem o padrão ordinário dos casos submetidos à análise jurídica, requerem a elaboração de procedimentos argumentativos que tomem em conta o próprio conceito de direito.

Segundo as chamadas teorias vinculativas³⁶, seria possível encontrar a decisão mais justa diante do referido caso de realização de missas católicas em universidades públicas a partir da análise dos princípios norteadores da carta constitucional do estado em questão. Se a constituição, interpretada em seu conjunto, apresentasse tendência à valorização da liberdade religiosa em detrimento do princípio da laicidade do estado, prevaleceria a interpretação

³⁵ Cf. <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/07/140701_veu_franca_ms>, Acessado em 20 de maio de 2015, às 07h49min.

³⁶ Por teoria vinculativa, entende-se aquela que, utilizando-se de argumentos de ordem normativa ou conceitual, entende ser necessária ou, pelo menos, não impossível, a vinculação entre direito e moral (ALEXY, 2009, p. 23-27).

mais permissiva. Se, por outro lado, a constituição apresentasse tendência à valorização do princípio da abstenção valorativa em matéria religiosa seria mais adequada a interpretação restritiva.

Apesar de possuir o trunfo de chamar a atenção dos operadores do direito para a existência de um núcleo valorativo na constituição, de um complexo de princípios que, mesmo possuindo conteúdos vagos ou ambíguos, encontram-se previstos no texto e, por isso, demandam a observância de sua força normativa, as teorias vinculativas parecem negligenciar as pretensões de poder por trás dos discursos. A argumentação principiológica constitucional se mostra excessivamente permeável à absorção de elementos discursivos imantados de pretensões de poder político, o que produz insegurança jurídica.

Ainda que vagueza e ambiguidade não sejam elementos decisivos para diferenciar princípios e regras, nota-se que os princípios possuem maior *tendência* à imprecisão conceitual. Mesmo assim, entende-se que eles possuem a função de transformar a complexidade desestruturada do sistema jurídico em complexidade estruturável do ponto de vista normativo-jurídico. Esse é precisamente um dos paradoxos dos princípios jurídicos: ao mesmo tempo em que seus conteúdos são imprecisos, eles servem para estruturar um complexo desordenado de valores, regras, expectativas e programas políticos que constituem o ordenamento jurídico (NEVES, 2014).

A situação se agrava quando se recorre aos chamados “princípios implícitos”, em especial os da razoabilidade e proporcionalidade, os quais funcionam como dispositivos de poder para gerenciamento da pluralidade interpretativa e imposição de apenas uma solução ao caso concreto³⁷. No contexto da teoria clássica do direito, a autoridade da decisão se justifica institucionalmente pela posição ocupada pelo órgão prolator³⁸ e pelo método de

³⁷ Aqui é preciso destacar que há uma dissonância entre a aplicação das *regras* de proporcionalidade, necessidade e adequação, tal como entendidas pela teoria de Alexy (2014, p. 116-121), e os *princípios* da proporcionalidade, necessidade e adequação utilizados pela prática jurisprudencial brasileira. Em que pese a jurisprudência nacional fundamentar suas decisões não raramente na teoria dos princípios de Alexy, o conteúdo que ela, por vezes, atribui às noções de proporcionalidade, necessidade e adequação não guardam congruência com as propostas do jurista alemão. Esse descompasso é identificado por Marcelo Neves (2014), no capítulo IV de *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*, quando o autor disserta sobre o *fascínio* doutrinário e jurisprudencial dos princípios na prática jurídico-constitucional brasileira.

³⁸ Para Kelsen (1999, p. 267), a opinião do tribunal é a única juridicamente relevante, sendo a opinião de todos os outros juridicamente irrelevante.

argumentação principiológica por ele adotado. Por meio dessa *ordem de verdade* da decisão judicial, muitos elementos discursivos do senso comum e da opinião pessoal do julgador são absorvidos pelo Poder Judiciário e transformados em *única solução possível* do caso. Trata-se de um método que mascara suas pretensões de poder por meio de um discurso de legitimidade pelo procedimento.

Kelsen (1999) apresenta solução bastante diversa para os *hard cases*. Afirma que em tais casos³⁹ a possibilidade de haver uma decisão não predeterminada pelo direito é um requisito lógico da própria estrutura do direito positivo. O autor não fala expressamente em decisão *inconstitucional*, mas em “norma jurídica individual não predeterminada” (ibidem, p. 299).

Seu raciocínio se pauta na premissa segundo a qual vigora no ordenamento jurídico uma norma que atribui o efeito de imutabilidade às decisões judiciais de última instância. Significa dizer que as decisões judiciais de órgãos de hierarquia inferior possuem uma *validade provisória* que pode ser reformada pelos tribunais superiores. Quando a demanda chega à última instância, esgotando-se todas as possibilidades recursais, forma-se sobre a prolação judicial a coisa julgada. A previsão da coisa julgada é uma norma do direito positivo, assim como o é a imutabilidade da decisão que a caracteriza. Desse modo, tem-se a coexistência de duas normas gerais: uma que predetermina o conteúdo da decisão e outra que prevê a imutabilidade da decisão de última instância, independentemente do fato de ela haver observado ou não a norma que predeterminava o conteúdo da decisão. Juntas essas normas formam uma unidade que acarreta a possibilidade lógica de haver uma decisão cujo conteúdo não se encontra predeterminado nem pela constituição nem por nenhuma lei:

Significa dizer que, mesmo que esteja em vigor uma norma geral que deve ser aplicada pelo tribunal e que predetermina o conteúdo da norma individual a produzir pela decisão judicial, pode entrar em vigor uma norma individual criada pelo tribunal de última instância cujo conteúdo não corresponda a essa norma geral. O fato de a ordem jurídica conferir força de caso julgado a uma decisão judicial de última instância significa que está em vigor não só uma norma geral que predetermina o conteúdo da decisão judicial, mas também uma norma geral

³⁹ Importa destacar que Kelsen não utilizou a denominação *hard cases*, mas deixa claro que o tema é especialmente relevante para os casos de interpretação ambígua ou vaga.

segundo a qual o tribunal pode, ele próprio, determinar o conteúdo da norma individual que há de produzir. Estas duas normas formam uma unidade. Tanto assim que o tribunal de última instância tem poder para criar, quer uma norma jurídica individual cujo conteúdo se encontra predeterminado numa norma geral criada por via legislativa ou consuetudinária, *quer* uma norma jurídica individual cujo conteúdo se não ache deste jeito predeterminado mas que vai ser fixado pelo próprio tribunal de última instância (KELSEN, 1999, p. 297-298).

Mesmo não sendo predeterminada por uma norma anterior, uma decisão judicial jamais poderá ser ilegal ou inconstitucional, mesmo que as partes ou o próprio tribunal façam esse tipo de afirmação. A reforma de uma decisão não se daria jamais por ilegalidade, pois uma decisão ilegal seria “juridicamente inexistente e não meramente anulável” (IDEM). A reforma se daria porque o sistema admite outras interpretações, as quais poderão ser dadas pelas instâncias superiores, até o limite de recursos previsto pelo ordenamento jurídico. No âmbito do direito constitucional, esse órgão de última instância dará a única interpretação juridicamente relevante da constituição.

Ao contrário do que propõe Dworkin, Kelsen não afirma que o tribunal deverá decidir de acordo com “princípios implícitos”, “regras de justiça” ou “normas de moral comunitária”, pois isso implicaria em um retorno ao jusnaturalismo, pela aproximação entre direito e moral, o que é radicalmente combatido por Kelsen em toda sua obra. Fiel ao propósito positivista de *descrição* do sistema jurídico, ele não dá solução, nem apresenta diretrizes para orientar a atuação judicial diante da falta de previsão normativa em um caso concreto. Apenas descreve que a norma que prevê a imutabilidade da decisão de última instância permite que a interpretação dada por esse tribunal prevaleça sobre as outras dadas por órgãos hierarquicamente inferiores, o que não autorizaria dizer que essas últimas seriam erradas ou injustas.

A posição kelseniana fica mais compreensível se conjugada com alguns termos utilizados por Hart. O jurista inglês afirma que, em virtude da textura aberta do direito, o juiz, diante de *hard cases*, pode decidir com discricionariedade hermenêutica (HART, 2012, p. 171)⁴⁰. Tratando-se de tribunal de última instância, a decisão prevalecerá, mesmo sabendo ser

⁴⁰ Importante não confundir com discricionariedade em sentido estrito, no sentido que lhe é atribuída pelo direito administrativo. A discricionariedade aqui concerne à faculdade de escolher uma ou algumas interpretações dentro de um conjunto de interpretações possíveis e aplicar as que lhe parecer mais justa, adequada ou conveniente.

discricionária, pois se trata de permissivo do próprio sistema jurídico. Em que pese objetivar atingir o grau máximo de segurança jurídica, o direito não foi capaz de criar nenhum mecanismo que impedisse esse exercício de discricionariedade pelo Judiciário, o que decorre do simples fato de ser impossível a previsão de todas as respostas aos conflitos sociais em regras claras e precisas.

Se diante dos *hard cases* o tribunal tem discricionariedade para decidir em virtude da textura aberta do direito (Hart) e se essa decisão jamais poderá ser considerada ilegal ou inconstitucional (Kelsen), cabe o seguinte questionamento: qual o pressuposto de criticabilidade de uma decisão judicial?

Apesar de emprestar unidade lógica ao direito positivo, a regra segundo a qual é impossível a existência de decisões inconstitucionais inviabiliza a possibilidade de crítica à atividade judicial, como se se transmutasse o brocardo monárquico *the king can do no wrong* para *the judge can do no wrong*. Quando se assume que é logicamente inviável a inconstitucionalidade de uma decisão, a crítica à atividade judicial se esgota em mero subjetivismo. Nesse contexto, sob quais fundamentos poder-se-ia criticar uma decisão judicial se ela sempre devesse ser, por imperativos lógicos, constitucional? A crítica se resumiria na ideia de que o tribunal *poderia* ter adotado outra interpretação que teria sido mais *adequada* para o caso concreto. Essa crítica, porém, é frágil como elemento discursivo e não garante qualquer eficácia de reviravolta jurisprudencial.

Não se pode negar que a decisão do tribunal de última instância será válida ainda que não observe a constituição (decisão inconstitucional), pois não há qualquer órgão que declare a inconstitucionalidade da decisão e, mesmo que houvesse, o problema não estaria resolvido, apenas subiria mais um nível. Não há controle das decisões do órgão jurisdicional de última instância, na medida em que ele já configura o órgão máximo de controle.

As teorias vinculativas, apesar de proporcionarem um pressuposto de criticabilidade da decisão judicial, não são capazes de definir um *locus* a partir de onde essa crítica poderá ser exercida, senão dentro do contexto de uma moral com pretensões universais. Só é possível entender que há apenas uma decisão correta para cada caso se todos aceitarem o resultado da ponderação de princípios. Parece, contudo, que nada é mais contrário ao esquema de

sociedade complexa atual do que a tese segundo a qual ponderações de princípios podem resultar em uma única solução.

Por isso, o problema em se afirmar a tese contrária a de Kelsen – no sentido de que o sistema admite, sim, a decisão inconstitucional – é determinar-se sob qual perspectiva se entenderia a decisão como inconstitucional. Essa tarefa demandaria identificar quem pode dizer quando a constituição foi violada pela decisão do tribunal de última instância e qual a justificativa para que essa pessoa ou órgão detenha esse poder. Não bastasse isso, ter-se-ia um prolongamento do problema, pois também essa pessoa com capacidade para afirmar que a decisão do tribunal superior foi inconstitucional teria a última palavra em matéria de hermenêutica constitucional. Talvez por esses motivos, Kelsen tenha se inclinado para o fato de que a decisão do tribunal de última instância, mesmo que seu conteúdo não esteja predeterminado, não viola a constituição nem a ordem jurídica, de modo que a decisão do tribunal superior jamais poderá violar a constituição ou a ordem jurídica.

A questão de saber se é possível que o tribunal de última instância profira uma decisão inconstitucional é extremamente relevante, na medida em que a sociedade complexa impõe uma pluralidade de interpretações possíveis para o conteúdo de cada princípio, o que não pode ser negligenciado pela atividade jurisdicional. Afirmar que uma decisão do tribunal constitucional afrontou a constituição pode parecer ilógico sob os pressupostos de uma teoria positivista da decisão judicial, mas sua utilização é inerente ao trabalho de crítica jurisdicional. Não parece que a utilização dessa terminologia seja utilizada por mera falta de rigor técnico. A questão não se apresenta de modo tão simplista, ainda mais considerando a premissa de *legitimidade institucional* do Poder Judiciário.

Aqui cabe a indagação sobre o fundamento último da necessidade de se submeter às decisões judiciais. Sobre esse assunto, inúmeras teorias podem ser invocadas, cada uma atada à matriz ideológica que lhe fundamenta: uma teoria contratualista afirmaria que essa obediência se justifica na menor parcela de liberdade que os indivíduos aceitam abrir mão para o convívio social (BECCARIA, 2002, p. 39); uma teoria positivista se esquivaria dessa indagação, afirmando que esse fato é pressuposto lógico extrajurídico de

existência do direito como ordem coercitiva, de modo que a *Grundnorm* constitui proposição de metalinguagem do direito positivo (VILANOVA, 1997, p. 292) cuja investigação cabe à pesquisa social; uma perspectiva cética apontaria para uma rede de exercícios esparsos de poder, orientados segundo certa tecnologia de submissão social, cuja economia lograria êxito ao produzir corpos dóceis (FOUCAULT, 2010a).

Apesar dessa multiplicidade de teorias, é preciso reconhecer que o pensamento habermasiano legou para o direito atual o enfoque da obediência como produto da legitimidade do próprio direito. Essa interpretação decorre do fato de Habermas atribuir ao direito o papel de estabelecer diálogo (metáfora da eclusa) entre o *sistema* e o *mundo da vida*, o que potencializa a legitimidade do direito como instância de poder social. Sua obediência decorreria não só do processo democrático que lhe deu origem, mas da circunstância de que as decisões tomadas no âmbito do mundo da vida formam um acordo normativo procedimentalmente legitimado, cumprindo ao direito instrumentalizá-lo sistemicamente (ESTEVES, 2015, p. 274-289)

Nesse aspecto, o imperativo de legitimidade é tão mais efetivo quanto maior for a liberdade crítica sobre as decisões tomadas no âmbito dos tribunais superiores, o que conflita com a ideia de que não há decisões inconstitucionais. Em síntese, qualquer limitação à criticabilidade do direito e da tomada de decisões jurídicas tenderá a reduzir o postulado da legitimidade como fundamentação do princípio da obediência. Contudo, o modelo de sociedade complexa, pautado no dissenso estrutural sobre valores e tradições, parece tornar inviável que a união de expectativas quanto à aplicação do direito se transforme em legitimidade.

2. A Discricionariedade da Linguagem no Direito e a Decisão Judicial

A neutralidade estabelece uma ordem de verdade orientada pela imputação do fato a critérios externos ao intérprete. No âmbito jurídico, acreditou-se que uma decisão seria neutra se combinasse a publicidade dos atos processuais (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p. 78) com a

clareza redacional de um preceito normativo⁴¹. Para superar o percalço metodológico a respeito do objeto do direito e alçá-lo à condição de ciência, os juristas do final do século XIX precisaram trabalhar a relação entre direito e poder, de modo a determinar a partir de que momento poder-se-ia afirmar uma perspectiva neutra de análise do fenômeno jurídico.

Para alcançar a cientificidade do direito, foi preciso superar o paradigma metafísico do jusnaturalismo, entendendo-se os direitos não mais como decorrência intrínseca da condição humana, mas como fruto de variadas relações sociopolíticas. Ao invés de negar o papel do poder na construção dos direitos, tal como propunha o jusnaturalismo, o positivismo jurídico creditava à mecânica do poder a raiz da previsão normativa das garantias fundamentais⁴².

A fim de contornar o impasse criado pela admissibilidade da relação entre direito e poder, o positivismo estabeleceu uma linha demarcatória entre a realidade social *nua* e a realidade social *normativa*. A criação jurídica se dá pela seleção de fatos naturais ou atos humanos que, por serem considerados relevantes em um certo contexto histórico-cultural, ingressam no mundo-do-direito por meio de sua *transformação* em linguagem jurídica.

O corte metodológico estabelecido pela escola positivista implica a alocação das estruturas de poder como força criadora do direito apenas no momento pré-normativo. Não significa que o positivismo tenha negado que o exercício do direito coincide com o exercício de um poder. O direito na história ocidental sempre foi entendido como uma estrutura de poder. Ocorre que esse poder só tem *função inovadora* em seu momento pré-normativo (extralegal). Depois de instituído, o exercício de poder se liberta das contingências que o determinaram e a ordem jurídica o estabiliza, de modo que qualquer ato que se embase em seus termos deverá constituir um exercício de poder *derivado*.

É a partir dessa perspectiva que se entende a decisão judicial no ideário positivista. Não nega que a decisão judicial seja um exercício de poder, mas, se ela não tem aptidão inovadora na ordem jurídica, esse exercício de poder deverá ser sempre derivado de outro exercício de poder já instituído.

⁴¹ Sobre o controle do exercício do Poder Judiciário a partir da Revolução Francesa, trataremos no início do Capítulo III.

⁴² Cabe aqui lembrar a referência de Hans Kelsen transcrita na página 28 que critica a busca “do que se encontra por trás do direito positivo”, afirmando que aquele que empreende essa tarefa encontrará apenas a górgona do poder.

Conforme afirmado no tópico anterior, o positivismo jurídico admitiu a pluralidade de interpretações para o texto legal, entendendo, porém, que essa circunstância não é capaz de tornar inconstitucional uma decisão jurisdicional qualquer. Para Kelsen, nenhuma decisão de órgão judicial poderá ser tida como contrária à lei ou ao direito sob pena de se violar o pressuposto lógico de coerência científica do direito.

Isso porque, sob o aspecto de lógica jurídica, a regra de não-contradição no direito se aplica apenas às proposições descritivas, nunca às prescritivas. Quer dizer, no âmbito da ciência do direito, não cabe falar em contradição entre proposições do tipo “A deve ser B” e “A não deve ser B”, pois carece de sentido julgar uma proposição como verdadeira ou falsa diante da conformidade ou desconformidade da conduta com a norma (VILANOVA, 1997, p. 203). Esse tipo de julgamento cabe apenas no âmbito das proposições descritivas: “A é B” ou “A não é B”. Aqui, sim, incide a regra de não-contradição como pressuposto lógico de constituição do direito como ciência. Trata-se exatamente do âmbito de análise da decisão judicial como contrária ou conforme à ordem jurídica: “A decisão é constitucional” ou “A decisão não é constitucional”. Não é possível, sob o aspecto da lógica jurídica, a coexistência pacífica das duas proposições mencionadas.

Diante dessa situação, Kelsen entendeu que violaria o próprio pressuposto do direito como ordem coercitiva *legítima* a aceitação de que uma decisão judicial pudesse ser inconstitucional. A pluralidade de interpretações se limitaria a criar uma situação de validade provisória das decisões de órgãos jurisdicionais inferiores, o que perduraria até a decisão de última instância. Apesar de a pluralidade hermenêutica possibilitar a prolação de decisões díspares, ou até mesmo antagônicas, essa circunstância em nada alteraria a constitucionalidade da decisão, haja vista que a previsão de recursos revisionais é instrumento permitido pela própria ordem jurídica.

Não obstante ter sido capaz de focar o direito sob um aspecto de objetividade empírica imprescindível para o projeto do positivismo jurídico, a teoria kelseniana cria uma situação paradoxal e limitativa em face da crítica do direito e da decisão judicial.

Hart apresentou uma teoria a respeito da criticabilidade da decisão judicial que, pelos termos utilizados e pela condução do raciocínio, acaba por

ser bastante diferente da proposta kelseniana, em que pese ambos os autores partirem de premissas comuns. O próprio Hart (2012, p. 323) chega a afirmar que sua doutrina é entendida como “positivismo brando” (*soft positivism*), na medida em que relaciona a norma de reconhecimento da autoridade como atrelada à obediência ou à incorporação de valores morais. Em Kelsen, o direito se identifica com o Estado e a norma que fundamentou a primeira ordem jurídica (*Grundnorm*) é simples pressuposto lógico de existência do direito. Em Hart, a validade do direito (incluída a decisão judicial) se relaciona com a identificação do jurisdicionado com a norma, de modo que a obediência não decorre apenas da autoridade da lei.

Hart (ibidem, p. 161) inicia sua análise sobre a textura aberta do direito afirmando que a elaboração das normas pode ser pensada a partir de dois tipos de proposições jurídicas. É possível que uma norma diga “antes de entrar na igreja, tire o chapéu” ou é possível que alguém, ao entrar em uma igreja, tire seu chapéu e diga “essa é a maneira de se portar em situações como essa”. O autor afirma que o primeiro método de elaboração de normas é típico da legislação, ao passo que o segundo modelo se relaciona com os precedentes.

De fato, a análise clássica da norma jurídica a decompõe em duas assertivas: uma pertencente ao campo do ser e outra pertencente ao campo do dever ser. A primeira é a norma primária, que descreve uma conduta no plano fático. A segunda é a norma secundária, que prescreve uma sanção para o caso de descumprimento da norma primária⁴³ (VILANOVA, 1997, p. 111). Não é necessário que ambas as normas estejam gramaticalmente separadas; ainda que dentro de um mesmo enunciado, é possível extrair tanto a norma primária quanto a secundária pela relação sintática entre os termos da proposição.

Nas normas de tipo penal, a divisão entre norma primária e secundária é explícita. O art. 121 do Código Penal, ao prever o crime de homicídio simples, descreve-o como sendo a conduta consistente em “matar alguém” (norma primária), cominando pena de 6 a 20 anos de reclusão (norma secundária).

⁴³ Importa aqui destacar que o conceito de norma primária e secundária em Hart é muito diferente desse que foi apresentado. Em Hart, as normas secundárias não se relacionam com possibilidades sancionatórias por condutas em desacordo com as normas primárias, mas, sim, com as regras que instauram e reconhecem o direito. A obediência às decisões de um tribunal é uma norma secundária nessa concepção. Optamos por não utilizar o sentido hartiano de norma secundária por se tratar de posição isolada no conjunto da teoria do direito. O sentido mais utilizado de norma secundária é esse que apresentamos no texto.

Também no direito tributário essa relação é de fácil percepção, atenuado o caráter sancionatório da norma secundária, pois a prática do fato imponible descrito na hipótese de incidência (norma primária) levará ao recolhimento de tributo também previsto nessa mesma hipótese de incidência (norma secundária).

No direito civil e trabalhista, essa diferenciação entre norma primária e secundária se mostra de mais difícil aferição, mas também é possível. O art. 927 do Código Civil prevê que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem [norma primária] fica obrigado a repará-lo [norma secundária]”. Nos termos do art. 468 da CLT: “Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado [norma primária], sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia [norma secundária]”.

É verdade que nem toda norma se apresenta sob esse esquema, não obstante Kelsen (1999, p. 60) ter defendido que as normas que não apresentassem caráter sancionatório na assertiva secundária seriam consideradas incompletas. Normas como o art. 79 do Código Civil (“São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente”) não parecem ter um viés sancionatório, mas meramente descritivo. Até mesmo o direito penal tem esse tipo de norma apenas interpretativa: “Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular (art. 297, § 2º, Código Penal)”.

Apesar de adotar um sentido diferente para as normas primária e secundária (vide nota de rodapé 43), quando Hart afirma que a legislação corresponde a um tipo de técnica redacional normativa que impõe certas condutas quer afirmar que a legislação constitui uma ordem deontica descrita em proposições linguísticas. Já o precedente, ao definir o que se deve fazer, sob o aspecto jurídico, diante de uma dada situação, constitui método de instituição do direito por meio do *exemplo*. É comparável com o simples fato de uma criança observar seu pai, ou as demais pessoas que frequentam a igreja, tirar o chapéu quando adentra o recinto.

Hart afirma que em ambas as situações é impossível estabelecer critérios precisos capazes de orientar as condutas futuras das pessoas. O enfoque aqui não é analisar, por ora, a dupla contingência havida entre sociedade e direito, de modo que a sociedade é a principal fonte de direito, ao mesmo tempo em que o direito é responsável por provocar transformações na sociedade. Também não se quer retomar a conexão feita com a norma no sentido foucaultiano e sua relação com a norma no sentido jurídico, a partir da instituição de padrões de normalidade juridicamente regulamentados (item 3, Capítulo I).

Trata-se de analisar a simples situação em que a pessoa, diante de uma lei ou de um precedente, traça um raciocínio dedutivo orientado para escapar de qualquer punição. No contexto da teoria hartiana, a maior certeza que se poderá obter por meio desse raciocínio é diretamente proporcional ao nível de segurança jurídica que a ordem normativa em análise é capaz de garantir. Essa situação é análoga àquela em que o juiz, diante do caso concreto e da norma (lei ou precedente), precisa decidir se a pessoa violou ou não o dispositivo. Para tanto, é preciso que haja um processo de interpretação da lei ou do precedente, concluindo-se pela tipicidade ou atipicidade da conduta no que concerne ao aspecto sancionatório.

Da Revolução Francesa até o início do século XX, acreditou-se que a previsão de condutas por meio do exemplo (técnica do precedente) gerava demasiada incerteza sobre os parâmetros de conduta que se poderia adotar para evitar qualquer sanção. O precedente não seria apto a garantir a segurança jurídica que o direito moderno se comprometeu a prestar, dado que sua caracterização depende dos elementos fáticos integrantes da decisão. Propugnou-se, assim, pela adoção da técnica legislativa, com a elaboração de preceitos linguísticos deônticos, que determinariam os contornos da licitude das condutas humanas.

É importante destacar que a ideia de supremacia da legislação sobre o precedente guarda congruência apenas com a primeira fase do positivismo jurídico, que pode ser denominada pré-kelseniana, haja vista a importância de Kelsen como marco teórico dessa escola. Nessa medida, o positivismo pós-kelseniano chega a ser identificado por alguns autores como escola diversa do positivismo filosófico clássico. Norberto Bobbio (2006, p. 15), afirma que “a

expressão ‘positivismo jurídico’ não deriva daquela de ‘positivismo’ em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido uma certa ligação entre os dois termos”. Para ele, o principal projeto do positivismo jurídico seria combater o direito natural, e não necessariamente propor a emancipação humana através da ciência.

Isso não significa, com destacou Bobbio, que não tenha havido nenhuma correlação entre a escola filosófica do positivismo comtiano e o positivismo jurídico. Ocorre que, após Kelsen, os temas de discussão do positivismo jurídico, apesar de ainda atados à supervalorização da ciência, se distanciaram do projeto comtiano de edificação do que foi por ele chamado de *física social* (COMTE, 1983, p. 32-33), método empírico de apreensão das leis responsáveis por regular objetivamente as relações sociais. A partir de Kelsen, o positivismo deixa de ter essa preocupação com a descrição empírica de supostas leis materiais que regulariam a sociedade e passa a ter cunho formalista, propondo a descrição de um *modelo de estado e de direito*, cujo preenchimento normativo somente seria explicado por razões extrajurídicas.

Não é na perspectiva de um positivismo pós-kelseniano que se defendeu a supremacia da legislação sobre o precedente a que Hart se refere, mas no contexto do positivismo do início do século XIX, impulsionado pelas grandes codificações napoleônicas. Esse positivismo pode ser sintetizado pela célebre expressão que usualmente se atribui ao jurista Bugnet: “*Je ne connais pas le droit civil: je n’enseigne que le Code Napoléon*”⁴⁴. O Código Civil francês de 1808 representou, para a escola positivista da época, a principal obra da razão humana em matéria jurídica, traduzindo todo o ideário da Revolução Francesa (AMARAL, 2000, p. 122-123).

Hart (2012, p. 163) critica a valorização que se deu à técnica legislativa como instrumento de segurança jurídica, pois entende que a redação das normas jurídicas não pode escapar da vagueza e imprecisão da linguagem. O positivismo jurídico clássico (pós-kelseniano) se sustentou na ilusão de que erigir a lei como método precípua de previsão normativa seria suficiente para assegurar a previsibilidade do direito. Para o autor:

Em certas épocas e sistemas jurídicos, pode ser que se sacrifique um número excessivo de coisas por amor à

⁴⁴ “Eu não conheço o direito civil: eu ensino tão-somente o Código Napoleão” (tradução nossa).

segurança, e que a interpretação jurídica das leis ou dos precedentes seja demasiado formal, deixando assim de se adequar às semelhanças e às diferenças entre os casos que só são visíveis quando estes são avaliados à luz dos objetivos sociais. Em outros sistemas ou outras épocas, talvez se deixe em aberto um número excessivo de coisas, a serem tratadas pelos tribunais como permanentemente passíveis de revisão em função dos precedentes, e que se respeitem muito pouco os limites que a linguagem legislativa, apesar de sua textura aberta, em última análise oferece. *A história da teoria do direito é, sob esse aspecto, curiosa, pois costuma ou ignorar ou exagerar a indeterminação das normas jurídicas* (IBIDEM, p. 169) grifo nosso.

Por isso, o autor afirma que todos os sistemas jurídicos conciliam, a seu modo, dois tipos de normas, que se destinam a atender duas necessidades sociais diferentes: um primeiro tipo no qual a clareza do texto seja tamanha a ponto de possibilitar aos indivíduos aplicar a lei a si próprios em grandes áreas de comportamento, como é o caso do respeito aos sinais de trânsito que citamos anteriormente (página 42); um segundo tipo no qual a textura aberta do texto deixa em suspenso a solução do caso, demandando posterior preenchimento dos critérios de subsunção da norma, o que se ajustaria à técnica redacional legislativa de tipo *fuzzysta*, a que nos referimos na página 39 e cujo exemplo que pode ser citado é o da realização de missas nas universidades públicas mencionado acima (página 42).

Hart afirma, porém, que o preenchimento desses critérios de subsunção da norma nos *hard cases* deve se dar por meio de uma “escolha oficial e bem informada” (idem). Assim como Kelsen, para dar completude à sua teoria do direito, precisou recorrer à impossibilidade de se admitir decisão judicial contra a Constituição, como se o sistema jamais permitisse equívoco na interpretação capitulada pela jurisprudência. Hart precisou trabalhar o dúbio conceito de discricionariedade hermenêutica diante dos *hard cases*. Como destacado, o autor entende que nesses casos o preenchimento dos critérios de subsunção da norma jurídica acaba por depender de uma *escolha oficial bem informada*.

Sob certos aspectos, a expressão hartiana “escolha oficial” ao tratar de casos que comportam pluralidade de interpretações aproxima-o de um realismo jurídico, no sentido de não ignorar o caráter *volitivo* da atividade jurisdicional na hermenêutica jurídica. Ao invés de advogar o discurso da neutralidade judicial,

típico do positivismo jurídico do século XIX no período das grandes codificações napoleônicas, Hart acredita que a estrutura da tripartição de poderes permite o exercício de discricionariedade hermenêutica pelo Judiciário. A aproximação com uma escola realista se dá pelo fato de Hart não propriamente criticar essa discricionariedade hermenêutica, entendendo-a como inerente ao *modelo jurídico* de solução de conflitos adotado pelo Estado moderno⁴⁵.

A menção ao adjetivo “oficial” para caracterizar esse ato de escolha está em consonância com os trabalhos teóricos de Hart (IBIDEM, capítulo IV) sobre as normas secundárias de reconhecimento, que determinam a partir de qual *locus* jurídico-político será possível diferenciar os enunciados deônticos de observância institucionalmente obrigatória dos *meros* atos de coação sem fundamentação *jurídica*. Exemplo clássico dessa discussão é a diferença havida entre a ordem de dar dinheiro proferida por um criminoso e a ordem de dar dinheiro proferida pelo Estado (não nos mesmos termos, mas nesse sentido: HART, *ibidem*, p. 23-26).

A primeira ordem é considerada crime contra o patrimônio, ao passo que a segunda ordem pode ser considerada legítima receita estatal. Em ambas as hipóteses há um mandamento sob ameaça de sanção⁴⁶, mas só em um dos contextos a teoria do direito atribui noção de legitimidade à ordem proferida.

⁴⁵ É curioso notar como, apesar de o positivismo não se identificar tecnicamente com o realismo jurídico, algumas conclusões do positivismo se aproximam de uma metodologia realista de análise do direito. A rigor, não é possível caracterizar globalmente as obras de Kelsen ou Hart como realistas, no sentido de atentarem mais à práxis jurisprudencial e ao plano da eficácia do que à teoria do direito e ao plano de validade. Por outro lado, o elemento volitivo que caracteriza a discricionariedade judicial em Hart e a ideia em Kelsen de que a única interpretação juridicamente relevante da Constituição é aquela dada pelos órgãos institucionalmente incumbidos de interpretá-la constituem suportes teóricos do realismo jurídico a que Ronald Dworkin (1996) se opõe no texto *Objectivity and Truth: You'd Better Believe in It*. Nesse texto, Dworkin (*ibidem*, p. 136-137) afirma que o positivismo possui fortes argumentos a favor de perspectivas céticas ou realistas. É provável que o postulado de descrição do ordenamento jurídico adotado pelo positivismo tenha proporcionado essa aproximação com o realismo, mas é preciso destacar que essas escolas, se entendidas de maneira global, não se identificam.

⁴⁶ É preciso aqui abstrair a discussão sobre se as receitas estatais são sancionatórias ou não. Para o direito tributário, por exemplo, o que diferencia a multa do tributo é que esse último não tem caráter de sanção, constituindo em simples mandamento de levar certa quantia em dinheiro aos cofres públicos (ATALIBA, 2004, p. 22). Nesse contexto, apenas o crédito advindo de multa teria caráter sancionatório. Para bem compreender o exemplo do assaltante, não é necessário estabelecer essa incursão na dogmática tributária ou administrativa, até porque a própria circunstância de se considerar não-sancionatória a obrigação tributária advém de construção jurídica teórica. Basta atentar para os critérios de legitimidade estabelecidos pela teoria do direito para diferenciar um tipo de ordem da outra.

Essa circunstância demonstra a existência de uma norma de reconhecimento que diferencia diversos tipos de ordem não a partir de seu conteúdo, mas, sim, a partir da pessoa que as profere. Significa retomar aqui o que foi dito quando da análise do esquema da norma jurídica na teoria tradicional do direito (item 3 do Capítulo I): em geral, a norma jurídica não é caracterizada por elementos materiais, mas formais e procedimentais.

Conforme afirmado por Hart, é possível que uma sociedade, em dada época, opte por adotar técnica de redação legislativa mais aberta, em detrimento de uma mais específica e fechada. Isso representará uma *escolha* legislativa voltada para construir um modelo de direito mais comprometido com certos ideais de justiça ou plataformas políticas reivindicadas por essa sociedade. A externalidade gerada por esse método redacional legislativo consistirá no comprometimento da segurança jurídica e da estabilidade e previsibilidade das futuras decisões judiciais que versem sobre essas matérias.

A eficácia do princípio da segurança jurídica demanda raciocínio que deve passar por noções como verdade, estabilidade e congruência entre texto e realidade, noções estas que foram colocadas em discussão no giro linguístico-filosófico. Esse contexto teria provocado uma reconfiguração na ideia clássica de segurança jurídica, ou até mesmo a impossibilidade de sua implementação material.

Dworkin (1996) se opõe frontalmente a esse tipo de perspectiva em seu texto *Objectivity and Truth: You'd Better Believe in It*. O texto constitui uma crítica ao que ele chama de “ceticismo arquimediano”, responsável por negar a existência de respostas corretas no âmbito de discussões morais. Acredita que esse ceticismo teria pretensão de neutralidade injustificável, pois entender que todas as respostas em matéria moral são simples hipóteses ou opiniões também é uma hipótese e uma opinião. No final do texto, Dworkin afirma que a existência ou inexistência de respostas certas para assuntos morais e polêmicos depende da perspectiva adotada por aquele que opina, de modo que é possível falar em resposta mais adequada para um tipo de postura moral-filosófica (Ibidem, p. 135).

É possível falar em única resposta correta se tomarmos alguma perspectiva em específico, como, por exemplo, a melhor resposta para o utilitarismo ou para o catolicismo. Sua principal crítica em relação ao ceticismo

é que essa perspectiva nunca será hábil a proporcionar qualquer discussão sobre a melhor alternativa diante de um *hard cases*, o que não contribui para a solução dos problemas morais e jurídicos. Por isso o autor afirma que é “melhor acreditar” na objetividade e na verdade.

O que se pode concluir é que, apesar de o positivismo jurídico apresentar esquemas descritivos da ordem jurídica que ainda espelham a conjuntura atual da decisão judicial, alguns de seus argumentos são pouco legítimos diante da pluralidade de leituras possíveis de um mesmo princípio que a sociedade complexa possibilita. Afirmar que o Judiciário nunca erra ou que ele pode decidir com discricionariedade constitui discurso frágil e pouco legítimo atualmente. Contudo, também os modelos pós-positivistas de textos com elevada carga principiológica e de interpretações cada vez mais aproximadas com a moral não escapam de críticas diante desse caráter multicêntrico da sociedade complexa, provocando, em verdade, questionamentos sobre a própria ideia de jurisdição como responsável por *solucionar* conflitos sociais.

3. Normatividade Social e Decisão Jurídica no âmbito da Sociedade Complexa

Segundo Gregorio Robles (2005, p. 03), o direito é composto por um conjunto de decisões jurídicas. Os atos de fala capazes de gerar texto novo são as decisões jurídicas, sem as quais não há norma, nem instituição e nem *vida jurídica*⁴⁷. Essas decisões podem ser classificadas em extra-ordenamentais e intra-ordenamentais. Exemplo único das decisões de primeiro tipo é a decisão constituinte; todas as demais seriam intra-ordenamentais. Na visão do autor, não importa a complexidade do ordenamento jurídico: sempre será possível classificar as decisões jurídicas desta forma, sendo uma que gera o nascimento da nova ordem e outras que são pressupostas a partir dessa nova ordem.

O ordenamento jurídico é constituído por uma estrutura escalonada de normas jurídicas, cujos estratos superiores servem de fundamento de validade para os estratos inferiores (KELSEN, 1999, p. 246 e ss.). O ensinamento de

⁴⁷ Expressão utilizada pelo próprio autor.

Robles demonstra que o fato ensejador da norma jurídica como texto novo se pauta numa hierarquia das *decisões humanas* que importam para o direito.

Sobre isso cabe tecer duas considerações. Em primeiro lugar, só servirão como fonte de direito novo as decisões *humanas*, na medida em que o direito moderno é antropocêntrico. Mesmo quando o direito regula o meio ambiente, ele o faz apenas porque eventuais danos ao meio ambiente podem afetar a qualidade de vida do ser humano e das futuras gerações. A regulação do meio ambiente pelo direito contemporâneo não se faz por motivos em si mesmo considerados, mas tão somente na extensão em que o conflito entre desenvolvimento e preservação da natureza possa colocar em risco a própria existência do homem.

Em segundo lugar, não serão todas as decisões humanas que importarão para o direito, pois ele próprio produz os critérios a partir dos quais uma decisão será considerada como juridicamente relevante. Os fatos pré-normativos que provocam alterações no direito são dados extra-jurídicos, cuja dinâmica não se explica nos limites da ciência do direito. Contudo, no instante em que algum desses fatos passa a ser alvo de regulação pelo direito, isto é, passa a ser conteúdo de uma norma *jurídica*, sua inscrição nesse *status* decorre de uma decisão *jurídica*.

A decisão constituinte é considerada por Robles (*ibidem*, p. 4) como extra-ordenamental por ser a mais atrelada a esses fatores pré-normativos cuja dinâmica escapa aos domínios da ciência do direito, mas cujos resultados provocam modificações no ordenamento jurídico. Segundo ele, o verdadeiro debate constitucional está centrado na forma de governo e nas regras de justiça, as quais não possuem o conteúdo pré-determinado por outras normas. As razões de sua plausibilidade e aceitação social como regra de justiça não são apreensíveis por uma análise exclusivamente jurídica. Por isso, Robles entende que a decisão constituinte caminha de mãos dadas com uma *teoria da justiça extra-sistêmica*.

As demais decisões são intra-ordenamentais. Seu cabimento, conteúdo e procedimento são forjados pela decisão que lhes constitui. Sob o aspecto da teoria clássica do direito, afirmar que todas as demais decisões são intra-ordenamentais significa dizer que todas elas são infraconstitucionais, o que, na prática, indica limitações materiais e procedimentais. No caso do direito

brasileiro, a Seção VIII do Capítulo I do Título IV da Constituição Federal dispõe sobre o processo legislativo, estabelecendo o modo pelo qual uma decisão terá força de lei⁴⁸. No art. 60, § 4º, prevê limitações materiais específicas para as emendas constitucionais. É desnecessária a previsão de limitações materiais para normas jurídicas subconstitucionais, haja vista que elas poderão ter qualquer conteúdo que não viole a Constituição.

Seguindo a ordem escalonada do direito a partir da teoria proposta por Robles, a lei é fruto de uma decisão jurídica que constitui certo texto como lei, assim como a medida provisória e a portaria são decisões jurídicas que as constituem como tais. O que as diferencia é o modo de sua criação e o órgão prolator. No primeiro caso, a lei segue o rito constitucional de votação nas duas casas do Congresso nacional; no segundo caso, por iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, dentro dos limites constitucionais, posteriormente submetida ao legislativo; no terceiro caso, por decisão de Ministro de Estado, sempre com conteúdo infralegal.

Das decisões intra-ordenamentais, a mais específica em relação a um caso concreto é a decisão judicial. Segundo Robles (ibidem, p. 6):

Como paradigma de concretização do processo de realização do direito deve-se mencionar a *decisão judicial*, sobre cujo conteúdo material recaem em primeiro lugar as exigências da constituição e das leis, e, em segundo lugar também aquelas próprias da justiça extra-sistêmica, sempre que o âmbito constitucional ou legal o permita.

Nesse sentido, a decisão judicial cumpre a função de completar a ordem jurídica, pois, ao aplicar o direito ao caso concreto, interpreta-o a partir das circunstâncias fáticas que são apresentadas ao Judiciário. As normas fruto de decisões intra-ordenamentais capazes de inovar na ordem jurídica são dotadas dos atributos de generalidade e abstração, o que impedem-nas de regular situações específicas da realidade social. Suas previsões genéricas demandam um procedimento de concretização da norma jurídica, a partir do cotejo entre a previsão legal e a situação fática apresentada em juízo (subsunção).

⁴⁸ O termo “força de lei” é utilizado aqui em sentido genérico, de modo a designar “força de norma jurídica”. Não se refere exclusivamente à força da lei em sentido estrito, na medida em que os dispositivos sobre processo legislativo também preveem as emendas constitucionais, cuja hierarquia é superior à lei em sentido estrito.

O desafio do direito na sociedade complexa está em resolver os conflitos sociais a partir de um modelo que legitime a proposta heterônoma⁴⁹ e conjugue o maior número de expectativas possíveis na pluralidade valorativa estabelecida por esse modelo social. O direito contemporâneo vive o paradoxo em que a supremacia principiológica, ao objetivar reduzir a complexidade social, produz mecanismos que incitam procedimentos argumentativos em matéria jurídica, gerando uma situação de indeterminação semântica dos princípios. Para Neves (2014, p. 162-163), “o caráter multicêntrico da sociedade importa uma concorrência entre leituras diversas e incomensuráveis do mesmo princípio”.

Kant (2011, p. 98) apontou a necessidade de objetivação do conceito de bom e mau (pode-se dizer justo e injusto), o que se deu, na via kantiana, pela racionalização das faculdades de apetição do ser humano. Para Kant (ibidem, p. 93), “a possibilidade moral tem que preceder a ação, pois neste caso não é o objeto e sim a lei da vontade o fundamento determinante da ação”. Em termos de análise deontológica, a filosofia kantiana derruba qualquer conexão que se pudesse estabelecer entre o *bom* e o *agradável*, excluindo definitivamente a regra de *felicidade* das proposições morais.

Significa dizer que a felicidade humana não pode conduzir a uma ordem justa e boa, na medida em que esse critério se sujeita aos arbítrios das *máximas*. Apenas um critério objetivo e racional, isto é, apenas uma lei prática seria capaz de assegurar o estabelecimento da paz social. Nesse sentido, a filosofia kantiana atribui a todo ser humano um senso de *legalidade* inato (PHILIPPI, 2004, p. 175). A necessidade do agir por dever não repousa em sentimentos ou inclinações, mas na dignidade de um “*ser livre* que não obedece a nenhuma norma além daquela que cria para si mesmo” (idem).

O pensamento kantiano foi um dos principais responsáveis pelo início do processo de empoderamento do direito a partir do século XIX, o qual passou a ser entendido como única ordem deontológica dotada de objetividade suficiente para regular as relações sociais. O método de elaboração do direito a partir da Revolução Francesa também contribuiu para esse empoderamento ao

⁴⁹ A referência à manutenção da heteronomia na solução de conflitos não exclui a ampliação de mecanismos autônomos. Contudo, o paradoxo a que se alude no texto afeta especificamente as soluções heterônomas, pois, nesse caso, a decisão não é tomada pelas próprias partes interessadas, mas impostas, em caráter substitutivo, pelo Estado.

permitir a participação cada vez maior do jurisdicionado na elaboração das normas jurídicas. Esse ciclo atinge seu apogeu com o estabelecimento de uma sólida teoria do estado e da constituição pelo positivismo jurídico.

Em *O Problema da Justiça* (2011), Kelsen faz uma extensa análise sobre a impossibilidade de se utilizar a justiça como critério de solução de conflitos, concluindo que a ausência de objetividade impediria a estabilização das relações sociais e afetaria a segurança jurídica. Kelsen identifica, na história da filosofia, uma pluralidade de significados para a justiça e uma pluralidade de métodos para se atingi-la. O extenso elenco de possíveis sentidos da justiça já é um indicativo de sua insuficiência como critério de resolução de conflitos, mas, em sua obra, Kelsen impugna, especificamente, vários desses critérios⁵⁰.

No entanto, o quadro que se apresenta ao direito atual é consideravelmente oposto à objetividade que se lhe pretendia atribuir até o positivismo jurídico. O pós-positivismo apontou insuficiências no positivismo jurídico clássico, sobretudo no que concerne à negação da existência de justiça além do próprio direito. Ao visar constituir uma teoria que se ajustasse a qualquer modelo político e econômico, sob o argumento de que a função da ciência do direito se circunscrevia à descrição da ordem jurídica, o positivismo deu margem para que o preenchimento do conteúdo dessa *teoria vazia* por ele proposta se desse por estados autocráticos e totalitários.

No contexto do pós-Guerra, percebeu-se um processo de engrandecimento da função dos princípios na ordem jurídica, especialmente o da dignidade da pessoa humana. As constituições surgidas a partir dos anos 40 apresentam uma tendência maior à valorização das garantias fundamentais do ser humano, garantias estas que geralmente são expressas por meio de

⁵⁰ Um dos critérios que ele analisa, por exemplo, é o do *sum cuique*, muito comum na literatura jurídica, que afirma que a justiça é dar a cada um o que é seu, o que lhe é devido. Contra essa fórmula, Kelsen (2011, p. 18) afirma que ela demanda a existência e validade de uma outra ordem normativa que determine que é para cada um o “seu”. Outro critério é a chamada “regra de ouro”, traduzida pelo brocardo “não faça aos outros o que não queres que te façam a ti”. Para Kelsen (ibidem, p. 19), “se devemos tratar os outros como queremos ser tratados, fica excluída toda punição de um malfeitor, pois nenhum malfeitor deseja ser punido”. Kelsen denomina todas essas fórmulas por “normas de justiça de tipo metafísico”, em oposição às “normas de justiça de tipo racional”. Essas últimas seriam aquelas caracterizadas por “não pressuporem como essencial nenhuma crença na existência de uma instância transcendente, pelo fato de poderem ser pensadas como estatuídas por atos humanos postos no mundo da experiência e poderem ser entendidas pela razão humana, isto é, ser concebidas racionalmente (ibidem, p. 17)”.

princípios. Esse engrandecimento pode ser constatado inclusive pela posição topológica que o tema dos direitos fundamentais passa a ocupar nas cartas constitucionais. O exemplo mais ilustrativo desse processo consta da Lei Fundamental de Bonn⁵¹, já em seu primeiro artigo, que dispõe ser inviolável a dignidade humana, sendo obrigação do poder público respeitá-la e protegê-la.

O Brasil, em seu processo de redemocratização, recebeu forte influência do constitucionalismo alemão do pós-Guerra⁵². A atual constituição brasileira possui vasto conteúdo principiológico e significativo elenco de garantias fundamentais já no início do texto constitucional. A partir de 1988, a literatura jurídico-constitucional brasileira passa a se interessar cada vez mais pelo tema das regras e dos princípios, sobretudo por influência de Alexy, o que provocou reflexos na práxis jurisprudencial. Com a atual constituição, o Judiciário passou a valer-se frequentemente de argumentos principiológicos para decidir os casos que lhe são submetidos.

O modelo principiológico tem como trunfo impedir o engessamento da ordem jurídica, permitindo que os dispositivos constitucionais se adaptem aos intensos processos de modificação social vivenciados hoje. Contudo, a tendência à imprecisão e vagueza que caracteriza os princípios se potencializa no contexto da sociedade complexa em virtude da multiplicidade de leituras possíveis dos conteúdos axiológicos que tais princípios comportam (NEVES, 2014, p. 162-163).

Além disso, a complexidade social e o elevado nível de desenvolvimento tecnológico provocam juntos uma proliferação de situações fáticas singulares, não previstas expressamente pelo ordenamento jurídico, ou para cuja resolução conflitam diversos princípios dotados de forte carga valorativo-discursiva. Os interesses que extrapolam os limites de um direito meramente individual e subjetivo têm como característica a alta conflituosidade (MANCUSO, 2004, p. 100-106). Os princípios que se contrapõem no contexto da solução de conflitos dessa espécie são tidos como parte integrante do projeto de vida de certas categorias ou grupos sociais.

⁵¹ Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>, acessado em 20 de abril de 2015, às 23h00min.

⁵² Isso se deve, inclusive, pelo elevado número de constitucionalistas que estudaram na Alemanha e trouxeram textos e temáticas discutidos nesse país. Apenas para citar alguns exemplos: Marcelo Neves, Gilmar Mendes e Virgílio Afonso da Silva.

Toda essa conjuntura provoca o aumento de *hard cases*, que são casos apresentados ao Poder Judiciário para os quais não há uma resposta clara no ordenamento jurídico. A solução dos *hard cases* não se limita à técnica de subsunção legal, em que o magistrado, ao verificar a ocorrência do suporte fático da norma, aplica o dispositivo legal ao caso concreto. Os *hard cases* possuem como objeto reivindicações de grupos sociais que conflitam com a plataforma de projetos existenciais de outros grupos sociais.

É o caso, por exemplo, da ADPF 187, em que o STF julgou constitucional a realização da chamada marcha da maconha. Na ação em comento, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República, postulou-se manifestação do Tribunal sobre pedido de interpretação conforme a constituição do art. 287 (apologia de crime) do Código Penal, de modo a “excluir qualquer exegese que possa ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos”.

Também na APDF 132, em que foi discutida a legalidade da união estável homoafetiva, verificou-se intensa litigiosidade entre grupos sociais, o que pode ser comprovado pela presença de quinze *amicus curiae* na demanda, os quais defendiam pontos de vista altamente conflitantes (por exemplo, Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais – ABGLT).

A proliferação de *hard cases* não é fenômeno que se passa apenas no Brasil, mas é efeito inerente a qualquer ordenamento jurídico com tendência principiológica no contexto de uma sociedade altamente complexa. Alexy (2014) inicia sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais* analisando diversas decisões do Tribunal Constitucional alemão, em que a solução dos casos não se esgotou na mera subsunção legal, demandando intenso processo de ponderação de princípios.

Cita-se como exemplo o caso *Lebach* (ALEXY, 2014, p. 99-102), no qual uma emissora de televisão pretendia exibir documentário sobre certo crime que havia ocorrido na cidade de Lebach. Na época prevista para exibição do programa, um dos condenados, que estava próximo de terminar o cumprimento de sua pena, entendeu que o referido documentário prejudicaria sua ressocialização. Para solucionar a demanda, a Corte alemã precisou

ponderar o direito à informação e à liberdade de imprensa no âmbito do estado democrático de direito com o *direito de ser esquecido* do condenado, entendendo que este último teria precedência em relação ao segundo, pois se tratava de notícia não revestida de interesse atual pela informação.

O aumento da complexidade social conjugado com a tendência pós-positivista de se adotar um modelo de legislação principiológica transporta a discussão dos assuntos de maior relevância pública para o âmbito do Poder Judiciário. No Brasil, esse processo se torna especialmente perceptível, haja vista a evidente inércia do Legislativo no cumprimento de sua função. Como o exercício da jurisdição é inafastável (art. 5º, XXXV, CF) e ao juiz não é dado eximir-se de sentenciar alegando lacuna legal (art. 126, CPC; art. 140, NCPC), os *hard cases* acabam por demandar solução pautada sobretudo em princípios cujo conteúdo semântico-axiológico é vago, ambíguo ou, no mínimo, pouco delimitado. O STF já chegou a fundamentar a impossibilidade de quebra do sigilo bancário de empresa pelo Fisco no princípio da dignidade da pessoa humana (RE 389.808).

É preciso aqui chamar a atenção para outra tendência do direito moderno: a adoção de um processo de massa. Por esse termo, entendemos tanto o procedimento que resolve o conflito jurídico a partir de uma situação paradigma, aplicando a solução aos demais casos semelhantes, quanto o procedimento cuja decisão pode afetar número indeterminado de pessoas. No primeiro caso, tem-se a chamada sistemática de recursos repetitivos, prevista no art. 543-C do CPC/73⁵³, art. 1.036 do Novo CPC e, recentemente, no processo trabalhista, art. 896-C da CLT, com redação dada pela Lei 13/105/14, e, no segundo, o processo coletivo para tutela de interesses metaindividuais, previsto em diversos instrumentos normativos, dentre os quais a própria Constituição Federal (art. 129, III), além do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85).

Por fim, cabe ainda aludir à importância que as súmulas e enunciados de jurisprudência uniforme dos Tribunais vêm ganhando com alterações

⁵³ O artigo em questão trata especificamente do STJ. Há dispositivos que tratam da sistemática de recursos repetitivos em outros tribunais, como é o caso recente do TST, que citamos acima e também o STF, no art. 543-A do CPC, com redação dada pela 11.418/06. No NCPC (Lei 13.105/15), que entrará em vigor em 2016, a previsão da repercussão geral para os recursos extraordinário e especial se encontra no mesmo artigo.

legislativas recentes. A situação mais representativa é a da súmula vinculante do STF, prevista no art. 103-A da Constituição Federal. Além desse, citamos outros exemplos: a desnecessidade de remessa de ofício no caso de a decisão estar em consonância com súmula ou jurisprudência de tribunal superior (art. 475, § 3º, CPC, art. 496, NCPC, Súmula 303, TST); a possibilidade de o relator negar seguimento a recurso de natureza extraordinária quando estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal (art. 544, § 4º, II, “b”, CPC; art. 932, IV, “a”, “b” e “c”, NCPC); a possibilidade de o relator dar provimento monocrático ao recurso se o acórdão recorrido estiver em confronto com súmula ou jurisprudência dominante do tribunal (art. 544, § 4º, II, “c”, CPC; art. 932, V, “a”, “b” e “c”, NCPC); dentre outros exemplos⁵⁴.

Todo esse conjunto de medidas foram adotadas recentemente por iniciativa do próprio Poder Judiciário, em conjugação com outras que também buscavam restringir o acesso às instâncias extraordinárias, tais como a repercussão geral (art. 102, § 3º, CF, para o STF e, recentemente, no processo do trabalho, art. 896-A da CLT, com redação dada pela Lei 13015/14) e o prequestionamento (Súmula 356 do STF; Súmulas 211, 282 e 356, todas do STJ; Súmula 297 do TST). Gilmar Mendes, tratando especificamente do recurso extraordinário, afirma que:

[...] o acúmulo de processos na Corte Suprema a obrigou a adotar uma série de procedimentos formalistas, definidos como ‘jurisprudência defensiva’, com o intuito de barrar o processamento dos recursos extraordinários e agravos de instrumento (BRANCO; MENDES, 2011, p. 1.147).

Diante do exposto, tem-se que: i) é característica do direito pós-positivista a adoção de uma técnica redacional altamente principiológica⁵⁵, o que gera situação de incerteza quanto ao alcance de seu conteúdo normativo; ii) ao Judiciário é atribuída a função de completar a ordem jurídica, por meio da aplicação da norma ao caso concreto, consideradas as circunstâncias fáticas que o individualizam; iii) o aumento da complexidade social provoca leituras multifacetárias do mesmo princípio; iv) o Judiciário é chamado a resolver

⁵⁴ É importante destacar que o novo CPC ampliou ainda mais essa situação, ao prever que também não estará sujeita ao duplo grau de jurisdição as decisões em consonância em acórdão ou entendimento tomado na sistemática de recursos repetitivos pelo STJ e STF.

⁵⁵ Sobre os motivos que levaram à adoção dessa técnica principiológica e sobre o contexto que a fundamentou, trataremos no capítulo III, ao explicar a influência do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo no exercício da jurisdição no século XX.

conflitos para os quais a legislação não prevê solução expressa (*hard cases*), o que demanda a aplicação direta da principiologia constitucional e legal, por meio da técnica de ponderação de valores; v) a decisão tomada pelo Judiciário extrapola os limites subjetivos tradicionalmente estabelecidos pela teoria geral do processo, provocando efeitos *erga omnes*, *ultra partes* ou influenciando no julgamento de outras demandas.

Todo esse novo contexto em que se insere a decisão judicial é capaz de demonstrar a existência de um processo de *empoderamento* do Poder Judiciário. Significa dizer que, apesar de se encontrar no ponto mais baixo na hierarquia de concretude das decisões intra-ordenamentais, a decisão judicial possui a aptidão ora de funcionar como lei (no caso das súmulas vinculantes), ora de decidir quais os limites gerais do conteúdo das decisões intra-ordenamentais superiores.

Sobre esse último ponto, é importante destacar a circunstância da *generalidade* na interpretação dos princípios, pois sempre foi atribuição do Poder Judiciário interpretar as normas jurídicas. Essa tarefa lhe cumpria, todavia, apenas diante do caso concreto e apenas para a solução desse caso específico. A massificação dos processos permite que a interpretação dada por algum Tribunal Superior diante de um certo caso valha para outros casos não submetidos à apreciação, contanto que suas circunstâncias não difiram daquelas da demanda paradigma.

A principal externalidade provocada pelo empoderamento do Poder Judiciário é a transferência para o âmbito desse Poder da discussão sobre os assuntos mais relevantes da sociedade, criando um paradoxo não previsto pela teoria tradicional do direito público. O precedente acaba substituindo a legislação, mesmo no contexto de um estado adepto do *civil law*, como é o caso do Brasil. Essa estrutura provoca rearranjos nos pressupostos de legitimidade das decisões judiciais, na medida em que escapa do esquema da tripartição de poderes entendida até o positivismo jurídico.

Em que pese a escola positivista ter trabalhado a possibilidade de decisões judiciais cujo conteúdo não esteja respaldado por norma legal ou, ainda, a existência de discricionariedade hermenêutica na solução dos *hard cases*, a teoria do positivismo clássico apresenta claras limitações diante do modelo de legislação altamente principiológica do pós-Guerra. Mesmo a teoria

hartiana, já mais próxima dessa realidade, não dá conta da extensão do problema da colisão de princípios e do caráter multicêntrico de seus conteúdos normativos no âmbito da sociedade complexa.

Nem a base teórica kelseniana no sentido de que não pode haver decisão judicial ilegal ou inconstitucional, nem *soft positivism* de Hart sobre a existência de discricionariedade hermenêutica nos *hard cases* constituem discursos aceitos por essa sociedade complexa. A regra de não-contradição adotada por Kelsen para dar completude ao esquema da decisão judicial é insustentável diante da pluralidade semântico-axiológica que a leitura dos princípios proporciona. Também a simples constatação de que a atividade jurisdicional possui ampla margem de liberdade interpretativa em relação aos princípios parece insuficiente para explicar a dupla contingência havida entre princípios e decisões judiciais. Além disso, as respostas dos dois autores fragilizam a legitimidade institucional do Poder Judiciário, seja por afirmarem que ele está infenso ao equívoco (Kelsen), seja por afirmarem que, em certas circunstâncias, ele pode decidir como quiser (Hart).

Mesmo as propostas pós-positivistas não escapam ilesas da multiplicidade valorativa que a sociedade atual comporta. Entender que é viável extrair uma única resposta possível da colisão de dois ou mais princípios, tal como proposto por Dworkin, é frontalmente contrário ao pluralismo axiológico propugnado hoje. Esse esquema teórico só pode se sustentar diante de uma moral com pretensões universalizantes, que parta do pressuposto de que os princípios possuem peso idêntico em todos os tipos de sociedade. Apesar de Dworkin afirmar que é “melhor acreditar na objetividade e na verdade”, o raciocínio que esse autor conduz não pode ser generalizado, servindo apenas como hipótese propositiva para alguns países, cuja formação cultural é diferente da brasileira.

A proposta de Alexy, em que pese ser aquela, dentre as analisadas neste texto, que comporta maiores possibilidades de aplicação no Brasil, acaba por depositar excessiva confiança nos procedimentos discursivos como produtores de legitimidade. Isso se explica pelo fato de a teoria de Alexy possuir influência marcadamente habermasiana. Quando define norma fundamental atribuída, Alexy (2014, p. 74) diz que “uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direito fundamental se, para tal atribuição a uma

norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma *correta fundamentação referida a direitos fundamentais*” (grifos do autor)⁵⁶. Essa “correta fundamentação referida a direitos fundamentais” se dá em nível discursivo, cuja estrutura não escapa da incidência de mecanismos de poder, controle e submissão⁵⁷.

Todas as propostas acima elencadas continuam se mantendo atadas à matriz teórica clássica que embasa o exercício da jurisdição, cujo principal escopo seria a resolução ou pacificação de conflitos sociais. O modelo de sociedade complexa, impulsionada por um método legislativo inflacionado pela principiologia pós-positivista, questiona essa pretensão totalizante da jurisdição. É preciso incitar a criticabilidade do Poder Judiciário, de modo a rever os fundamentos da jurisdição como instrumento de solução de conflitos. Mais consentânea com o panorama apresentado é pensar o Judiciário como espaço de *gerenciamento e mediação do conflito estrutural* que a sociedade complexa comporta, ao invés de lhe incumbir a paradoxal tarefa de resolver conflitos insolúveis.

⁵⁶ A norma de direito fundamental atribuída se diferencia da norma de direito fundamental formal, na medida em que essa última é aquela expressamente prevista pela Constituição no capítulo reservado aos direitos fundamentais, ao passo que a primeira necessita de *correta fundamentação* que estabeleça nexos com o conteúdo dos direitos fundamentais expressamente previstos.

⁵⁷ Importa aqui tomar o cuidado de respeitar a proposta alexyana. Em *Teoria dos Direitos Fundamentais*, Alexy não pretendeu rediscutir as bases do exercício da jurisdição, muito menos desenvolver um método de solução de conflitos principiológicos aplicável a qualquer realidade legislativa. Pelo contrário: já no começo primeiro capítulo o autor enfatiza que “a análise a ser aqui desenvolvida diz respeito a uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais *da Constituição alemã*” (ALEXY, 2014, p. 31) (grifo nosso). A universalização da teoria dos direitos fundamentais de Alexy é algo que não pode ser a ele imputado. Se a literatura constitucional e a práxis jurisprudencial brasileiras entendem que a teoria de Alexy é aplicável no Brasil, isso se deve a um trabalho de adaptação da obra do jurista alemão à realidade brasileira, cujo desenvolvimento se dá à margem da proposta inicial de Alexy. Por isso, apesar de termos criticado a proposta de Alexy no que concerne à manutenção do escopo jurisdicional de pacificação de conflitos, é importante destacar que a teoria alexyana foi criada para dar conta da colisão de princípios do âmbito da prática jurisprudencial alemã, como método prático de aplicação do conteúdo valorativo da constituição alemã aos casos concretos apresentados ao Tribunal Constitucional desse país.

CAPÍTULO III

PACIFICAÇÃO E DISSENSO: O PARADOXO DA JURISDIÇÃO FRENTE À COMPLEXIDADE SOCIAL

1. Considerações iniciais

O capítulo anterior teve por objetivo introduzir elementos de teoria geral do direito para uma crítica da decisão judicial. Nesse sentido, foram abordadas questões relativas à possibilidade de decisões judiciais inconstitucionais ou extralegais, além do problema da discricionariedade na decisão a partir de considerações sobre a textura aberta da linguagem do direito. Essas questões afetam o exercício da jurisdição, mas não dizem respeito a ele com exclusividade. São temas de teoria geral e filosofia do direito que, indiretamente, provocam discussões no âmbito processual.

O propósito deste terceiro capítulo é articular os elementos tratados no capítulo anterior com tópicos mais especificamente ligados à teoria da jurisdição. O objetivo dessa articulação é explicar o *locus* teórico que embasou o fenômeno da expansão do poder judicial. Por isso, este capítulo abordará temas como o pós-positivismo, os argumentos da justiça, o neoconstitucionalismo e o principiologismo constitucional⁵⁸. No entanto, para entender adequadamente esses temas, é preciso compreender a crítica do positivismo jurídico por eles elaborada. Não é possível explicar o “pós”-positivismo e tudo aquilo que ele propõe sem antes entender o próprio positivismo. O pós-positivismo tem como pressuposto de existência a esgotabilidade do positivismo como corrente teórica do direito.

Ao final, serão retomados elementos teóricos expostos no primeiro capítulo, com o fito de criticar o paradoxo gerado pela atribuição de uma função

⁵⁸ Os temas referidos serão abordados apenas naquilo que se considera útil para a crítica do modelo de exercício do poder jurisdicional que se pretende fazer adiante.

pacificadora ao poder jurisdicional no contexto de uma sociedade altamente complexa. Se o exercício do poder modela métodos de apreensão da verdade, contingencia possibilidades epistemológicas, produz subjetividades, como é possível atribuir a um poder a função de, imparcialmente, solucionar e pacificar os conflitos sociais?

2. O Poder Jurisdicional na História Recente (período pós-Revolucionário ao Pós-positivismo)

A jurisdição, nos moldes como a compreendemos hoje, apenas pode ser pensada a partir da teoria da separação de poderes. Antes disso, a jurisdição configurava tão somente uma dimensão do poder absoluto do rei. Seu exercício, pelos magistrados, se dava por simples delegação real, podendo ser revista quando o monarca entendesse necessário. A própria escolha dos magistrados se dava de modo unilateral pelo rei. A centralização do poder na figura real tornava desnecessária maior análise sobre o exercício de uma competência específica para solução de litígios. A jurisdição só interessa à teoria do direito no contexto do estado burguês, dentro do esquema de freios e contrapesos por ele elaborado⁵⁹.

A proximidade entre os magistrados e a coroa foi responsável por criar um quadro de desconfiança em relação ao recém-criado Poder Judiciário. Na França pós-revolucionária, a teoria da separação de poderes serviu, em grande parte, para restringir o papel dos magistrados na determinação dos assuntos do Estado. Seu papel passou a ser concebido como infralegal (*secundum legem*), haja vista que os interesses revolucionários, representados no Poder

⁵⁹ Nesse ponto, é preciso destacar que, mesmo não tendo havido teorizações substanciais sobre a jurisdição no contexto das monarquias europeias, a sua inclusão no conteúdo programático da teoria do direito não significa um rompimento fundamental com o modelo de compreensão do poder que se verifica ao longo da filosofia política. Quando Foucault afirma que ainda não “cortamos a cabeça do rei” (Capítulo I, p. 16), quer criticar o modo pelo qual se analisa o poder: centralizadamente, sempre a partir do conceito de soberania. Nesse aspecto, as teorizações sobre a jurisdição se autoafirmaram negadoras do absolutismo, mas não fugiram das bases teóricas que o fundamentaram. Se antes a jurisdição configurava mera dimensão do poder soberano *do rei*, hoje (conforme se verá) a jurisdição é compreendida como mera dimensão do poder soberano *do estado*. O fato de se ter elaborado teorias sobre a jurisdição é fruto do desenvolvimento da ideia de Estado de Direito, o que não configura motivo suficiente para se afirmar um rompimento com o modelo de compreensão do poder no absolutismo. A jurisdição, aliás, é exemplo da afirmação de Foucault de que, sempre quando se falou de poder, era do rei que se estava falando.

Legislativo, se plasmavam na lei. A necessidade de conter os Poderes Executivo e Judiciário fundamentou o mito burguês do *Estado de Direito*, segundo o qual o próprio criador das leis aceitava se submeter a elas⁶⁰.

Essa auto-submissão legal apenas se mostrou viável por meio do recurso argumentativo segundo o qual o Estado é o detentor máximo do poder soberano, o que permitiria aceitar, em termos teóricos, que ele limitasse a sua própria atuação, pois nada pode limitar a soberania a não ser ela mesma. Esse poder soberano é uno e indivisível: apenas o *exercício* do poder é que poderia ser tripartido. A atuação estatal em qualquer uma de suas três esferas (administração, legislação e jurisdição) seria atuação *do estado*, independentemente de quem o exercesse de fato. Contudo, na prática do regime pós-revolucionário, o que se verificou foi a criação de uma estrutura teórica que embasasse a submissão dos demais planos do Estado aos interesses burgueses representados no Parlamento⁶¹.

A separação de poderes é compreendida em termos literais na França pós-revolucionária, o que fica bastante evidente da leitura da Constituição de 1791 e pode ser comprovado especialmente pelo desenvolvimento das figuras do *contencioso administrativo* e do *référé législatif* na doutrina do direito público francês.

Em 24 de agosto de 1790, foi publicada a Lei nº 16, que versava sobre organização judiciária. Em seu art. 13, ficou previsto que:

As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem (tradução de DI PIETRO, 2015, p. 10⁶²).

⁶⁰ Segundo BRANCO e MENDES (2015, p. 45): “O prestígio do Parlamento explica as características *quase místicas* reconhecidas ao instrumento característico de expressão de sua vontade, a lei”.

⁶¹ Aqui é importante destacar que a análise se centra na experiência francesa, por ser a que trouxe maiores influências para o direito da Europa continental e, conseqüentemente, para o brasileiro. Países com a tradição do *common law* tiveram experiências um pouco distintas, com a coexistência da monarquia com o parlamento (*king in parliament*) no sistema político inglês. No caso do direito americano, a diferença é ainda mais acentuada, haja vista que a teorização do poder político não se voltou contra os Poderes Executivo ou Judiciário, mas contra o próprio Poder Legislativo, o que explica o peculiar desenvolvimento do controle de constitucionalidade nesse país (para uma análise mais detida: MENDES; BRANCO, p. 40-54).

⁶² Original: Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque

Desse modo, ficou instaurado o contencioso administrativo, segundo o qual caberia ao próprio Poder Executivo solucionar os litígios que envolvessem a atuação administrativa, sempre observando o conteúdo prefixado pela lei. Esse modelo se afasta do *judicial review*, previsto no direito estadunidense e incorporado ao direito brasileiro, que permite a apreciação judicial dos atos administrativos.

O *référé législatif* é ainda mais emblemático no que concerne à limitação do poder judiciário e reafirmação da supremacia do Legislativo no esquema da separação de poderes na França. A Constituição de 1791, no art. 3º, Capítulo V, veda ao Poder Judiciário “imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo ou suspender a execução de lei”. Esse “exercício do Poder Legislativo” a que o magistrado não poderia se imiscuir abrange até mesmo a interpretação legal, haja vista que o art. 21 do mesmo capítulo determina que, quando após duas cassações, o julgamento do tribunal de terceira instância for atacado pelos mesmos meios em que o foi nos tribunais inferiores, a questão não poderá ser tratada no tribunal de cassação respectivo antes de ser submetida ao Parlamento, que elaborará um *decreto declaratório da lei*, cujo conteúdo deverá ser *obrigatoriamente observado* pelo tribunal de cassação⁶³.

Ao Judiciário caberia apenas a aplicação do conteúdo expresso da lei. Nem sequer lhe era dado interpretar o texto legal, quando estivesse diante de vagueza ou ambiguidade. Diante de dúvida interpretativa, o Judiciário deveria submeter a questão ao *référé législatif* (MENDES; BRANCO, 2015, p. 46). O

manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

⁶³ Transcreve-se, para eventual conferência, os dispositivos referidos no original:

CHAPITRE V - DU POUVOIR JUDICIAIRE

[...]

Article 3. - Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

[...]

Article 21. - Lorsque après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer.

esquema do *référé législatif* é a materialização do juiz “boca de lei” (*bouche de la loi*) teorizado por Montesquieu.

A tripartição rígida elaborada pelo direito francês é progressivamente abandonada com a ascensão do positivismo como corrente filosófica dominante. No campo jurídico, o ideário da Revolução Francesa é marcado pelo direito natural, a quem o direito dos homens deveria se aproximar o máximo possível para lograr atingir a justiça, pois só o direito natural é capaz de definir o que é *bom* e o que é *mau* (BOBBIO, 2006, p. 23). No âmbito do positivismo jurídico, a dicotomia do “bom e mau”, “justo e injusto” é relegada ao campo de teorizações políticas e, portanto, de cunho extrajurídico. A ciência jurídica deveria se pautar na observância empírica das “leis sociais”, que projetariam o direito em direção à física social comtiana.

Esse contexto filosófico é marcante do início do positivismo na França (poder-se-ia dizer, um positivismo pré-kelseniano), em que se propunha à ciência do direito apenas o método empírico de pesquisa. Em seguida, a exclusividade do método empírico deixa de ser o ponto mais relevante a ser perseguido pelo direito positivista, sendo substituído pelo necessário estabelecimento de contornos precisos do objeto de pesquisa da ciência jurídica. A distinção entre fontes formais e materiais se enriquece, desenvolvendo-se uma divisão metodológica de pesquisa, em que as últimas caberiam à filosofia, sociologia e antropologia do direito. À ciência jurídica propriamente dita caberia apenas o estudo das fontes formais. No âmbito do Estado de Direito, as fontes formais por excelência são a lei e a constituição.

As grandes codificações napoleônicas do início do século XIX são recebidas como prova da supremacia da razão. Entendia-se que toda situação relevante da vida civil estaria prevista no Código Napoleão de 1808, tornando-se desnecessárias e impertinentes quaisquer investigações teóricas de cunho metafísico. O estado de euforia causado pela cientifização do direito se verifica com a célebre frase atribuída ao professor e jurista francês Bugnet: “Eu não conheço o direito civil; eu só ensino o Código Napoleão”⁶⁴.

⁶⁴ A frase citada nunca foi lançada em livros ou revistas. Trata-se de expressão muito difundida na França para explicar o contexto de euforia causado pelas grandes codificações napoleônicas, sendo citada em diversas obras francesas sobre teoria do direito, com propósito de explicar, sobretudo, a escola da exegese (LABBÉE, 2005, p. 152). No original: “Je ne connais pas le droit civil; je n’enseigne que le code Napoléon”.

Com Kelsen, a ideia de um direito como parte integrante da *física social*, tal como imaginado por Auguste Comte no início do positivismo, perde totalmente o seu sentido. O direito é fruto de relações de poder e não pode ser deduzido a partir da simples observação da sociedade. A lei surge de articulações políticas, econômicas e sociais, não por simples sensibilidade teórico-empírica de um pesquisador qualquer. Nesse sentido, não cabe ao direito definir ontologicamente o que é o *certo* e o *errado*: o direito é a forma pela qual esses valores se expressam de maneira objetiva:

Uma norma objetivamente válida, que fixa uma conduta como devida, constitui um valor positivo ou negativo. A conduta que corresponde à norma tem um valor positivo, a conduta que contraria a norma tem um valor negativo. A norma considerada objetivamente válida funciona como *medida de valor relativamente à conduta real* (KELSEN, 1999, p. 19) grifo nosso.

Se, no Iluminismo, a decisão judicial é entendida como fruto de mero silogismo lógico-dedutivo, não se permitindo sequer a interpretação jurisdicional de normas jurídicas (*référé législatif*), no positivismo jurídico, esse silogismo se insere no contexto de uma interpretação sistemática, pautada na ideia de que o direito constituiu uma totalidade. À ciência do direito compete orientar a atuação jurisdicional, no sentido de, a partir da lei, interpretar o *sistema jurídico* de modo a evitar contradições e lacunas.

Além disso, o positivismo kelseniano enfrenta a questão da pluralidade de interpretações possíveis para uma mesma norma jurídica (Capítulo II, item 1). Essa discussão se origina da percepção de que é possível dissociar norma de texto, de modo que um mesmo enunciado normativo pode gerar várias normas jurídicas distintas e até contraditórias entre si. No iluminismo, a variabilidade hermenêutica era, de certo modo, negada, pois o *référé législatif* tinha por escopo a obtenção de um “decreto *declaratório*” do significado da norma, o qual seria tomado como única hipótese interpretativa viável. A pluralidade hermenêutica não era tomada como ínsita ao procedimento de interpretação jurídica, mas como elemento acidental, fruto da incapacidade do Poder Judiciário de desvendar, por conta própria, o verdadeiro sentido da norma.

O exercício da jurisdição, entendido na conjuntura do Estado de Direito do positivismo kelseniano, constitui uma atividade eminentemente

interpretativa, visto que limitada pelo conteúdo da lei, mas cuja materialização não dispensa uma dimensão política.

Essa dimensão política é de fácil verificação nos tribunais de última instância. Como destacado no Capítulo II, para Kelsen, as decisões de instâncias inferiores possuem validade provisória, na medida em que podem ser reformadas pela instância superior. Contudo, essa progressão escalonada de revisões necessita terminar em um certo instante, para atender a um padrão mínimo de segurança das relações sociais. Surge, assim, a norma que prevê a coisa julgada⁶⁵, a qual, atuando em conjunto com essa estrutura recursal que impede a revisão das decisões do tribunal de última instância, dá azo à prolação de decisões com conteúdo não previsto pelo ordenamento jurídico.

A incontabilidade do exercício da jurisdição pelo tribunal de última instância transforma a escolha entre uma ou outra interpretação da norma em decisão de cunho político. Apesar de a teoria pura ter buscado a separação a mais rígida possível entre direito, moral e política, a interconexão entre esses três elementos se impõe mesmo no contexto do poder “imparcial” do Estado. Em Kelsen e em Hart, o direito positivo limita a pluralidade de *soluções* para um mesmo problema (o que se dá em um momento pré-jurídico), mas gera como externalidade uma pluralidade de *interpretações* sobre os critérios desse mesmo *paradigma de solução do conflito*. O julgador não tem ampla liberdade para escolher *como* vai julgar, mas tem liberdade para decidir *qual* interpretação adotar para o caso concreto.

Contudo, para manter o rigor científico de sua teoria, Kelsen rejeita a ideia de que uma decisão válida possa ser contrária ao direito, pois, no sistema do direito positivo, a validade é ínsita à conformidade com a norma. Todavia, considerando que a decisão do tribunal de última instância não está sujeita a controle, seria possível afirmar que ela é inválida? Quem poderia fazê-lo? Poderá o cidadão recusar-se a cumpri-la sob a alegação de que ela viola a ordem jurídica e é, portanto, desprovida de validade?

⁶⁵ Também nos tribunais inferiores uma decisão com conteúdo não previsto pelo direito positivo pode valer e se tornar imutável, mas, nesse caso, não basta a incidência da norma que prevê a coisa julgada. Para explicar a possibilidade de ocorrência desse fenômeno em tribunais inferiores, é preciso conjugar a norma da coisa julgada com a norma que prevê a voluntariedade dos recursos. Assim, uma decisão de um juiz monocrático ou de um tribunal revisor ordinário, com conteúdo não previsto pelo direito positivo pode prevalecer, se não interposto o recurso adequado no prazo previsto.

O legado da teoria positivista para o estudo da jurisdição se materializa na percepção de que o estado de direito, pautado no princípio da legalidade, pode conviver com a pluralidade de interpretações e que a decisão a respeito de qual dessas interpretações deve ser aplicada não cabe ao Legislativo, mas ao Judiciário. Esse legado é sentido até hoje no exercício do poder jurisdicional, o qual, apesar de limitado pela lei, é constantemente chamado a tomar decisões políticas a respeito de qual o *melhor* caminho a ser tomado diante dos casos concretos que lhe são postos.

No âmbito do processo civil moderno, duas teorias sobre a jurisdição se consagraram: a teoria de Chiovenda e a de Carnelutti⁶⁶.

Chiovenda (2002, p. 56) entendeu a jurisdição como sendo atividade destinada a fazer atuar a vontade concreta da norma. Decompondo o referido conceito, percebe-se que o pressuposto do exercício da jurisdição é extraído da ideia de que a norma tem uma *vontade*. A lei possui um âmbito de incidência; ela é criada com vistas a modificar condutas. O imperativo da previsibilidade no estado de direito nega decisões circunstanciais, atribuindo à lei o atributo da abstração. Sendo assim, caberia à jurisdição, cotejando o campo de atuação da norma com o fato a ser subsumido, precisar a atuação da determinação contida no conteúdo da norma. Nessa medida, Chiovenda acreditava que a soberania estatal poderia ser dividida em duas funções bem distintas, sendo uma destinada a produzir o direito e outra destinada a atuá-lo (SILVA; GOMES, 2010, p. 58-59; CÂMARA, 2007, p. 70-71).

Outra característica enfatizada por Chiovenda é o caráter de substitutividade da jurisdição. Para o autor, o Estado moderno considera como função essencial sua a administração da justiça e, por isso, prevê vedações à autodefesa e impõe a observância da heterotutela. A substitutividade diz

⁶⁶ A jurisdição integra o conjunto dos três temas mais fundamentais do direito processual, que seriam: jurisdição, ação e processo. Sendo assim, existem inúmeras teorizações a respeito do conceito e dos escopos da jurisdição. No entanto, o que se observa pela leitura das obras de teoria do processo, é que o estudo da jurisdição parte da oposição dessas duas teorias: chiovendiana e carneluttiana. A proposta do presente Capítulo é tratar do paradoxo entre as concepções tradicionais de jurisdição, que as relacionam com o escopo pacificador do direito e com a substitutividade, e o modelo de sociedade complexa, altamente gerador de *hard cases*, mas que demanda soluções rápidas e uniformes. Não é, portanto, do nosso interesse elencar, explicar e criticar todas (ou um número considerável) de teorias sobre a jurisdição, visto que esse intento extrapola os limites metodológicos deste trabalho. Nesse sentido, contentamo-nos em apresentar as duas teorias que reputamos mais mencionadas em sede de teoria geral do processo no Brasil e, apenas, nos aspectos dessas teorias que se mostram úteis para o objetivo geral do trabalho.

respeito à característica da jurisdição de substituir uma atividade privada (conflito) por uma atividade pública (a decisão judicial) (IDEM)⁶⁷.

Carnelutti (2001, p. 94-95), por sua vez, dá uma definição de jurisdição bastante difundida em direito processual: a jurisdição consiste na justa composição da lide, criando a norma individual que regulará o caso concreto, a partir da norma geral. Em que pese guardar consideráveis diferenças em relação à teoria chiovendiana, a definição de Carnelutti se mantém atada à ideia de que jurisdição tem por pressuposto o projeto de pacificação social. Aliás, critica-se a teoria carneluttiana exatamente por não definir a jurisdição a partir de critérios ontológicos, mas a partir de sua função (MARINONI, 2001, p. 64 e 91). A ideia de “composição de litígio” parte do pressuposto de que a função da jurisdição é *solucionar* os problemas sociais (ou individualmente considerados, no caso *sub judice*).

Estuda-se, em teoria do processo, que uma das características do Estado moderno é o monopólio da administração da justiça (SILVA; GOMES, 2011, p. 57-58). A partir de um certo momento da História, a solução de conflitos deixa de ter índole essencialmente privada e passa a ser exercida primordialmente pelo Estado. É característica desse monopólio estatal da justiça a criminalização da perseguição privada das próprias pretensões, ainda que elas sejam legítimas (crime de exercício arbitrário das próprias razões – art. 345 do Código Penal).

Essa medida é absorvida como necessária para a manutenção da segurança e da paz no convívio social. Para que essa pretensão se materializasse, foi preciso desenvolver uma teoria voltada à criação de um conjunto de garantias processuais aos cidadãos, dentre os quais destacam-se os axiomas do Estado-juiz como sujeito imparcial e do caráter substitutivo da jurisdição. A monopolização do exercício do poder de solução dos conflitos sociais pelo Estado serviu como condição de possibilidade para o desenvolvimento do moderno direito processual.

O caráter substitutivo do poder jurisdicional é intimamente ligado à ideia de pacificação social e de imparcialidade do Estado-juiz⁶⁸. Aqui cabe

⁶⁷ Um processualista contemporâneo que, ainda hoje, abertamente filia-se à definição chiovendiana de jurisdição é Alexandre Freitas Câmara, citado na referência acima.

retomar a citação transcrita no primeiro capítulo deste texto, em que Foucault questiona se o poder seria capaz de se impor se fosse inteiramente cínico. Conforme dito na ocasião, é apenas escondendo uma parte considerável de si mesmo que o poder se torna aceitável. A ideia de que a vontade do Estado-juiz substitui a vontade das partes é uma ficção jurídica imprescindível para o bom funcionamento da jurisdição.

O monopólio estatal da administração dos conflitos só se mostrou possível a partir do desenvolvimento de um direito processual que tornasse *legítimo* o exercício desse poder, já que, como afirmado no início do Capítulo I, o direito pretende servir como marco divisor entre o exercício *legítimo* e o exercício *ilegítimo* do poder. É possível que, substancialmente, não haja nenhuma diferença material entre um ato de violência e outro. O ato de oficial de justiça que arromba uma casa para proceder à apreensão de bens não difere, na essência, do ato de um criminoso que assalta uma residência e dali furta bens.

É a situação descrita por Kelsen (1999, p. 3) quando analisa a diferença entre uma sentença de morte e um homicídio. Substancialmente esses atos não diferem entre si. Porém, o ato emanado do Estado é entendido como tendo sido exercido nos termos previstos pela ordem do direito, sendo, portanto, legítimo. O direito *constitui* os títulos aos quais ele mesmo atribui a noção de legitimidade e o direito processual cumpre a função de tornar legítimo o exercício desse poder.

A substitutividade da jurisdição e o seu escopo de pacificação social são altamente questionáveis no contexto de massificação processual em que se vive atualmente, no qual se percebe, ao mesmo tempo, uma “explosão de litigiosidade” e a crescente cobrança por eficiência e por soluções rápidas para os problemas sociais. No entanto, o que se nota é que, tanto a noção de pacificação social quanto a de substitutividade são absorvidas axiomáticamente até pela moderna literatura processual.

⁶⁸ Para efeito deste texto, pouco importa a recente discussão, em sede de direito processual, em que se elaboram diferenças entre termos como “imparcialidade”, “neutralidade”, “parcialidade positiva”, etc. Para nós, é suficiente perceber que o direito processual trabalha com a existência de um sujeito cuja vontade, por ser imparcial, neutra ou parcialmente positiva, possa *substituir* a vontade das partes.

Marinoni (ibidem, p. 108), em um primeiro momento, afirma recusar concluir que a jurisdição se caracterize pela pacificação social. No entanto, essa recusa é aparente, pois o que o autor rejeita é concluir que todo e qualquer exercício de poder voltado para pacificação social seja jurisdição. Não se trata de uma rejeição em termos ontológicos (no sentido de que a jurisdição não tenha escopo pacificador). O que o autor propõe não é o abandono do escopo de pacificação social da jurisdição, mas uma espécie de ressignificação desse escopo, no sentido de que só será jurisdição o poder que observar os ditames da justiça.

Cândido Rangel Dinamarco (1996, p. 159-161) é mais explícito em relação ao escopo pacificador da jurisdição. O autor afirma que “a função jurisdicional e a legislação estão ligadas pela unidade do escopo fundamental de ambas: *a paz social*”. Nesse aspecto o autor vai além e aduz que:

Isso não significa que a missão social pacificadora se dê por cumprida mediante o alcance de decisões, quaisquer que sejam e desconsiderado o teor das decisões tomadas. Entra aqui a relevância do *valor justiça*. *Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado (ibidem, p. 161) grifos do autor.

Por essa passagem, percebe-se que a posição de Dinamarco não difere da de Marinoni: ambos os autores partem do pressuposto de que a função da jurisdição é a promoção da paz social, com a solução dos conflitos individuais, por meio da substituição da vontade das partes pela vontade do Estado-juiz, a partir de *critérios legítimos e justos*.

Contudo, é preciso colocar o exercício da jurisdição diante do contexto de alta complexidade social, em que os conflitos já não se mostram mais individualizadamente, mas integram uma plataforma de reivindicações sociais de grupos antagônicos. A isso, deve-se somar o contexto de um processo massificado, decidido por amostragem e com mecanismos de vinculação. Nesse contexto, cabe questionar se ainda seria possível atribuir à jurisdição a função de pacificar os conflitos. Sobre esse ponto pretendemos tratar no item 3 deste capítulo, após trabalhar a conjuntura jurídico-política que dá sustentação teórica ao fenômeno da expansão do poder jurisdicional.

3. Pós-positivismo jurídico e jurisdição no neoconstitucionalismo: o fenômeno da expansão global do poder judicial

O positivismo jurídico foi a escola responsável por defender a separação entre direito e moral (KELSEN, 1999, p. 75). Ao tratar do assunto, Alexy (2011, p. 3) toma o positivismo jurídico como marco divisor da polêmica sobre o conteúdo moral do direito ao afirmar que, apesar de se tratar de discussão de “mais de dois mil anos”, duas proposições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista. Posteriormente, o mesmo autor sintetiza as múltiplas variações do tema em duas teses básicas: a tese da separação e a tese da vinculação. Todo positivista jurídico precisa defender a tese da separação, ao passo que o não-positivista pode defender tanto que a vinculação existe ou, então, que ela não é conceitualmente impossível (ibidem, p. 23-27).

Nesse campo, Alexy determina que os argumentos a favor, ou contrários, a qualquer uma das teses supramencionadas podem ter índole *analítica* ou *normativa*.

No primeiro caso, trata-se de discutir a existência ou inexistência de um vínculo *conceitualmente* necessário entre direito e moral. Essa perspectiva toma um pressuposto ontológico como ponto de partida, debatendo se a definição do direito deve considerar elementos de cunho moral ou não. A tese da vinculação, quando defendida por de meio argumentos analíticos, implica afirmar que uma definição de direito que não contenha um mínimo de elementos morais não pode ser considerada verdadeira, não descrevendo adequadamente seu objeto.

No segundo caso, trata-se de discutir se a inclusão, ou não, de elementos morais no conceito de direito é necessária para atingir determinado objetivo almejado pela norma. O autor indica, por exemplo, o argumento da clareza linguístico-conceitual e da segurança jurídica para aqueles que defendem a tese da separação, ou argumentos de combate à injustiça legal, para aqueles que defendem a tese da vinculação. Nesse aspecto, toma-se não uma perspectiva ontológica como ponto de partida, mas uma perspectiva pragmática, voltada para avaliar as implicações materiais que a adoção de cada uma dessas teses pode gerar.

No que tange à tese da vinculação, Alexy (ibidem, p. 57-58) indica ainda outra possível classificação. Quando se estiver defendendo que identificar uma certa norma como sendo jurídica implica, ao mesmo tempo, classificá-la como moralmente adequada, estar-se-á diante de uma versão da tese da vinculação, qualificada pelo autor como tese *forte* da vinculação. Quando se estiver defendendo que normas jurídicas podem ser imorais, desde que respeitado “certo limiar” de imoralidade, isto é, o limiar da “injustiça extrema”, estar-se-á diante da chamada tese *fraca* da vinculação.

O autor identifica essa diferença no âmbito das teorias vinculativas principalmente a partir da mudança de posicionamento do jurista alemão Gustav Radbruch em relação à necessidade de inclusão de elementos morais no conceito de direito, o que é de extrema importância para divisar o campo jusfilosófico em que se desenvolveu o neoconstitucionalismo. Segundo Alexy (ibidem, p. 55), Gustav Radbruch era positivista antes dos tempos do nacional-socialismo, tendo modificado sua opinião ao perceber que positivismo jurídico teria deixado “desarmados” povos e juristas em face de leis “arbitrárias”, “cruéis” e até “crimonosas”.

Após a eclosão do nazismo, Radbruch passou a adotar a tese fraca da vinculação, estabelecendo uma fórmula, transcrita por Alexy (ibidem, p. 34), segundo a qual o conflito entre justiça de segurança jurídica deve ser resolvido pela prevalência do direito positivo sobre a moral, permitindo-se até mesmo a existência de uma lei injusta, *exceto* quando a contradição entre direito e justiça atingir um grau tão insustentável que a lei, como “direito incorreto”, deva ceder lugar à justiça. Trata-se do *argumento da injustiça*, que determina haver uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral a partir do limiar da *injustiça extrema*.

Alexy (ibidem, p.31) designa dois tipos diferentes de conexão entre direito e moral: uma conexão classificadora, que ocorre quando se afirma que normas ou sistemas normativos incapazes de satisfazer determinado critério moral, por razões conceituais ou normativas, *não são* normas jurídicas e; uma conexão qualificadora, que ocorre quando se afirma que normas ou sistemas normativos incapazes de satisfazer determinado critério moral, embora possam ser normas jurídicas ou sistemas jurídicos, são, por razões conceituais ou normativas, normas jurídicas ou sistemas jurídicos “juridicamente defeituosos”.

Sendo assim, a conexão qualificadora tem por finalidade adjetivar (*qualificar*) normas ou sistemas jurídicos. Mais especificamente, a adjetivação será no sentido da justiça ou injustiça da norma ou do sistema jurídico. Não se discute aqui aspectos referentes à validade dessa norma ou desse sistema jurídico, haja vista que a discussão em torno da conexão qualificadora pressupõe que a norma ou o sistema jurídico seja válido.

Já a conexão classificadora tem por finalidade definir se uma norma ou um sistema normativo pode ser *classificado* como jurídico. A conexão classificadora tem, portanto, um sentido ontológico. Por isso, também não se discute aqui aspectos referentes à validade dessa norma ou desse sistema normativo: se não satisfeita a conexão classificadora⁶⁹, nem sequer será possível chegar ao nível da validade. A inexistência de uma conexão *classificadora* torna inviável a discussão sobre a validade, ao passo que a própria discussão de uma conexão *qualificadora* pressupõe a validade.

Utilizando-se essa terminologia, é possível traduzir a fórmula de Radbruch da seguinte forma: até o limiar da injustiça extrema, a conexão entre direito e moral é do tipo qualificadora, de modo que normas jurídicas ou sistemas jurídicos que não satisfizerem certo critério moral são válidos, porém injustos; a partir do limiar da injustiça extrema, a conexão entre direito e moral é do tipo classificadora, pois, nesse caso, a ausência de certos critérios morais torna ontologicamente incompatível a atribuição do caráter jurídico à norma injusta.

Alexy (ibidem, p. 41-42) argumenta que todo o ordenamento jurídico tem uma *pretensão à correção*. É preciso destacar, nesse ponto, a noção de *pretensão*, pois o autor não afirma que toda norma ou todo sistema jurídico é correto, mas que toda norma e todo sistema jurídico *pretende* ser correto. Essa distinção destaca o fato de que uma norma ou um sistema jurídico *pode ser* incorreto (injusto), sem que isso lhe retire o caráter jurídico. Todavia, a pretensão à correção constitui: a) uma característica própria a todo ordenamento jurídico (conexão classificadora) e; b) um ideal a ser seguido por

⁶⁹ Quando se entender que uma conexão desse tipo é necessária.

todo ordenamento jurídico (conexão qualificadora). Desse modo, é fácil perceber que Alexy (ibidem, p. 95) se filia à tese fraca da vinculação⁷⁰.

O pensamento alexyiano sobre o conceito de direito e sua necessária vinculação a um critério mínimo de moralidade representa a pauta de discussões jusfilosóficas do pós-positivismo no âmbito do direito.

Na filosofia pura, o pós-positivismo tem a teoria crítica da Escola de Frankfurt como seu maior expoente. O pós-positivismo da teoria crítica constituiu um ataque às pretensões de emancipação humana fundadas na racionalidade e propugnadas desde o Iluminismo, no sentido de que a razão e o esclarecimento conduziriam: a) à libertação do homem em relação à natureza e; b) a um grau de desenvolvimento científico e tecnológico, capaz de proporcionar todos os instrumentos materiais necessários para uma vida feliz. Essas pretensões foram identificadas pela primeira fase da Escola de Frankfurt como uma espécie de ideologia da sociedade burguesa:

O fato de que o espaço higiênico da fábrica e tudo o que acompanha isso, o Volkswagen e o Palácio dos Esportes, levem a uma liquidação estúpida da metafísica, ainda seria indiferente, mas que eles próprios se tornem, no interior do todo social, a metafísica, a *cortina ideológica* atrás da qual se concentra a desgraça real não é indiferente. Eis aí o ponto de partida de nossos fragmentos (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 14-15) grifo nosso.

⁷⁰ Alexy utiliza diversos argumentos para justificar a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. O autor adota a fórmula de Radbruch, representativa da tese fraca da vinculação, estabelecendo que uma norma injusta pode ser juridicamente válida, desde que essa injustiça não ultrapasse um nível extremo. Apenas a injustiça extrema retira a juridicidade de uma norma ou de um sistema jurídico. Para justificar seu raciocínio, Alexy (ibidem, p. 39-42) utiliza o exemplo de três tipos distintos de ordenamento: o ordenamento absurdo, o ordenamento predatório e o ordenamento dos dominadores. Os dois primeiros constituiriam exemplos de ordenamentos coativos que não deixam qualquer margem de liberdade ao dominado, o qual recebe ordens desconexas de seus superiores e está sempre sujeito a punições arbitrárias, pagando até mesmo com a própria vida. Existe uma diferença mínima entre os dois, no sentido de que o segundo tem uma certa organização estrutural, mas isso não vem ao caso aqui. Já o terceiro ordenamento (o ordenamento dos dominadores) constitui exemplo de um ordenamento que, apesar de injusto (por consentir com a exploração dos dominados), é minimamente regrado, justificando-se as práticas injustas em virtude alguma finalidade superior. A partir desse raciocínio, Alexy afirma que os dois primeiros ordenamentos não *podem* ser jurídicos: é *conceitualmente* impossível *classificá-los* como jurídicos. Já o último ordenamento, mesmo injusto, é jurídico, pois apresenta uma pretensão à correção (ainda que mínima). Quanto maior a pretensão à correção, “mais jurídico” é o ordenamento coativo. Para conduzir essa argumentação, Alexy sempre parte do pressuposto de que os casos de injustiça extrema e de ordenamentos absurdos são de fácil reconhecimento (ibidem, p. 79) e também de que certos direitos são racionalmente fundamentáveis (ibidem, p. 59). Esses pressupostos serão melhor abordados no final do tópico, dentro dos limites permitidos pelo corte metodológico deste trabalho.

Na apresentação à segunda edição alemã de *Dialética do Esclarecimento*, Adorno e Horkheimer (ibidem, p. 9) afirmam que o livro possui uma relação muito forte com o período em que foi escrito. Chegam mesmo a afirmar, na segunda edição de 1969, que “não são poucas as passagens [do livro] em que a formulação não é mais adequada à realidade atual”, não obstante entender que a reedição do livro se justificava na medida em que “não poucos dos pensamentos [ali apresentados] ainda são atuais”. Essa especial relação de contextualidade que o livro tem com o período em que foi escrito se mostra bastante clara já no primeiro parágrafo do prefácio, em que os autores afirmam que a proposta de *Dialética do Esclarecimento* era “descobrir por que a humanidade, em vez de entrar em um estado verdadeiramente humano, está se afundando em uma nova espécie de barbárie” (ibidem, p. 11).

A filosofia do pós-positivismo foi muito influenciada pelo holocausto nacional-socialista, pelo contexto de destruição provocado pela sucessão de duas guerras mundiais, pela expansão de governos totalitários e, especialmente, pela percepção de que tudo isso, ou era proporcionado pela racionalidade, ou era justificável racionalmente. O contexto otimista em que se desenvolveu o positivismo, marcado por grande avanço tecnológico, foi substituído pela utilização dessa mesma tecnologia para finalidades de destruição em massa.

No âmbito do direito, esse descrédito na razão pode ser percebido pela constatação de Radbruch, mencionada por Alexy e referenciada na página 82 deste trabalho, no sentido de que o direito positivo se mostrou impotente na tarefa proteger o cidadão contra medidas “cruéis”, “arbitrárias” e “até mesmo criminosas”. Pelo contrário, o positivismo jurídico foi utilizado como suporte teórico para a legitimação de modelos estatais autoritários, haja vista que seu conteúdo meramente formalista permitiu o preenchimento do ordenamento jurídico com regimes totalitários.

Alexy (2009, p. 94, 96-97) transcreve passagens de juristas do nacional-socialismo que defendiam a necessidade de os dirigentes do Estado serem responsáveis por preservar os “melhores valores raciais” de um povo, pois a raça marca a “face intelectual” de um povo, “determinando seus pensamentos e sentimentos”. É importante notar que, na obra de Alexy, existe

uma reiteração de exemplos coletados do nacional-socialismo, o que acentua ainda mais sua conexão com o pensamento pós-positivista.

Reinterpretando a passagem de Adorno e Horkheimer acima transcrita, pode-se afirmar que, sob a perspectiva do pós-positivismo jurídico, o positivismo jurídico pretendeu eliminar toda metafísica do direito, por meio da separação rígida entre direito e moral, mas que, ao final, essa separação se tornou ela própria a cortina ideológica do direito, capaz de esconder a desgraça real por ele proporcionada.

O desenvolvimento do pós-positivismo jurídico e da discussão sobre a existência (conceitual ou normativa) de uma conexão entre direito e moral contribuiu, em termos de suporte doutrinário, para a elaboração da teoria do neoconstitucionalismo.

O neoconstitucionalismo surge em um momento que se caracteriza pela “superação da supremacia do Parlamento” (MENDES; BRANCO, 2015, p. 53), mas ele não significa um rompimento total com as tradições instauradas na Revolução Francesa. Vale dizer, em que pese se perceba um enfraquecimento do papel do Poder Legislativo, no que concerne à tomada de decisões importantes no âmbito social, isso ocorre “sem prejuízo de se se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes” (idem).

A relação entre neoconstitucionalismo e pós-positivismo fica clara quando se observa a definição de Mendes e Branco (idem) do fenômeno:

O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo. (grifo nosso)

Nesse sentido, o pós-positivismo propugnou que a lei deveria se subordinar aos princípios de justiça e aos direitos fundamentais. Tais princípios

e direitos são previstos precipuamente nas constituições⁷¹, as quais deixam de configurar um simples protocolo de intenções ou uma mera carta política e passam a ter força normativa⁷². A constituição, devido ao seu procedimento agravado de revisão e à sua posição hierárquica na estrutura do direito, se mostra como meio juridicamente mais eficaz para assegurar a vinculação das regras jurídicas a um conteúdo moral mínimo (MARINONI, 2006, p. 43).

A previsão de normas de justiça e de direitos fundamentais na constituição gera efeitos irradiantes desse conteúdo moral do direito a todo ordenamento jurídico, obrigando que as leis infraconstitucionais sejam interpretadas de acordo com os parâmetros da principiologia constitucional (Ibidem, p. 45). Os princípios representam uma possibilidade de abertura do sistema jurídico às regras morais, haja vista serem responsáveis por dar ao direito e à hermenêutica jurídica a necessária pretensão à correção (ALEXY, 2009, p. 89).

Marinoni (2006), associando o pós-positivismo ao neoconstitucionalismo, afirma que:

A obrigação do jurista não é mais apenas a de *revelar* as palavras da lei, mas sim a de projetar uma imagem, corrigindo-a e adequando-a aos princípios da justiça e aos direitos fundamentais. Aliás, quando essa correção ou adequação não for possível, só lhe restará demonstrar a inconstitucionalidade de a lei.

[...]

Não há como negar, hoje, a eficácia normativa ou a normatividade dos princípios da justiça. Atualmente, esses princípios e os direitos fundamentais têm qualidade de normas jurídicas e, assim, estão muito longe de significar simples valores. Aliás, mesmo os princípios constitucionais não explícitos e os direitos fundamentais não expressos têm plena eficácia jurídica.

⁷¹ Trata-se do fenômeno da “materialização da Constituição”, que se caracteriza pela absorção, pela Constituição, de valores morais e políticos, cf. MENDES; BRANCO, 2015, p. 53.

⁷² A ideia segundo a qual a Constituição é dotada de força normativa não é, em verdade, inaugurada no pós-positivismo. A própria “pirâmide normativa kelseniana” já tratou do assunto, tendo havido vasta abordagem do tema da jurisdição constitucional em sua obra. A inovação se refere ao fato de se atribuir força vinculante a um texto dotado de alta carga principiológica, moral e valorativa, atribuindo-lhe, muitas vezes, efeito imediato, a partir do pressuposto de Hesse no sentido de que a Constituição ganha força normativa quanto maior for a “vontade de constituição” imbuída na sociedade e especialmente nos operadores do direito. Essa constatação serve para demonstrar que o neoconstitucionalismo não significa um rompimento com as estruturas tradicionais do direito no modelo da soberania. Trata-se, antes, de uma reinserção de valores morais e políticos no campo do direito, de modo que isso seja feito sob alguma *forma jurídica*.

O contexto do neoconstitucionalismo é tomado como referência para destacar as causas do fenômeno mundial conhecido como “expansão do poder judiciário”. A expressão ganha peso a partir do ano de 1996, após a publicação da obra coletiva *The Global Expansion of Judicial Power*, organizada por Tate e Vallinder. No livro, a “expansão do poder judiciário” é associada a dois entendimentos distintos: um primeiro, mais usual, que se refere à reconfiguração da tripartição de poderes, com a atribuição de um papel cada vez mais relevante ao Poder Judiciário, que passa a interferir em esferas de competência que, até então, eram precipuamente atribuídas ao Executivo ou ao Legislativo; e um segundo, que se refere à expansão da racionalidade e da linguagem do Poder Judiciário a outras esferas da vida pública e privada, o que se nota pelo aumento de tribunais administrativos, comissões parlamentares e comissões empresariais, os quais passam a adotar *formas jurisdicionais* de atuação (CARDOSO, 2014⁷³).

A primeira concepção do fenômeno está intimamente atrelada a noções como “judicialização da política” e “ativismo judicial”, em que se discute a legitimidade e a necessidade de uma postura mais ativa do Poder Judiciário em relação à concretização de direitos e à implementação de políticas públicas. Importante destacar, porém, que o fenômeno da expansão do poder judicial não é fruto de uma reivindicação do próprio Judiciário, no sentido de se imiscuir nessas questões: a expansão do poder judicial resulta de um contexto que congrega fatores alheios ao Judiciário.

Segundo Cardoso (*idem*), a judicialização da política está associada não só à positivação de direitos, mas à “explosão de litigiosidade” gerada pelo desenvolvimento de técnicas processuais coletivas e de controle de constitucionalidade, além da participação mais atuante de certos atores sociais,

⁷³ As citações “CARDOSO, 2014” se referem a um conjunto de aulas ministradas pela prof^a. Evorah Cardoso, a partir de uma pesquisa efetuado no âmbito do Núcleo Direito e Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), e que foram disponibilizados no portal Youtube pela Escola Superior do Ministério Público da União. São três aulas, sendo que a primeira tem como tema “Judicialização da Política”, a segunda, “Ativismo Judicial” e a terceira, “Mobilização Social e Ministério Público”. Nossa análise leva mais em conta a primeira aula. Também Gilmar Mendes cita a obra *The Global Expansion of Judicial Power*, referindo-se a um texto de Maurice Sunkin, que trata da reforma constitucional de 2005 no Reino Unido, que instituiu a Suprema Corte naquele país. O autor conclui não haver dúvidas no sentido de que a reforma concedeu papel relevante ao judiciário inglês (MENDES; BRANCO, 2015, p. 1.051).

tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública e as organizações da sociedade civil.

De fato, é notório o papel desses atores sociais na judicialização da política, especialmente considerando que o princípio da demanda veda a atuação de ofício do Judiciário: é preciso, desse modo, que o Poder Judiciário seja acionado e que tenha havido pedido de providências judiciais voltadas à concretização material de direitos e à interferência na esfera do que normalmente se considerou como “político”. O desenvolvimento de técnicas processuais de tutela coletiva, em especial a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo, e a atribuição da legitimidade para a propositura dessas ações a esses atores sociais, é elemento decisivo para o fenômeno do empoderamento do Poder Judiciário no Brasil, na medida em que são instrumentos hábeis a levar essas discussões ao Poder Judiciário.

Até pouco tempo, atribuía-se uma função eminentemente parecerista ao Ministério Público na área não-penal. A Constituição Federal positivou a atribuição do Ministério Público na defesa dos direitos transindividuais, atribuindo-lhe instrumentos como a ação civil pública e o inquérito civil público (art. 129, III). O que se vê hoje é o incremento qualitativo e quantitativo da participação do Ministério Público na concretização de políticas públicas, fazendo-o, inclusive, por meio de ações judiciais, a exemplo da ação civil pública.

Na área trabalhista, por exemplo, o Ministério Público do Trabalho tem ajuizado ações civis públicas em face de municípios, cobrando a implementação e a readequação de políticas públicas voltadas a combater o trabalho infantil⁷⁴. Já o Ministério Público Federal foi responsável pela propositura da ACP 2000.71.00.009347-0 contra o INSS, em que se pleiteava a inclusão do companheiro homossexual como dependente preferencial da mesma classe dos companheiros heterossexuais para fins de concessão de benefícios previdenciários.

Também a Defensoria Pública tem papel relevante no fenômeno da judicialização da política e de expansão do poder judiciário. A função de consultoria e assessoramento jurídico de pessoas necessitadas (art. 134, CF) é

⁷⁴ Cf. < <http://www.prt6.mpt.gov.br/informe-se/noticias-do-mpt-go/244-prefeitura-nao-concilia-com-mpt-em-acao-contra-o-trabalho-infantil> >, acessado em 19 de outubro de 2015, às 14h48.

uma das principais causas da referida “explosão de litigiosidade”, na medida em que possibilitou o acesso ao serviço judiciário de um contingente de pessoas que até então lhe eram excluídas. A Defensoria Pública ganhou ainda mais relevância nesse fenômeno com o julgamento da ADI 3943, em que o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a legitimidade da Defensoria Pública em propor ações civis públicas.

Outro importante fator de fortalecimento da atuação do Judiciário foi a recente expansão dos mecanismos de controle concentrado de constitucionalidade, bem como a tendência de abstrativização do controle difuso no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O desenvolvimento da ADPF ampliou o conjunto normativo apto a ser levado à apreciação do Poder Judiciário, possuindo procedimentos mais simplificados em relação aos seus requisitos de admissibilidade (MENDES; BRANCO, 2015, 1.259-1.260).

É de se destacar, ainda, que o empoderamento do Poder Judiciário acaba por se justificar socialmente na medida em que há uma perda de legitimidade institucional dos Poderes Executivo e Legislativo. Isso não significa que a atuação jurisdicional seja imune a críticas, mas a ineficácia dos serviços públicos e a inércia de ambos os Poderes em darem seguimento às funções que lhes competem acabaram por dar suporte teórico-jurídico para certos posicionamentos jurisprudenciais que, até pouco tempo, teriam sido tidos como inviáveis jurídica e politicamente.

Exemplo dessa situação é a evolução da jurisprudência do STF no tocante ao suprimento de omissão legislativa no mandado de injunção. De início, o que se tinha era uma aplicação rígida da teoria não-concretista, de modo que, em sede de mandado de injunção, caberia à Corte apenas a constatação da mora legislativa (Ibidem, p. 1.226). Posteriormente, tendo em vista que tal providência era insuficiente para o suprimento da omissão, haja vista que a mora legislativa persistia, o Tribunal, a partir do MI n. 283, passou a assinar prazo para que os responsáveis pela mora tomassem todas as medidas cabíveis para legislar sobre a matéria. Por fim, a Corte se filiou a uma teoria concretista no que concerne à omissão inconstitucional e passou a admitir o cabimento de interpretação analógica para suprimento da omissão (MI 758 e Ibidem, p. 1.229).

Apesar de os autores se referirem a uma “evolução” da jurisprudência da Corte no sentido de adotar a teoria concretista, o que se viu foi a necessidade de se resolver abstratamente questões relevantes, dado que os Poderes Executivo⁷⁵ e Legislativo se quedavam reiteradamente inertes nessa função. Essa inércia contumaz acabou por justificar a inserção do poder judicial em uma alçada onde ele próprio, até pouco tempo, considerava impossível inserir-se.

Outros exemplos são as ações para obtenção de medicamentos e para reforma de presídios, os quais admite-se possam ter providências determinadas pelo Poder Judiciário sem ferir o princípio da separação de poderes.

O que se nota é que o neoconstitucionalismo proporcionou uma reconfiguração no esquema da repartição do poder no Estado brasileiro. Um dos principais elementos que permitiu a inserção do poder judicial na esfera do político foi o raciocínio neoconstitucionalista, pautado na concretização da justiça. Essa ideia de que o neoconstitucionalismo se volta para a implementação dos direitos assegurados pela Constituição, balizado pelo princípio da justiça, demonstra sua nítida vinculação ao pós-positivismo jurídico (MARINONI, 2006, p. 45-46).

No entanto, o que o chamado neoconstitucionalismo trouxe de efetivamente novo para o cenário jurídico não foi a introdução do argumento da justiça, haja vista que, como vimos, o conteúdo moral do direito é um problema “de mais de dois mil anos”, segundo Alexy. A transformação que o neoconstitucionalismo proporcionou, no Brasil, foi a possibilidade de a jurisdição tratar de certos assuntos que até então lhes era vedado conhecer. O discurso neoconstitucionalista foi um dos principais responsáveis por embasar, no Brasil, a judicialização da política e o ativismo judicial. A isso somou-se uma postura mais politizada de certos atores sociais responsáveis pela prática judicial, tais como os juízes, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública (CARDOSO, 2014).

⁷⁵ Cabe destacar que o Poder Executivo também pode ser responsável pela mora legislativa, pois detém competência privativa para dar início ao processo legislativo em certos casos (art. 61, § 1º, CF, por exemplo).

Pós-positivismo, neoconstitucionalismo, judicialização da política e ativismo judicial são termos que, apesar de não se confundirem conceitualmente, atuam em sintonia na prática jurisprudencial brasileira. São discursos que se fundamentam de maneira recíproca, provocando um processo dialético de fortalecimento e justificação mútua. Juntos, esses conceitos funcionam como condição de possibilidade desse estado de coisas em que o papel do Judiciário assume uma posição cada vez mais relevante.

É verdade que essa tendência de empoderamento do Poder Judiciário não deve ser encarada como algo que cresce com regularidade: trata-se de um fenômeno que, como qualquer outro tipicamente social, acaba por sofrer influxos, provenientes muitas vezes da irrupção pontual dos próprios argumentos que o fenômeno objetiva combater. Acontece, na prática do Supremo Tribunal Federal, que a Corte se considere incompetente para determinar certos provimentos requeridos, sob o argumento de que haveria, no caso, invasão da álea administrativa⁷⁶.

4. O Dissenso Estrutural da Sociedade Complexa e a Pacificação de Conflitos Sociais

O positivismo jurídico pretendeu elaborar uma teoria formal do direito, que excluísse de seu objeto de pesquisa considerações a respeito da moral e da política. Isso não significa dizer que o positivismo jurídico tenha negado que moral, poder e política influenciassem na configuração do direito⁷⁷, mas apenas que essa investigação não cabia à ciência jurídica. A pretensão meramente descritiva do direito objetivada pelo positivismo jurídico gerou, no campo da jurisdição, a constatação de que, apesar de formalmente submetido à lei, o Judiciário poderia, em certas situações, tomar uma decisão *política* (ou discricionária) a respeito de como aplicar a lei e de qual interpretação deveria ser dada a ela.

⁷⁶ Cita-se, como exemplo, a Súmula Vinculante 37: Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

⁷⁷ Pelo contrário, o positivismo jurídico aproximou os conceitos de poder e direito de um modo muito mais acentuada, pois, no seu intuito de descrição do objeto, passou a admitir a influência de instâncias de poder na formulação do direito, o que era negado pelo jusnaturalismo.

Essa decisão estaria afeta ao âmbito da política, na medida em que o direito não seria capaz de regular o *modo* pelo qual o magistrado aplica a lei, quando ela comporta uma pluralidade de interpretações. Se se trata de um fenômeno que não pode ser abrangido pelo direito, ele deverá ser considerado extra-jurídico. Nessa medida, a estrutura escalonada do Judiciário, com a previsão de vários recursos, permite que as decisões de órgãos judiciais inferiores sejam revisadas até um certo limite de instâncias, ainda que isso implique no fato de se ter decisões completamente díspares em um mesmo processo, a respeito de uma mesma questão.

Isso ocorre devido ao que alguns positivistas jurídicos denominaram “textura aberta do direito”, sobre o qual trabalhamos no capítulo II, e que tem relação com a linguagem imprecisa com o que direito precisa lidar ao tentar generalizar situações sociais futuras. Quando o positivismo jurídico constatou que, em um certo momento, as decisões do Poder Judiciário podem ser tomadas a partir de critérios políticos sem que isso seja incompatível com o ordenamento jurídico, não o fez com propósito de superar essa sistemática, mas com o propósito de descrição do sistema jurídico.

No entanto, esse propósito de criar uma teoria formal do direito, que se dispusesse apenas a descrever uma forma na qual seria possível acoplar quaisquer tipos de ordenamentos jurídicos, acabou por permitir que se lhe fossem acoplados ordenamentos de cunho totalitário. Nesse contexto, a teorização do positivismo jurídico, apesar de ter pretendido instaurar um princípio de tolerância e respeito para com os variados tipos de ordenamento jurídico, acabou por se mostrar impotente diante de estados totalitários e de mecanismos de destruição em massa.

O pós-positivismo surge como uma resposta a essa teoria formal, que pretendia excluir a ideia de justiça do direito⁷⁸. Em que pese defender uma reaproximação entre direito e justiça, o pós-positivismo jurídico não o faz na mesma plataforma teórica do jusnaturalismo, pois não trabalha com a existência de um modelo de direito ideal e suprapositivo, em relação ao qual a ordem positiva deve sempre se espelhar. O pós-positivismo jurídico trabalha

⁷⁸ O tema da justiça é exaustivamente tratado por Kelsen em várias de suas obras, sendo muito criticado, de sua parte, qualquer pretensão se adotar um conceito universal de justiça. Sendo a generalização dos conceitos uma condição de possibilidade da ciência, a ideia de justiça, desse modo, se mostraria inapta para integrar o conceito de direito.

com a ideia de que o direito se desnaturaliza enquanto tal quando provoca uma injustiça extrema. Até esse limiar da “injustiça extrema”, o direito que não observa um conteúdo mínimo de moral é um direito imperfeito; a partir desse limiar, o direito que não observa um conteúdo mínimo de moral não é direito.

Para que o pós-positivismo jurídico possa defender a existência desse “limiar de injustiça extrema”, sem pretender um retorno ao jusnaturalismo, é preciso pressupor que certos direitos fundamentais são racionalmente justificáveis. Isso é expressamente admitido por Alexy (2011, p. 63). É condição de possibilidade do pensamento do pós-positivismo jurídico a existência de direitos fundamentais que possam ser racionalmente fundamentáveis, ainda que tais direitos não estejam expressamente previstos na Constituição. É verdade que, olhando a escola do pós-positivismo sob essa perspectiva, é possível vislumbrar uma reaproximação de conceitos com o jusnaturalismo, ao menos com um jusnaturalismo de cunho racionalista e não metafísico. Mesmo assim, os pressupostos teóricos do pós-positivismo, e até o seu contexto de irrupção, são bem diferentes daqueles do jusnaturalismo.

Desse modo, o pós-positivismo jurídico pugnou pela reinserção de um conteúdo mínimo de justiça ao direito (ALEXY, 2011). Isso se deu, via de regra, por meio dos princípios jurídicos, haja vista que se trata de um tipo de norma mais flexível e adaptável às reconfigurações sociais. Com o intuito de preservar esse núcleo de justiça do direito, entendeu-se que a Constituição seria o local mais adequado para protegê-lo, em virtude de seus procedimentos agravados de revisão e de sua força irradiante (CANOTILHO, 2000, p. 377-378). Com isso, estão lançadas as bases do neoconstitucionalismo e da reconfiguração no esquema da tripartição de poderes que ele proporcionou.

Nesse último tópico, pretende-se demonstrar como essa conjuntura que expusemos acima torna inadequado pressupor ou atribuir à jurisdição uma função de *pacificação social* de conflitos.

Uma primeira consideração que deve ser feita a respeito se refere ao fenômeno da “massificação processual”. Essa expressão não coincide com os chamados processos coletivos, em que se veicula uma pluralidade de pretensões no mesmo procedimento, não obstante ser possível afirmar que o processo coletivo é uma das faces do fenômeno. Por massificação processual, referimo-nos a um conjunto de técnicas que ampliam o conteúdo subjetivo da

lide, pois transcendem a mera situação colocada nos autos de um processo individualizado.

São exemplos desse fenômeno não só o desenvolvimento da tutela coletiva a que nos referimos, mas aos diversos instrumentos de julgamento em massa, sobretudo por amostragem, e de uniformização da jurisprudência, tais como a sistemática dos recursos repetitivos, das súmulas vinculantes, das súmulas impeditivas de recursos e da ampliação dos mecanismos de controle de constitucionalidade.

Esse contexto reconfigura o modelo de separação de poderes e traz para o Judiciário a função de julgar não só o caso individualizado, a pretensão resistida de uma situação concreta, mas o jogo de *expectativas de vida* vivenciadas pelos grupos sociais.

O modelo de sociedade complexa é marcado pela constante tensão entre a pluralidade de expectativas dissonantes vivenciadas pelos diferentes grupos sociais (NEVES, 2014). Esses grupos projetam diferentes modos de ser e viver, expectativas ou modelos do que seria uma sociedade “boa e justa”. Tais projeções, ao mesmo tempo em que integram uma plataforma de reivindicações desses grupos a respeito de seus ideais de vida, geram conflitos intensos na sociedade, pois constituem projetos antagônicos ou, na visão desses grupos, inconciliáveis.

Citamos, no capítulo II, questões que tiveram grande repercussão e que colocaram o Judiciário diante de discussões fortemente relacionadas à moral: a ADPF 187, a respeito da “marcha da maconha”, e a ADPF 132, sobre a união estável homoafetiva. Mencionamos que, por ocasião do julgamento da união estável homoafetiva, foram admitidos quinze *amici curiae*, dentre os quais a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil e a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais.

Parece-nos claro que se trata de posturas muito antagônicas a respeito do mesmo assunto. Apesar de ambos os grupos sociais perseguirem objetivos que consideram justos ou necessários para a concretização de uma sociedade melhor, o conjunto de expectativas de vida desses grupos se mostra inconciliável entre si. Nesse contexto de alta litigiosidade, o Poder Judiciário é chamado a interferir no conflito, exercendo um tipo de poder que se propõe pacificador. Contudo, é de se questionar se é possível falar em pacificação

social diante dessas *macro-lides* que são submetidas atualmente à apreciação judicial.

Recentemente, o STF tem enfrentado uma questão até mais delicada, que se refere à possibilidade de descriminalização do porte de algumas drogas. Na ocasião, foi aventado até mesmo que o STF estipulasse uma certa quantidade de droga a partir da qual o porte da droga se tornaria ilícito (RE 635.659).

Destaca-se, por exemplo, o recente caso levado ao STF a respeito da concessão de autorização judicial para o exercício de trabalho artístico por menores de idade (ADPF 361). Mais interessante para nossa análise do que a discussão que se deu na Corte⁷⁹, é o pano de fundo em que ela insere: a possibilidade de um magistrado definir o que é arte e definir qual manifestação artística é, ou não é, adequada para a formação moral de crianças e adolescentes.

O caso ganhou especial relevância quando o Judiciário trabalhista de São Paulo proibiu um ator mirim de participar de uma peça de teatro, alegando, dentre outros motivos, que a presença da palavra “masturbação” no texto da peça poderia prejudicar a formação moral da criança envolvida. Para os grupos sociais atingidos, a decisão judicial foi recebida como forma de censura e como falta de sensibilidade do Judiciário em entender o papel da arte na formação cultural de crianças e adolescentes⁸⁰.

O objetivo aqui não é justificar o trabalho infantil artístico, pois não se negligencia que o trabalho por crianças constitui violação a direito fundamental, constitucionalmente previsto. A necessidade de autorização para acompanhar o desenvolvimento de qualquer trabalho por crianças e adolescentes (ainda que dentro das hipóteses legais) constitui medida de resguardo dos direitos do menor, prevista na Convenção 138 da OIT⁸¹, de não ser colocado em um contexto de hipercompetitividade (comum no trabalho artístico e desportivo).

⁷⁹ Pois, no caso, o julgamento se restringia a uma medida cautelar que tinha por escopo definir qual a Justiça competente para emitir a referida autorização.

⁸⁰ Cf. < <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2015/07/1655516-miguel-falabella-protesta-contra-proibicao-de-menor-em-musical.shtml> >, acessado em 02/10/2015, às 15h29min.

⁸¹ Artigo 8.1, *in verbis*: A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao

O que chama a atenção em nosso exemplo é a alegação judicial de que certos conteúdos, certas palavras ou gestos, podem afetar o desenvolvimento moral de uma criança. Chama a atenção ainda que essas considerações se imponham coercitivamente e sejam entendidas como responsáveis por “resolver” conflitos sociais.

A noção de macro-lide mencionada acima se refere à superação de um conceito de lide que se esgote no caso individualizado. O caso até pode parecer, à primeira vista, individualizado, mas, em virtude dos mecanismos de massificação processual, a litígio transcende seus limites e alcança a solução de casos que são considerados similares ao paradigma. Atualmente, a explosão de litigiosidade gerada pelo pós-positivismo e pelo desenvolvimento dos mecanismos de acesso à justiça, além da cobrança social por presteza, criaram uma demanda por mecanismos processuais de eficiência e celeridade. Aliás, a celeridade se torna direito fundamental em 2004, com a Emenda Constitucional 45.

Para a solução desses *hard cases*, o Judiciário tem recorrido aos princípios, a técnicas de ponderação, de interpretação conforme, dentre outros. Contudo, apesar de a principiologia constitucional ser utilizada como referência para solução de problemas de alta complexidade, Marcelo Neves (2014, XVII) afirma que os princípios não têm aptidão de “fechar” o ordenamento jurídico, mas sim de abri-lo. Na metáfora da Hidra, os princípios são as cabeças do monstro, que brotam novamente a cada corte que o (juiz) Hércules efetua. Essa “abertura” a que o autor se refere é decorrência do enriquecimento discursivo que os princípios propiciam ao direito.

A sociedade complexa conjuga expectativas políticas e existenciais de diversos grupos, as quais podem ser antagônicas entre si (NEVES, 2014). Essa pluralidade de expectativas gera conflitos sociais, que, levados ao Poder Judiciário, assumem essa posição de macro-lide, litígios em grande proporção, em que não há mera pretensão e resistência das partes, mas o embate de expectativas de vida, de projetos existenciais dissonantes.

No entanto, a solução heterônoma dos conflitos sociais parece pouco eficaz se o propósito é a pacificação social. O poder jurisdicional se desenvolve

emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2 da presente Convenção, no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas.

a partir do pressuposto de que a estabilidade nas relações sociais é fundamental para o bom andamento da vida e da economia. Não é que a jurisdição objetive pacificar conflitos: ela precisa *pôr fim* a litígios, decidindo de uma ou de outra maneira, para que economia e sociedade possam continuar a existir. Ela faz parte de uma engrenagem de poder que se impõe coercitivamente, para produzir a sensação de estabilidade que a vida em sociedade demanda. Além disso, o monopólio estatal da jurisdição não deve ser entendido apenas como um marco civilizatório.

No âmbito das micro-lides, em que se discute uma pretensão resistida individualmente considerada, a jurisdição cumpre seu papel de pôr fim aos litígios para produzir essa sensação de estabilidade. Contudo, em se tratando de lides complexas, que envolvem temas delicados, integrantes dos projetos existenciais dos grupos sociais, o exercício desse tipo de poder parece tanto incapaz de produzir o efeito de pacificação quanto incapaz de encerrar o litígio.

CONCLUSÃO

A teoria do direito trabalha uma analítica do poder sob viés centralizador, identificando-o com o poder do Estado. A compreensão da jurisdição no âmbito da teoria do processo não foge dessa perspectiva. Ao poder jurisdicional atribui-se a função de resolver os conflitos sociais de maneira unilateral, promovendo uma espécie de *pacificação* por meio da *substituição* da vontade dos envolvidos pela vontade do Estado-juiz. Esse escopo pacificador se dá na medida em que o direito se auto-atribui a função de limitar o exercício do poder: a substitutividade da jurisdição é compreendida como mecanismo imprescindível para evitar o predomínio da vontade dos particulares uns sobre os outros. A teoria do direito acredita poder separar o exercício do poder em *legítimo* e *ilegítimo*. A jurisdição e o processo cumprem a função de conferir legitimidade ao título sobre o qual se fundamenta o exercício do poder.

Apesar de projetarem imagens diversas do modelo ideal de direito, positivismo e pós-positivismo não conseguiram criar uma teoria da jurisdição fora do contexto de um Estado soberano, detentor precípua do exercício do poder legítimo. No positivismo, o esvaziamento do conteúdo moral do direito não permitiu à jurisdição garantir os direitos fundamentais frente à sucessão das duas Grandes Guerras do Século XX. O pós-positivismo, ao pretender retomar o conteúdo moral do direito relacionando-o com os princípios de justiça, se mostra inapto para gerenciar a pluralidade interpretativa que a sociedade contemporânea provoca.

A partir de Foucault, questionou-se o método de compreensão do poder pela teoria política e pelo direito. Colocou-se em dúvida a perspectiva de que existisse apenas um poder meramente centralizador, exercido de modo unilateral, um poder que se mostra como tal e se impõe como tal. Foucault foi responsável por trazer o método de compreensão do poder que se exerce de maneira pulverizada, multivetorial, criando discursos, subjetividades e condutas.

No nível da sociedade, o embate de forças na sociedade contemporânea é matriz geradora de complexos conflitos sociais. O debate em cima desses conflitos se dá por meio de discursos forjados em relações poder

não-centralizadas. Inúmeras instâncias controladoras dos saberes contingenciam a irrupção dos saberes e dos discursos que fundamentam os conflitos sociais, de modo que se mostra contraditório acreditar ser possível resolver esses conflitos através um poder supostamente pacificador e que substitui a vontade das partes.

Essa situação de impotência do direito (e, particularmente, da jurisdição) frente à complexidade dos conflitos sociais foi altamente potencializada a partir do neoconstitucionalismo e do fenômeno da expansão do poder judicial. A sociedade contemporânea demanda soluções rápidas e massificadas para problemas vitais e complexos. A pluralidade de situações novas geradas pela complexidade social gera o embate de expectativas de vida dos grupos sociais. O que há de novo para a jurisdição atual não é a *existência* de casos complexos: a novidade reside no fato de que os discursos envolvidos nesses casos fazem parte de uma ampla plataforma que conjuga projetos de vida dos grupos sociais inconciliáveis entre si.

A ideia de que o exercício do poder jurisdicional se volta para a pacificação de conflitos sociais constitui um paradoxo quando analisada a partir das macro-lides contemporâneas. Foucault disse que o poder jamais seria capaz de se impor como tal se fosse completamente cínico: é apenas escondendo uma parte considerável de si mesmo que o poder se exerce. A pretensão de resolver conflitos sociais constitui a dimensão cínica do poder jurisdicional.

Para organizar a complexidade social e administrar a pluralidade de situações reais novas por ela geradas, o direito moderno propugnou pela elaboração de um ordenamento jurídico mais principiológico. O principal responsável por essa medida foi o fenômeno do neoconstitucionalismo, que, embasado no pós-positivismo jurídico, pretendeu atribuir um conteúdo moral ao direito pela consagração de princípios de justiça nos textos constitucionais, o que os dotaria de força normativa.

Contudo, segundo Marcelo Neves, os princípios jurídicos não têm aptidão de “fechar” o ordenamento jurídico, mas, sim, de ampliá-lo. Ao invés de limitar a pluralidade hermenêutica à disposição do poder jurisdicional, os princípios criam *novas* possibilidades interpretativas, pois o discurso jurídico é mais rico argumentativamente quando veiculado por meio dos princípios. O

neoconstitucionalismo potencializou ainda mais a expansão do poder judicial e potencializou também, por via de consequência, o paradoxo em que sua função pacificadora se insere.

Nesse contexto, o exercício da jurisdição é trabalhado e entendido de maneira diversa em dois níveis discursivos: no âmbito da teoria do direito, a jurisdição continua atada às bases positivista e pós-positivista que fundamentam seu exercício de maneira centralizadora, como responsável por solucionar os conflitos da sociedade; na própria sociedade, a jurisdição se mostra paradoxal em relação à pluralidade de compreensões possíveis dos fenômenos sociais, ao pretender impor uma solução única aos casos sobre os quais paira um dissenso estrutural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Rio de Janeiro: Rio Estácio de Sá, 2002.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, vol. I.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 11ª reimp. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 3ª Tiragem. Portugal: Coimbra Editora. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARDOSO, Evorah. *Judicialização da Política*. Vídeos disponíveis no canal da Escola Superior do Ministério Público da União no Youtube. Parte 1 disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=YdSnV6TSSms>>; Parte 2 disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=jD78zl4B1ps>>; ambos acessados em 19 de outubro de 2015, às 19h11min.

_____. *Ativismo Judicial*. Vídeos disponíveis no canal da Escola Superior do Ministério Público da União no Youtube. Parte 1 disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=YY_9uT2Jm0o>; Parte 2 disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=TRQnu3h9m3k>>; ambos acessados em 19 de outubro de 2015, às 19h14min.

_____. *Mobilização Social e Ministério Público*. Vídeos disponíveis no canal da Escola Superior do Ministério Público da União no Youtube. Parte 1 disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=H087qC9RteE>>; Parte 2 disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=z4qZ8Kbkg5s>>; ambos acessados em 19 de outubro de 2015, às 19h20min.

CARNELUTTI, Francesco. *Direito Processual Civil e Penal – Vol. I*. Campinas: Péritas, 2001

CHAVES, João Freitas de Castro. *O Problema do Direito em Michel Foucault: entre imagens jurídicas e a proposta de um direito novo*. Curitiba: Juruá, 2010.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Bookseller, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMTE, Auguste. *Curso de Filosofia Positiva*. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, Coleção “Os Pensadores”.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. São Paulo: Brasiliense, 2005

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

DÍAZ, Esther. *A Filosofia de Michel Foucault*. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 28ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil – Vol. I*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *A Instrumentalidade do Processo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DWORKIN, Ronald. Objectivity and Truth: you'd better believe it. In: *Philosophy and Public Affairs*. Vol. 25. Nº 2. (Primavera, 1996), p. 87-139. Disponível em: <<http://cas.uchicago.edu/workshops/wittgenstein/files/2007/11/dworkin-objectivity-and-truth.pdf>>, acessado em 21 de Agosto de 2015, às 10h52min.

ESTEVES, Marcos Guilhen. O Sentido de Norma em Foucault e o Papel do Direito na Produção de Corpos Dóceis. In: CONPEDI; UFSC. (Org.). *Filosofia do Direito II*. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 295-320

_____. O Significado do Direito em Habermas e seu Papel frente à Sociedade de Consumo. In: BANNWART Jr.; Clodomiro José (org.). *Direito e Teoria Crítica: reflexões contemporâneas*. Birigui: Boreal, 2015.

EWALD, François. Michel Foucault et la Norme. In: GIARD, Luce. *Michel Foucault – Lire L’Oeuvre*. Grenoble: Jérôme Million, 1992.

FERNANDES, Valter; FERNANDES; Newton. *Criminologia Integrada*. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FONSECA, Márcio Alves. *Michel Foucault e a Constituição do Sujeito*. São Paulo: EDUC, 2003.

_____. *Michel Foucault e o Direito*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Repensando a Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Forum, 2004.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 3ª ed. 6ª reimp. Rio de Janeiro: Nau, 2003.

_____. *Em Defesa da Sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010a.

_____. *Eu, Pierre Rivière, que degolei minha mãe, minha irmã e meu irmão...: um caso de parricídio do século XIX apresentado por Michel Foucault*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 2013.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. 38ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010b.

_____. *História da Sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. *O Governo de Si e dos Outros: curso no Collège de France (1982-1983)*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010c.

_____. *Os Anormais*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010d.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

KELSEN, Hans. *O Problema da Justiça*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil, vol. I: teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules – princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. 2ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. *A Genealogia da Moral*. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Legalidade e Subjetividade. In: PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *Legalidade e Subjetividade*. 2ª ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

ROBLES, Gregorio. *O Direito como Texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito*. Barueri: Manole, 2005.

ROUANET, Sergio Paulo. Democracia Mundial. In: NOVAES, Adauto (org.) *O Averso da Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo Civil*. 6ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SÓFOCLES. *Édipo Rei*. Porto Alegre: L&PM, 1998.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 32ª ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010, vol. I.

VILANOVA, Lourival. *As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.