



*CAMPUS DE JACAREZINHO*  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA  
MESTRADO E DOUTORADO

**MATHEUS TEODORO**

**A (IN)VIABILIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE  
CORREÇÃO DO DIREITO**

JACAREZINHO – PR

2023

**MATHEUS TEODORO**

**A (IN)VIABILIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE  
CORREÇÃO DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito e Teorias da Constituição) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

JACAREZINHO – PR

2023

Ficha catalográfica elaborada por Lidia Orlandini Feriato Andrade, CRB 9/1556, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UENP

T314i Teodoro, Matheus  
A (in)viabilidade da moral como mecanismo judicial de correção do direito / Matheus Teodoro; orientador Fernando de Brito Alves - Jacarezinho, 2023.  
171 p.

Dissertação (Mestrado Acadêmico Direito) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2023.

1. Positivismo jurídico. 2. Moralismo jurídico. 3. Moral. 4. Jusfilosofia. 5. Teoria do Direito. I. Alves, Fernando de Brito, orient. II. Título.

CDD: 340.112



*CAMPUS DE JACAREZINHO*  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA  
MESTRADO E DOUTORADO

**MATHEUS TEODORO**

**A (IN)VIABILIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE  
CORREÇÃO DO DIREITO**

JACAREZINHO – PR

2023

**MATHEUS TEODORO**

**A (IN)VIABILIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE  
CORREÇÃO DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito e Teorias da Constituição) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

JACAREZINHO – PR

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

**MATHEUS TEODORO**

**A (IN)VIABILIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE  
CORREÇÃO DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito e Teorias da Constituição) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

---

Orientador: Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

---

Membro 2:

---

Membro 3:

---

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da  
UENP

*Dedico este trabalho à minha família. À minha mãe, definição de porto seguro, doutora na arte de ser mãe. Ao meu pai, verdadeiro amigo e incentivador em todas as horas.*

## AGRADECIMENTOS

O ato de agradecer é sagrado, expressão divina no ser humano imperfeito. É ensinamento bíblico: “em tudo dai graças...” (I Tessalonicenses 5:18). Portanto, de antemão, sabendo que os agradecimentos que serão exteriorizados não compreendem com exatidão toda a contribuição que recebi para a conclusão de mais esta etapa da vida, começo a agradecer.

Em primeiro lugar, a Deus. Agradeço pelo amor e misericórdia, pela paciência de guiar-me e sustentar-me. Como um verdadeiro amigo, que está presente em todos os momentos, foi possível observar sua atenção e cuidado nas pequenas coisas, nas sutilezas da vida que me possibilitaram dar mais um passo. Mais do que em palavras, procuro demonstrar meu agradecimento com meus atos cotidianos, ainda que presentes tantas imperfeições. Não há como agradecer adequadamente ao Senhor, tanto por sua grandeza quanto pela incessante ajuda que me foi dada.

Agradecer aos meus pais, Carla e Marcos, anjos na minha caminhada. Sou grato diariamente por ter tido a sorte de ter nascido de pais tão amorosos, presentes e amigos.

À minha mãe, que me incentiva e não mede esforços para me ajudar a construir meus sonhos. Justo seria seu nome estar junto ao meu no diploma de mestrado, considerando todo o esforço, realizado alegremente, que foi empregado. Sua palavra amiga, ânimo contagiante e alegria ímpar me ajudaram a concluir este mestrado. Te amo muito.

Ao meu pai, amigo bondoso e incentivador constante. Agradeço todas as contribuições dadas para que me fosse possível a conclusão desta etapa. Seu amor e ajuda foram fundamentais nesta empreitada. Para você, meu respeito e admiração. Te amo muito.

À minha noiva, compreensiva com os afastamentos impostos pelas necessidades dos estudos. Agradeço pela atenção e também pelo incentivo. As conversas e risadas foram uma necessária fuga do laborioso ato de estudar. Te amo muito.

Agradeço à Universidade Estadual do Norte do Paraná, nossa querida UENP,

por ter me acolhido em seus bancos e me ensinado muito. Ensinado com o contraditório, com o argumento e com a liberdade de pensar e defender pontos de vista que, por vezes, contrariam a facilidade de manter-se no campo intelectual seguro, de se manter no *status quo*. De fato, tal como proclama através de seu lema “Emitte Lucem Tuam”, por estas oportunidades, emite sua luz à sociedade.

Ao meu orientador, Professor Doutor Fernando de Brito Alves, pela liberdade que me foi dada no desenvolvimento deste trabalho. Pela contribuição e orientação fornecida no difícil processo de verticalização de conteúdos densos, próprios dos estudos jurídicos, especialmente no campo filosófico da relação entre Direito e moral.

Agradecer, ainda, a todos os colegas que contribuíram para que esta difícil jornada fosse mais leve e alegre. As conversas que auxiliaram para o desenvolvimento do estudo e as vivências que fizeram passar tão rápido este tempo dedicado ao mestrado. Certamente voltaremos a nos encontrar.

Por fim, agradeço a todos que me ajudaram de algum modo na conclusão do mestrado. Meus sinceros agradecimentos. Muito obrigado.

TEODORO, Matheus. **A (in)viabilidade da moral como mecanismo judicial de correção do direito**. 2023. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

## RESUMO

O presente trabalho, inserido na temática da linha de pesquisa “Função Política do Direito e Teorias da Constituição”, tem como objetivo estudar a relação de correção entre Direito e Moral, na via judicial, a fim de responder o seguinte questionamento/problema: é (in)viável a utilização da moral como mecanismo judicial de correção do Direito? A hipótese a ser testada é de que não é viável a utilização da moral como mecanismo judicial de correção do Direito. Para tanto, utilizou-se do método hipotético-dedutivo, com aprofundada pesquisa bibliográfica, tanto de doutrinas clássicas como trabalhos recentes. Neste afã, este estudo buscou, em um primeiro momento, analisar a (in)possibilidade de utilização da Moral como correção judicial do Direito na visão do juspositivismo e do jusmoralismo, as duas correntes jusfilosóficas mais influentes no contexto jurídico nacional, concluindo que há possibilidade de utilização deste mecanismo nas duas correntes de pensamento. Em um segundo momento, buscou analisar a (in)viabilidade em si, partindo da análise quanto possibilidade da universalidade, ou ao menos de uma objetividade, da moral, concluindo que a moral é relativa, inserida em um contexto subjetivista, dificultando sua utilização nesta empreitada. Após, analisou-se a possibilidade da utilização da moral como estabilizadora da linguagem, a fim de proporcionar maior objetividade ao Direito, concluindo-se que a moral, justamente por sua subjetividade, acaba por trazer maior complexidade para as relações linguísticas, não contribuindo para sua estabilização. Ainda, estudou-se a eficácia da moral como corretivo do Direito, na via judicial, em regimes autoritários e democráticos, concluindo que em regimes autoritários não há eficácia, uma vez que não é razoável que se espere limitação do poder ditatorial por questões morais, considerando que, comumente, estes regimes sobem ao poder justamente em nome da moral; em regimes democráticos constatou-se que também não é eficaz, considerando a ausência de procedimentos judiciais legítimos para aferição de consensos sociais. Em continuidade, concluiu-se que a utilização deste mecanismo corretivo fere a legitimidade e a segurança jurídica que se espera de um Estado democrático de Direito. Em um terceiro momento, buscou-se analisar os efeitos de sua utilização, terminando por verificar que propiciam uma abertura maior à discricionariedade judicial, representando certa negação do campo político, bem como uma dificuldade de estabilização dos conceitos e alcances dos princípios jurídicos.

**Palavras-chave:** Positivismo Jurídico; Moralismo Jurídico; Moral; Jusfilosofia; Teoria do Direito.

TEODORO, Matheus. **A (in)viabilidade da moral como mecanismo judicial de correção do direito**. 2023. Dissertação de Mestrado – Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

### ABSTRACT

The present work, inserted in the theme of the research line “Political Function of Law and Theories of the Constitution”, aims to study the corrective relationship between Law and Morals, in the judicial process, in order to answer the following question/problem: Is it (in)feasible to use morality as a judicial mechanism for correcting the Law? The hypothesis to be tested is that the use of morality as a judicial mechanism for correcting the Law is not viable. To this end, the hypothetical-deductive method was used, with in-depth bibliographical research, both on classic doctrines and recent works. In this effort, this study sought, at first, to analyze the (im)possibility of using Morals as a judicial correction of Law in the view of juspositivism and jsmoralism, the two most influential jus-philosophical currents in the national legal context, concluding that there is a possibility of using this mechanism in both schools of thought. In a second moment, it sought to analyze the (in)viability itself, starting from the analysis of the possibility of universality, or at least objectivity, of morality, concluding that morality is relative, inserted in a subjectivist context, making its use difficult in this context. undertaking. Afterwards, the possibility of using morality as a stabilizer of language was analyzed, in order to provide greater objectivity to Law, concluding that morality, precisely because of its subjectivity, ends up bringing greater complexity to linguistic relations, not contributing to its stabilization. Furthermore, the effectiveness of morality as a corrective to Law was studied, through the courts, in authoritarian and democratic regimes, concluding that in authoritarian regimes there is no effectiveness, since it is not reasonable to expect limitation of dictatorial power for moral reasons, considering that, commonly, these regimes rise to power precisely in the name of morality; in democratic regimes it was found that it is also not effective, considering the absence of legitimate judicial procedures for measuring social consensus. Continuing, it was concluded that the use of this corrective mechanism violates the legitimacy and legal certainty expected from a democratic rule of law. In a third moment, we sought to analyze the effects of their use, ending up verifying that they provide greater openness to judicial discretion, representing a certain denial of the political field, as well as a difficulty in stabilizing the concepts and scope of legal principles.

**Keywords:** Legal Positivism; Legal Moralism; Moral; Jusphilosophy; Theory of Law.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2 A MORAL COMO MECANISMO CORRETIVO DO DIREITO PELA VIA JUDICIAL: (IM)POSSIBILIDADE.....</b>	<b>16</b>
2.1 A POSSIBILIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: PARA O POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO .....	18
2.2 A POSSIBILIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: O MORALISMO JURÍDICO... 33	
2.3 DISTINÇÃO ENTRE A CORREÇÃO MORAL PELO LEGISLATIVO E PELO JUDICIÁRIO.....	36
2.4 CONCLUSÃO PARCIAL.....	38
<b>3 A MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: (IN)VIABILIDADE .....</b>	<b>40</b>
3.1 A MORAL ENTRE O RELATIVISMO E O OBJETIVISMO ....	41
<b>3.1.1. O Extremo Injusto, a Moral Correta e os Regimes Autoritários</b>	<b>56</b>
3.2 A LINGUAGEM E A MORAL .....	67
3.3 EFETIVIDADE DA MORAL COMO MECANISMO DE CORREÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: REGIMES DEMOCRÁTICOS E AUTORITÁRIOS .....	86
3.4 EFETIVIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: SEGURANÇA JURÍDICA E LEGITIMIDADE.....	96
3.5 CONCLUSÃO PARCIAL.....	109
<b>4 A MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: EFEITOS .....</b>	<b>114</b>
4.1 A PRINCIPIOLOGIA CAÓTICA.....	115
4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS: DE FATO	

GARANTIDOS? .....	135
4.3 A COMPLETUDE DO DIREITO: DO POSITIVISMO PRIMITIVO PARA O MORALISMO JURÍDICO .....	148
4.4 CONCLUSÃO PARCIAL.....	155
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>158</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>165</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Estudar a relação entre moral e direito é fundamental para que se tenha o conceito de direito sobre o qual se fundamentará toda a estrutura jurídico-social. A depender deste conceito, do modelo teórico adotado para a fundamentação da sistemática jurídica, toda a relação social, entre os Poderes, as microestruturas jurídicas, a teoria da norma e da decisão judicial se modificam. De fato, a relação entre direito e moral é pedra angular para a convivência em sociedade.

Deste modo, tendo esta importância e densidade de conteúdo em vista, o presente trabalho busca analisar a problemática sobre a utilização da moral como mecanismo judicial de correção do direito, no afã de verificar se há viabilidade nesta instrumentalização. Portanto, o problema a ser trabalhado é justamente este: a (in)viabilidade da moral como mecanismo judicial de correção do direito.

A doutrina jurídica hodierna é continuidade do embate entre duas grandes correntes de pensamento que se enfrentam há tempos. De um lado, tem-se o posicionamento que considera se seria mais benéfico socialmente um sistema jurídico voltando aos valores morais, intrínseco à moralidade, como forma de busca de um bem coletivo maior, notadamente a Justiça, com correções do direito em nome desta moralidade. De outro, posta-se a corrente que busca se concentrar no procedimento, no método utilizado para que se averigüe os consensos sociais, no intento de buscar legitimidade e estar aberto aos diversos posicionamentos morais, ao debate e diálogo, ou seja, a busca do consenso sobre Justiça, dentre os vários conceitos dela própria.

Assim, adentrando o campo da filosofia do direito, tocante à relação da moralização do sistema jurídico, partindo de grandes jusfilósofos inseridos tanto no positivismo jurídico quanto no moralismo jurídico, busca-se uma resposta para a problemática e a testagem da hipótese, qual seja, a utilização da moral como mecanismo judicial de correção do direito é inviável.

Nada obstante, é cediço que uma resposta científica é sempre provisória, carente de novas testagens, da antítese, da contradição, a fim de que o resultado científico se aprimore e apresente maior adequabilidade ao objeto de estudo.

A metodologia predominante na confecção do trabalho é a hipotético-dedutiva.

Neste sentido, restou realizado um recorte metodológico em face do juspositivismo contemporâneo e do jusmoralismo, duas das correntes jusfilosóficas mais importantes e influentes da atualidade jurídica, especialmente no contexto nacional. Assim, aborda-se o posicionamento de ambas as jusfilosofias, mormente na relação entre direito e moral, a fim de que se observe os pontos teóricos defendidos, a aplicabilidade da *práxis* jurídica e os efeitos gerados, mormente em razão da adoção da moral como mecanismo judicial de correção do direito, posto que este posicionamento vem preponderando na doutrina e na jurisprudência pátria. Quanto ao referencial teórico, foram elencadas obras essenciais de grandes pensadores das duas correntes, considerando tratar-se de textos clássicos que não poderiam ser desprezados, dado que representam o sustentáculo do debate hodierno. Contudo, a metodologia empregada não se limitou aos clássicos textos apontados, buscando analisar artigos científicos, dissertações e teses atuais, na finalidade de analisar-se como o debate se posiciona contemporaneamente. Vinte e seis foram os trabalhos em forma de artigos e dissertações selecionados para a composição deste estudo, como forma de trazer uma interação entre o clássico e o contemporâneo.

Importante pontuar não há pretensão exaustiva das obras dos autores trabalhados, como, por exemplo, Hans Kelsen, Herbert Hart, Robert Alexy, Ronald Dworkin, entre tantos outros importantes pensadores do direito. Ainda, sabe-se que outros vários jusfilósofos não foram inseridos neste estudo, justamente pelas limitações próprias de um trabalho acadêmico.

Optou-se pela delimitação clara do problema e hipótese a ser testada, bem como da escolha de alguns autores, visando a possibilidade de um maior aprofundamento no tema, de modo a evitar-se a recaída em uma compilação de vários posicionamentos jusfilosóficos tratados com certa superficialidade. Recortou-se a construção teórica de Hans Kelsen, especialmente sua teoria pura do direito e seus posicionamentos sobre a variabilidade e relativização dos sistemas morais, bem como o conceito de direito de Herbert Hart, mormente em relação à textura aberta do direito e suas asserções sobre a relatividade da moral, para embasar as visões juspositivistas aqui trabalhadas. De outro vértice, escolheu-se a visão integrativa e corretiva da moral e do direito para Ronald Dworkin, como representante de um viés forte do jusmoralismo, assim como as moderações de Robert Alexy em face da relação entre direito e moral, como representante da vertente fraca da mesma corrente jusfilosófica. A partir destes textos clássicos, este estudo se desenvolve no sentido de, observando concomitantemente trabalhos mais

recentes, como escritos de Marcelo Neves (principalmente contidos em sua obra *Entre Hidra e Hércules*), estudar o problema apontado e a hipótese a ser testada. A escolha destes autores se justifica pela solidez de suas teorias e influência emanada para suas respectivas correntes jusfilosófica e para o Direito em si.

A hipótese trabalhada é de que não é viável a utilização da moral como mecanismo judicial de correção do direito. Isto porque a moral tende a ser relativa, variável a depender dos sistemas morais inseridos socialmente, com valores e visões de mundo distintas. Assim, judicialmente não se vislumbra um procedimento legítimo e que garanta adequadamente a identificação de determinada posição decisória tomada e do consenso social sobre o ponto em debate. Nota-se que os sistemas jurídicos possuem algumas finalidades essenciais, tais como: buscar a Justiça (ainda que como valor relativo), garantir a segurança jurídica, impedir arbitrariedades e desrespeitos aos direitos fundamentais, organizar a vida em sociedade etc. A hipótese trabalhada é que a seleção da moral como mecanismo para corrigir e integrar o direito, na via judicial, mais atrapalha do que contribui para estas finalidades. Cumpre destacar que a moral pode ser um recurso legislativo para criação do Direito, não sendo objeto deste estudo a análise neste âmbito institucional, limitando-se à seara do Judiciário.

Desta feita, o primeiro capítulo trata da (im)possibilidade da utilização da moral como mecanismo judicial de correção do direito, tanto para o juspositivismo contemporâneo quanto para o jusmoralismo. Necessário que se observe se há possibilidade de adoção da moral como corretivo do direito em ambos os sistemas. Ainda, é realizada diferenciação entre a interação da moral e do direito na via judicial e legislativa, a fim de aclarar o recorte realizado no trabalho.

No segundo capítulo busca-se analisar questões quanto a (in)viabilidade da utilização da moral como corretivo judicial do direito. Para tanto, debruça-se sobre as hipóteses de existência de universalidade ou objetividade da moral ou se ela se apresenta como relativa. Estuda-se a relação entre linguagem e moral, bem como a (in)viabilidade da utilização da moral como estabilizadora dos significados da linguagem. Verifica-se a (in)eficácia da moral como corretora do direito na via judicial em relação a regimes autoritários e democráticos, assim como em face da legitimidade e segurança jurídica.

No terceiro capítulo observam-se alguns efeitos advindos da adoção da moral como mecanismo judicial da correção do direito, como o alargamento do campo da

discricionariez judicial por meio dos princípios, esta relação com a garantia de direitos fundamentais, assim como a ideia de completude ou autossuficiência do direito e eventual negação do campo político.

Este trabalho foi desenvolvido no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, em nível de mestrado, considerando sua área de concentração, a saber, Teorias da Justiça e Exclusão. Vincula-se à linha de pesquisa Funções Políticas do Direito e Teorias da Constituição. Portanto, aclara-se a pertinência do trabalho com a linha de pesquisa, considerando tratar justamente da relação entre direito e moral, com reverberações inconcussas no campo político, ou seja, a maneira como se estrutura a sistemática jurídico-política da sociedade nacional. A fundação e fundamentação do direito sobre a moral, especialmente na via judicial, possui reflexos claros nos meandros políticos do Estado e da Sociedade, de modo a reestruturar todo o sistema, a depender do modelo elegido para guiar esta relação. Considerando que a política deve ser orientada para o bem comum, sem desprezar a individualidade dos cidadãos, bem como representar a “arte do possível”, a função política do direito, similarmente, persegue esta finalidade, buscando a garantia de legitimidade democrática nos rumos decisórios tomados pelo Estado.

É defendido, hodiernamente, que a autocomposição é meio mais eficaz em pacificar a sociedade do que a heterocomposição, referindo-se à composição de lides jurídicas. Este raciocínio pode ser ampliado para o próprio campo político, de modo que decisões tomadas com maior legitimidade democrática, maior participação popular, calcadas em consensos sociais, possuem poder de pacificação superior à imposição de decisões por meios estatais sem essa mencionada participação. Assim, sempre voltado à democracia, incentivo à cidadania ativa e a tomada do controle dos rumos políticos do Estado pela sociedade, vê-se a necessidade de um direito mais próximo da realidade e vontade social. Tal como criticado por Rudolf von Ihering, o direito não pode ser uma prisão da razão, enclausurado na própria lógica jurídica, afastando-se da vontade social. Aqui justifica-se a necessidade de se analisar a correção do direito pela moral, especialmente ocorrida na via judicial, considerando as próprias características deste Poder e os procedimentos para criação de consensos.

## **2 A MORAL COMO MECANISMO CORRETIVO DO DIREITO PELA VIA JUDICIAL: (IM)POSSIBILIDADE**

Postar-se ante a problematização entre Direito e Moral é apresentar-se a um dos mais precípuos e antigos dilemas da Filosofia do Direito, realçando tanto a dificuldade quanto o interesse que exsurtem do tema. Como declara Reale, encontrar-se nesta posição é estar “diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito” (REALE, 2002, p. 41).

Nesta mesma toada é que Nader (2019, p. 53) sustenta a incompletude da compreensão do Direito se não forem considerados os demais mecanismos de controle social e se não se souber a distinção clara entre eles, tais como a Moral, a Religião e as Regras de Trato Social.

Inicialmente, a análise sobre a (in)viabilidade da adoção da moral como mecanismo judicial de correção do Direito deve percorrer o degrau da possibilidade. Evidentemente, se mostrar-se impossível a operacionalização do referido mecanismo, não há porque se falar na (in)viabilidade e principais efeitos gerados. Assim, ressalta-se a pertinência da análise sobre a possibilidade da utilização de conceitos morais para que se corrija o conteúdo do Direito na via judicial, atentando-se e realizando recorte metodológico em razão das jusfilosofias preponderantes na contemporaneidade e no contexto nacional, quais sejam, positivismo jurídico e axiologismo jurídico.

Nesta senda, como aduz Streck, necessário avultar que o positivismo jurídico é um “fenômeno complexo”, de modo que “quando alguém fala em positivismo não imagina a diversidade que foi se forjando ao longo dos séculos” (STRECK, 2020, p. 263).

Portanto, para fins didáticos, posto que o objetivo do trabalho não é aprofundar-se em um retrospecto das jusfilosofias em questão, será apresentado neste momento, em apertada síntese, alguns posicionamentos teóricos do positivismo primitivo com a finalidade de se construir a base para as discussões vindouras. Forçoso rememorar que embora esta vertente do movimento positivista já se encontre obsoleta, sua análise, ainda que suscinta, contribuirá para o melhor entendimento do tema.

A realização das presentes ponderações sobre o positivismo primitivo possui uma dupla finalidade. A primeira é construir uma base para que se compreenda o

movimento filosófico atual. A segunda é retirar a vertente primitiva da pauta da discussão, evitando-se desentendimentos ou delongando-se em temas que já pertencem mais à história do direito do que propriamente ao debate hodierno.

Necessário considerar que já no positivismo clássico não se sustentava o ideal de que o Direito se limitaria à lei, unicamente e necessariamente. A ideia de que nos primórdios deste movimento jurídico a lei representava a única fonte do Direito tende a ser dominante no Brasil, pelo fato do Direito brasileiro ter sido fortemente influenciado pela matriz francesa, esta sim atrelada exclusivamente à lei, denominada de positivismo exegético. Contudo, como leciona Streck, a base do positivismo clássico é a de que o Direito é estabelecido por uma autoridade com legitimidade para fazê-lo. Deste modo, se na França se tinha o positivismo exegético, ligado ao legislador inspirado pela razão e pelos ideais iluministas, na Alemanha operava-se a jurisprudência dos conceitos, em que a materialização do Direito ficava sob a responsabilidade de renomados juristas e professores, ao passo que na Inglaterra, pela jurisprudência analítica, o Direito deveria observar os precedentes “proferidos pela autoridade política competente” (STRECK, 2020, p. 263).

Os primeiros passos do positivismo jurídico se encaminhavam na direção precípua da limitação do poder, considerando os abusos da monarquia absolutista e o combate aos privilégios da nobreza que antecederam este sistema. Não se pode olvidar que a lei, especialmente neste período, representava ferramenta ideal para combater os arbítrios governamentais, bem como garantir liberdade e igualdade a todos (RAMOS, 2015, p. 70).

A história ensina que o positivismo jurídico nasceu para combater o paradigma do jusnaturalismo, no início do Estado moderno. Isto porque nas sociedades anteriores a este período, tratando-se, portanto, do período medieval, operava-se profunda instabilidade jurídico-política, dado a vigência de variados sistemas jurídicos em uma mesma sociedade. Com o advento do Estado moderno, o ente estatal conglobou sob sua responsabilidade diversos poderes sociais, incluído o de criar o Direito pelo Legislativo (BOBBIO, 1995, p. 27).

Portanto, este primeiro momento do juspositivismo apresentava propostas mais rígidas justamente pelo contexto histórico em que se encontrava. Contudo, considerando a própria aspiração científica que se vê na base desta teoria, tanto na vertente filosófica

quanto na jurídica, o movimento se desenvolveu e aperfeiçoou-se, absorvendo críticas internas e externas. Assim, sustentar a ideia de que o positivismo jurídico pretende reduzir o juiz à condição de “boca da lei”, na contemporaneidade, é crítica equivocada. Hodiernamente, a crítica mais refinada ao juspositivismo é justamente em face da discricionariedade proporcionada ao Judiciário – considerando-o criador do Direito, ao lado do Legislador, ainda que em menor medida - em sentido diametralmente oposto à ideia do juiz puramente exegeta, “boca da lei”, como era entendido no primeiro momento da corrente filosófica (exegetismo francês).

Deste modo, realizado este introito, passa-se a analisar a possibilidade de adoção da moral como mecanismo judicial de correção do Direito pelo positivismo contemporâneo e pelo moralismo jurídico.

## 2.1 A POSSIBILIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: PARA O POSITIVISMO CONTEMPORÂNEO

Observando as diversas correntes do positivismo jurídico contemporâneo, pode-se dividir, para fins didáticos, os posicionamentos defendidos em duas grandes subcorrentes, quais sejam, a do positivismo estrito e do moderado. Entretanto, forçoso considerar a necessidade da defesa da tese da separação, como ensina Alexy, para que se classifique determinado posicionamento como positivista ou não-positivista. Deste modo, é comum a todos os ramos do positivismo jurídico a defesa da tese da separação, como será explanado.

Cumprido pontuar que esta redução do positivismo jurídico em dois grandes grupos se justifica somente para os fins didáticos sobre a referida possibilidade corretiva, não representando generalizações quando às variadas correntes do juspositivismo.

Assim sendo, para a diferenciação entre a tese da separação e da vinculação, referindo-se à moral, lança-se mão de argumentos de ordem analítica e normativa. Como ensina Alexy, para a tese da separação, essencial para o positivismo, no campo analítico, que se defenda a inexistência de relação necessária entre Direito e moral. Repise-se que “todo positivista deve defender essa tese, pois, se admitir que existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, já não poderá afirmar que o direito deve

ser definido mediante a exclusão de elementos morais” (ALEXY, 2009, p. 24-25).

De outro vértice, a utilização do argumento normativo em favor da tese da separação refere-se à necessidade de inclusão ou não de “elementos morais no conceito de direito” para o atingimento de determinado objetivo normativo ou para que a referida norma seja devidamente cumprida. Alexy apresenta como exemplo utilizado pelos defensores da tese da separação, como argumento normativo, a “alegação de que somente a tese da separação conduziria a uma clareza linguístico-conceitual ou garantiria segurança jurídica” (ALEXY, 2009, p. 26).

Para que determinada teoria seja entendida como positivista não se faz necessário que seja defendida a completa separação entre Direito e moral, como comumente se crê. Em verdade, o que se mostra como cerne da tese da separação é a inexistência da necessidade de vinculação entre Direito e moral. Não se fala em impossibilidade de que assim ocorra. Isto alarga o campo de entendimento a fim de abarcar teorias que admitem a internalização da moral no Direito, embora ainda se mantenham positivistas, dado que não entendem este processo como conceitualmente necessário. Portanto, o positivismo não excluí necessariamente a moral do Direito, mas sim defende a independência dos dois conceitos e a desobrigação de estarem atrelados.

Com este entendimento já é possível notar que não se pode tratar o positivismo jurídico como fenômeno homogêneo. Invariavelmente, este tratamento equivocado acarreta observações errôneas sobre o movimento jusfilosófico. Neste ponto cabe a ressalva realizada por Bobbio, quando sustenta que “para poder estabelecer aquilo que deve ser conservado e o que deve ser abandonado ou, como se diz habitualmente quanto às doutrinas, verificar o que está vivo e o que está morto, é necessário não considerar este movimento como um bloco monolítico” (BOBBIO, 1995, p. 223).

Ao tangenciar a corrente estrita do positivismo contemporâneo não se pode ignorar a construção teórica de Hans Kelsen e toda a influência que exerce no campo jurídico. Evidente que a abordagem que se fará não tem pretensões de exaurimento de sua obra, porém restarão destacadas questões que se debruçam sobre a relação entre Direito e moral. O autor, justamente pela importância de sua obra, será tomado como principal representante do juspositivismo estrito, a fim de averiguar-se a possibilidade de adoção da moral como mecanismo judicial de correção do Direito.

Desse modo, o Direito, para Kelsen, encontra sua melhor expressão na

normatividade. A norma jurídica deve retirar sua legitimidade de outra norma jurídica que deve ser hierarquicamente superior a primeira. Este encadeamento lógico-formal culminará na norma fundamental, que determina obediência à Constituição do Estado. Nas palavras do autor: “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, 2009, p. 246-247).

Necessário pontuar que a norma fundamental é pressuposta. Pode ser entendida como a gênese de um sistema normativo, servindo como filtro entre os fenômenos do tempo pré-Constituição para o período já sob sua vigência. Portanto, não é de interesse normativo saber quais são os elementos anteriores à formação da norma fundamental, como ela tenha se formado ou quais suas influências. O que ganha relevo é que a norma fundamental foi estabelecida e dela surge o ordenamento jurídico, este sim objeto de estudo da ciência do Direito. Assim, Telles Junior explana que “ao positivismo jurídico, porém, tais respostas não interessam. A curiosidade do positivismo se estende, apenas, até a norma da qual o primeiro legislador historicamente existente recebeu sua autoridade” (TELLES JUNIOR, 2014, p. 196).

Não é sem motivo que Kelsen afirma em termos cristalinos que “já não lhe importa a questão de saber como deve ser o Direito, ou como deve ele ser feito. É ciência jurídica e não política do Direito” (KELSEN, 2009, p. 1). Resta evidente que os motivos ensejadores da norma fundamental não são do interesse da ciência jurídica, justamente porque são anteriores ao Direito.

Esta sustentação teórica de Kelsen mostra-se mal compreendida por parte da doutrina. Comumente se vê explanações no sentido de que a pureza kelseniana da teoria do Direito revela a completa indiferença em face de outros fatores influenciadores do social, que não o Direito. Porém, o que o autor defende é uma pureza metodológica e não material. Isto fica claro na obra “Teoria Pura do Direito”, quando resta evidentemente dividida a ciência do Direito, que busca estudar o Direito em si, afastados outros fatores extrajurídicos, e a aplicação do Direito, que se encontra para além da ciência e percorre o campo da política jurídica.

Assim dispõe Bustamante, corroborando no sentido de que a teoria jurídica, nos moldes kelsenianos, considerando seu caráter puramente descritivo, “se desinteressa por questões práticas como a interpretação do direito e a fundamentação das decisões

judiciais” (BUSTAMANTE, 2015, p. 314).

Kelsen esclarece que quando sua Teoria Pura estabelece a referida divisão não faz por “ignorar ou, muito menos, por negar esta conexão, mas porque intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 2009, p. 2)

Na tentativa de expor este ponto, Kelsen (1986, p. 196-198) lança mão dos conceitos de moral e ética, asseverando que a ética é o estudo da moral, seu procedimento metodológico, ao passo que a moral é a norma social reguladora. Portanto, a ética representa o estudo científico da moral, tal como a ciência jurídica representa o estudo científico do Direito, ou seja, não se deve confundir a ética com a moral, a ciência do Direito com o Direito. Assim:

Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito. A tal propósito deve notar-se que, no uso corrente da linguagem, assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito freqüentemente confundida com a Ética, e afirma-se desta o que só quanto àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida. A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo, não só pelo fato de se não tomarem em conta os limites que separam esta ciência da ciência natural, mas - muito mais ainda - pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral (KELSEN, 2009, p. 67).

Deste excerto também se evidencia que a construção kelseniana não exclui outras normas regulamentadoras do comportamento social. A moral possui relevante papel nesta empreitada, considerando que também estabelece um *dever-ser*, um ideal a ser seguido, um controle de condutas em sociedade. Entretanto, embora também seja norma de controle social, não é norma jurídica, não é Direito. Como Bittar e Almeida pontuam, para o modelo de Kelsen “a norma jurídica é alfa ( $\alpha$ ) e ômega ( $\Omega$ ) do sistema normativo” (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 430).

Inconscusso que Kelsen não ignorava a moral ou a sociologia, que representam os valores e os fatos sociais. O que realizou o autor foi separar cada conceito em seu

campo de atuação, de modo que tanto a moral quanto a sociologia, para a visão kelseniana, deveriam permanecer na seara político-filosófica do Direito, ao passo que a ciência jurídica deveria se afastar destas influências, com a finalidade de que ideologias e crenças não influenciassem o cientista jurídico na observação de seu objeto de estudo, que é o Direito (NADER, 2019, p. 238).

Ainda na construção kelseniana, não se pode distinguir a moral do Direito nas prescrições formuladas pelos dois institutos, mas no modo como essas prescrições ocorrem. Assim, o Direito se distingue da moral, neste ponto, porque há órgãos centrais, organizadores, bem como no Direito há “uma ordem de coação, isto é, como uma ordem normativa que procura obter uma determinada conduta humana ligando à conduta oposta um ato de coerção socialmente organizado”, ao passo que na moral não há este ato de coerção organizado, pertencendo somente ao campo da aprovação ou reprovação social, “nela não entrando sequer em linha de conta, portanto, o emprego da força física” (KELSEN, 2009, p. 71).

Em outros termos, “a Moral diferencia-se do Direito pelo fato de que a reação por aquela prescrita, suas sanções, não têm como as do Direito o caráter de atos de coação, quer-se dizer: - como a sanção do Direito – não são executáveis com o emprego da força física” (KELSEN, 1986, p. 30-31).

Não é relevante se o cientista jurídico possua crenças pessoais, ideologias ou religiosidade. O que é importante, para esta visão científica do Direito, é que haja separação entre estas personalidades e a tarefa científica de analisar seu objeto (o Direito). Como expõe Dimoulis “tais preferências não são requisitos para adotar a visão juspositivista. Nada impede que alguém seja positivista e comunitarista, partidário da moral universal, fundamentalista religioso ou, segundo a observação de Kelsen, anarquista” (DIMOULIS, 2011, p. 241). Assim, o que se mostra essencial é a separação destas características pessoais e do trabalho técnico que será desempenhado.

Na esteira do que afirma Castilho, Kelsen é crítico do positivismo extremado, que se praticava nos primórdios do movimento jusfilosófico, posto que considerava somente a lei como fonte do Direito. Nos termos de Castilho, a visão kelseniana “inovou ao propor que não mais a Lei, mas a norma jurídica, passasse a ser estudo da ciência do Direito” (CASTILHO, 2019, p. 274 e 279). Aqui é crucial sustentar que a norma prescinde de aceitação social, ao passo que a lei positivada, no sentido primitivo do

positivismo, era outorgada pelo Estado e deveria ser aceita pelos indivíduos.

É aprimoramento ao positivismo jurídico, proporcionado por Kelsen, a concepção de que embora o Direito seja direcionado à normatividade, também se atenta à eficácia (social), somando-se para que se tenha validade. Duas são as bases para que se reconheça o Direito como válido: normatividade e eficácia social (ALEXY, 2009, p. 22). Como dispõe Kelsen, sua teoria sobre o positivismo busca um meio-termo entre uma construção do Direito totalmente voltada para a normatividade, que seria completamente independente de sua eficácia e, de outro vértice, a construção do Direito que se orienta totalmente para a eficácia. “A primeira solução do problema tende para uma teoria idealista, a segunda para uma teoria realista”. Como ensina o autor, a primeira proposição mostra-se falha, dado que não há como negar a perda da validade de uma ordem jurídica completamente ineficaz, não observada pela sociedade. De outro lado, a teoria realista também se mostra falsa, haja vista os diversos exemplos de normas jurídicas válidas, embora não eficazes ou ainda não eficazes. A solução apresentada por Kelsen é que estes dois pilares se complementam, ou seja, para que haja validade de uma norma jurídica são necessárias sua normatividade e sua eficácia, portanto “fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade” (KELSEN, 2009, p. 235-236).

Tem-se que o positivismo kelseniano, importante expressão da vertente estrita da corrente filosófica contemporânea, não desconsidera a existência de outras fontes influenciadoras no controle social e na aplicação do Direito. O que faz o autor é separar a ciência jurídica da política jurídica, que se vê na aplicação, por exemplo.

Isto com o objetivo de construir a moldura legal, considerando que na norma jurídica geral não há elementos individualizadores capazes de atender a todas as lides concretas que serão apresentadas ao Judiciário, restando ao encargo da autoridade que aplicará a norma proceder com esta individualização. Portanto, “a norma jurídica geral é sempre uma simples moldura dentro da qual há de ser produzida uma norma jurídica individual” (KELSEN, 2009, p. 272). Assim sendo, esta moldura se alarga quando não há previsão de conteúdo, mas somente a competência para resolver a questão, ao passo que se houver conteúdo acaba por estreitar-se. Quanto mais denso o conteúdo da norma, mais restrita é a moldura.

Sobre a interação entre Direito e moral, na visão kelseniana, crucial entender que se tratam de conceitos indubitavelmente distintos. Resta evidenciada esta posição na

defesa de que o Direito não é justo ou deva perseguir a ideia de justiça. Isto porque, como afirma Kelsen, a justiça se relaciona intimamente com concepções morais, que são relativas. Portanto, para determinado sistema moral o Direito poderá parecer justo, porém, para outro sistema, que professe outros valores, aquele mesmo Direito passará a ser considerado injusto (KELSEN, 2009, p. 72-74). Em outros termos, uma conduta justa depende da observação da norma que determina esta conduta como justa, de modo que, considerando as normas morais como normas sociais, que regulam as condutas de indivíduos em face de outros indivíduos, “a norma de justiça é uma norma moral” (KELSEN, 2001, p. 41).

Esta crítica ao intuicionismo é mencionada por Alexy, apontando a dificuldade de solução para um debate onde discute-se se determinada conduta é boa, porém o que se considera bom varia entre os lados do debate, assim “por isso, no resultado, o intuicionismo move-se na mesma direção do subjetivismo” (ALEXY, 2014, p. 66).

Em sentido próximo tem-se as disposições de Hart (2009, p. 204), afirmando que embora a discussão sobre justiça possa ser importante para o Direito, este debate pertence ao campo moral, assim como as leis podem ter ou carecer de outras virtudes que não a justiça.

Como continua o autor, comumente a ideia de justiça se assenta no conceito de equidade, devendo caracterizar-se de imparcialidade. Assim, necessário que haja “equilíbrio ou proporção, e seu princípio condutor frequentemente se formula com a frase ‘devem-se tratar os casos iguais de forma igual’; embora precisemos acrescentar: ‘e tratem-se os casos diferentes de forma diferente’” (HART, 2009, p. 205 - 206).

Contudo, considerando que todos os seres humanos se assemelham e se diferem em algum aspecto, enquanto ausente consenso sobre quais as semelhanças e diferenças pertinentes ou quais as soluções que devam ser implantadas, o conceito de equidade torna-se extremamente vago. A própria ideia de aplicação do Direito de forma justa pode apresentar distorções. Como exemplifica Hart, “não é absurdo admitir que uma lei injusta que proíbe o acesso de negros aos parques foi aplicada com justiça, no sentido de que apenas as pessoas verdadeiramente culpadas de desrespeitar essa lei foram punidas de acordo com ela, e isso apenas depois de um julgamento justo” (HART, 2009, p. 206-209).

Logo, “torna-se claro, portanto, que os critérios que envolvem semelhanças e diferenças pertinentes podem variar com frequência conforme a perspectiva moral básica

de determinado indivíduo ou sociedade” (HART, 2009, p. 211). Neste caso, pode-se encontrar outros argumentos, baseados em uma moral diferente, para se classificar o que é justo ou injusto. Como destaca Maximiliano, em referência à hermenêutica e aplicação do direito, “qualquer doutrina absoluta é falsa; tudo é relativo” (MAXIMILIANO, 2011, p. 17).

É justamente esta relativização da moral que é o divisor de águas entre as correntes do positivismo e do axiologismo jurídico. Para o juspositivismo não há como se falar em um sistema moral universal ou superior. Existem diversos sistemas morais divergentes operando em uma mesma sociedade, de modo que não se pode eleger um como correto ou orientador de toda a sociedade e desprezar-se os demais. Precisamente por este motivo é que o Direito não é sinônimo exato de moral (KELSEN, 2009, p. 74)

Kelsen dispõe:

Sob estes pressupostos, a afirmação de que o Direito é, por sua essência, moral, não significa que ele tenha um determinado conteúdo, mas que ele é norma e uma norma social que estabelece, com o caráter de devida (como dever-ser), uma determinada conduta humana. Então, neste sentido relativo, todo o Direito tem caráter moral, todo o Direito constitui um valor moral (relativo). Isto, porém, quer dizer: a questão das relações entre o Direito e a Moral não é uma questão sobre o conteúdo do Direito, mas uma questão sobre a sua forma. Não se poderá então dizer, como por vezes se diz, que o Direito não é apenas norma (ou comando), mas também constitui ou corporiza um valor. Uma tal afirmação só tem sentido pressupondo-se um valor divino absoluto. Com efeito, o Direito constitui um valor precisamente pelo fato de ser norma: constitui o valor jurídico que, ao mesmo tempo, é um valor moral (relativo). Ora, com isto mais se não diz senão que o Direito é norma (KELSEN, 2009, p. 74).

Embora o posicionamento kelseniano seja claro, parte da doutrina insiste em formular críticas em face deste sistema no sentido da completa separação entre Direito e moral, como pode ser visto na afirmação de que “viveu-se no direito, por longos e longos anos, sob o quarto escuro e empoeirado do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da separação quase absoluta entre direito e moral” (SCHIER, 2007, p. 253).

Isto posto, a crítica realizada por parte da doutrina na perspectiva de que o positivismo jurídico pretende reduzir o juiz à condição de “boca da lei” mostra-se equivocada e obsoleta. Na própria construção de Kelsen resta evidente que a decisão judicial também cria Direito, de maneira individualizada. Como Scherch e Alves aduzem, calcados em Kelsen, “somente pela falta de compreensão da função normativa da decisão

judicial, pelo preconceito de que do Direito constam apenas normas gerais e pela ignorância à percepção da norma jurídica individual” é que, não raramente, se confunde o fato de que a decisão judicial é continuação do processo criativo do Direito. Evidentemente o juiz kelseniano não é mero declarador mecânico do Direito (SCHERCH; ALVES, 2018, p. 71).

Pontualmente, pela concepção de que a decisão judicial também cria Direito é que há discricionariedade na construção kelseniana. Como não há controle sobre os fatos influenciadores da Constituição no momento anterior ao seu estabelecimento, mostra-se de difícil realização um controle prévio e completo do Direito que será criado pela decisão judicial. Neste contexto é que se apresenta a moldura legal ideada por Kelsen, como uma tentativa de direcionamento e contenção. Como ainda se verá, é precisamente esta discricionariedade que é fonte de uma crítica mais aprimorada feita em face do positivismo contemporâneo.

Portanto, elegendo Kelsen como representante da corrente do positivismo contemporâneo estrito, vê-se que o Direito e a moral são concebidos como entes claramente distintos. Assim, para a ciência jurídica, todos os fenômenos metajurídicos devem ser desconsiderados, objetivando uma análise imparcial do Direito, buscando extrair as possíveis interpretações da norma para a construção da moldura legal. Contudo, essa pureza, que é metodológica, não está presente na política do Direito, ou seja, em sua aplicação, na prolação de decisões judiciais, haja vista também se tratar de um momento criador do Direito. Como dialoga Dimoulis, o positivismo não busca descrever o que de fato faz o aplicador do Direito ou orientá-lo. “O positivista procura tão-somente indicar qual é o significado da locução ‘direito válido’ e quais as possíveis posturas do intérprete-aplicador, no caso em que esse intérprete-aplicador entenda que certo conjunto de normas constitui o direito válido” (DIMOULIS, 2011, p. 242).

Evidencia-se a possibilidade, o que comumente ocorre, da Constituição não se limitar a distribuir competências entre órgãos e estabelecer os procedimentos para criação das normas jurídicas. Pode inserir em seu bojo conteúdos para as normas que serão criadas, tanto de forma negativa, ou seja, impossibilidades de ação em face deste conteúdo (v.g. impedimento de embaraços à liberdade religiosa), como também positivas, determinando que o conteúdo indicado seja inserido nas normas jurídicas que serão criadas (KELSEN, 2005, p. 182-184).

Ato contínuo, há potencialidade de adotar-se a moral como mecanismo de correção do Direito até mesmo no modelo kelseniano, considerando que a norma é representante de um valor jurídico, que é um valor moral, ainda que relativo. Posto o tratamento normativo que o autor confere ao sistema jurídico, bem como a validade retirada da norma fundamental, de modo que se nesta Constituição restasse inserida uma norma que determinasse a observação da moral como corretivo do Direito a possibilidade estaria presente no sistema.

Ainda que não fosse incluída no próprio sistema normativo, haveria tal possibilidade. Como já explanado, há discricionariedade na criação do Direito, em maior escala quando no assentamento da Constituição e em menor escala na criação do Direito individualizado pelo Judiciário, considerando a moldura legal. Isto porque o que antecede a criação do Direito não é do interesse da ciência jurídica, mas sim da política do Direito, como já explanado por Telles Junior (2014, p. 196).

Como observa Reale, na própria Teoria Pura do Direito já se vislumbra uma internalização de elemento axiológico, ainda que de forma tácita. Isto porque Kelsen não se preocupa somente com a vigência, normatividade, da norma jurídica, mas também com sua eficácia. Encontram-se alinhados a norma e os fatos. Assim, se o quesito fático ganha relevo na doutrina kelseniana, “não há dúvida que o elemento axiológico ainda se conserva subentendido ou até mesmo absorvido pelo momento lógico-normativo”. Logo, como observa Reale, Kelsen acaba por adotar um posicionamento liberalista cético, “afinalista”, dado que se encontra aberto “igualmente a todos os fins” (REALE, 1999, p. 473-474).

Quando Kelsen entende como critérios para a validade do Direito tanto a normatividade, quanto a eficácia (social), tem-se a possibilidade de internalização da moral como corretiva do Direito. Esta internalização se dá justamente no pilar da eficácia social, posto que a sociedade respeitará determinada normativa, dentre outros fatores, se considerar moralmente correta.

Neste contexto é que se realiza a crítica moderna ao positivismo jurídico, especialmente o de matriz kelseniana, dado que a aplicação do Direito, concretizada pelo Judiciário, acaba por se mostrar um ato de vontade. Na lição de Streck, “Kelsen jamais negou que a interpretação do Direito (e não da ciência do Direito) está eivada de subjetivismos provenientes de uma razão prática solipsista. Para ele esse ‘desvio’ era

impossível de ser corrigido” (STRECK, 2020, p. 18).

Se já se mostra possível a adoção da moral como instrumento de correção do Direito na vertente estrita do positivismo jurídico, quanto mais no viés moderado, mais aberto para influências externas.

No positivismo jurídico de Hart resta evidenciada a diversidade de interpretações que podem surgir na aplicação das normas jurídicas, dando margem para outros influenciadores na aplicação do Direito. Nas palavras do autor:

Não há dúvida de que os tribunais formulam suas decisões de modo a dar a impressão de que estas são a consequência necessária de normas predeterminadas cujo significado é fixo e claro. Em casos muito simples isso pode ser verdadeiro; mas, na vasta maioria dos casos que transtornam os tribunais, nem a legislação nem os precedentes nos quais as normas estão supostamente contidas permitem um resultado único. Na maioria dos casos importantes, há sempre uma escolha. O juiz precisa escolher entre significados alternativos a serem atribuídos às palavras da lei ou entre interpretações conflitantes sobre o que “significa” um precedente (HART, 2009, p. 15 e 16).

Hart deixa claro que há influências entre Direito e moral, tanto de forma expressa, através da atividade legislativa, posto que a vontade popular se calca justamente na moral, quanto de forma tácita e lenta, através do processo judicial. O autor sustenta que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende desta correspondência. Em suas palavras: “nenhum ‘positivista’ poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como ligação necessária entre direito e moral, sua existência deve ser reconhecida” (HART, 2009, p. 263-264).

Tratando das questões entre Direito e moral, Hart é assertivo ao sustentar que o Direito, evidentemente, é influenciado pela moral: “Teria sido o desenvolvimento do Direito influenciado pela moral? A resposta a esta pergunta é, obviamente, *sim*”. Ainda, uma resposta afirmativa, seguindo a posição hartiana, também pode ser dada para o questionamento inverso, ou seja, se o Direito teria influenciado a moral. Portanto, a moral influencia o Direito, seja de modo lento e furtivo através do processo Judicial, seja de modo ostensivo, pelos caminhos do Legislativo (HART, 1987, p. 31).

O Direito tende a seguir a moral, na visão de Hart (2009, p. 259), considerando que a norma jurídica pretende ser a representação da vontade popular, ou seja, o que

determinada sociedade entende como correto e aceitável para a vivência em coletividade. A bússola que norteia esta vontade popular é precisamente a moral.

Mais visível a interação entre Direito e moral no positivismo de matriz hartiana. Assevera Scherch uma basilar diferença entre os modelos de Hart e Kelsen. Enquanto a norma fundamental kelseniana é pressuposta, as regras hartianas de reconhecimento, que buscam eliminar incertezas em face das regras primárias, já existem socialmente e somente passam por um processo de internalização pelo sistema jurídico. Nas palavras do autor: “enquanto a norma fundamental é criada, a regra de reconhecimento já existe e é apenas juridicizada” (SCHERCH, 2019, p. 88). Assim, observa-se o que a sociedade considera como correto para seu desenvolvimento, guiada, portanto, pela moral.

Esta virada de fundamentação do sistema jurídico é relevante. Hart assenta que “é importante distinguir entre ‘supor a validade’ e ‘pressupor a existência’ de tal norma, pelo menos porque não fazê-lo obscureceria o que se quer dizer com a afirmação de que tal norma *existe*” (HART, 2009, p. 141).

O positivismo hartiano é entendido como um “*soft positivism*” ou um positivismo brando, inclusivista. Isto porque Hart entende pela possibilidade de adoção de preceitos morais para a prática do Direito. Conforme o autor, há “aceitação explícita de que a norma de reconhecimento pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a obediência a princípios morais ou valores substantivos”. Estas normas de reconhecimento podem, inclusive, representar “restrições substantivas ao conteúdo legislativo” (HART, 2009, p. 323).

Não obstante, Herbert Hart (2009, p. 271-272) professa a tese da separação, inclusive confeccionando a observação de que tratando-se de um estado autoritário mostra-se mais profícua a visão do indivíduo que entende pela possibilidade da validade de uma norma jurídica iníqua, que fere a moral, do que a visão do indivíduo que absorve a ideia de que somente pode haver leis válidas se forem morais, de modo que estando a lei inserida no arcabouço jurídico, comumente será moralmente correta.

Na observação de Streck sobre o posicionamento teórico de Hart, observa-se que a moral pode integrar o Direito contingencialmente, considerando a existência de “vaguezas e ambiguidades nas quais, não havendo definição da sua significação, entra em uma ‘textura aberta’, na qual os juízes podem criar Direito segundo padrões externos ao próprio Direito” (STRECK, 2020, p. 267).

Já no juspositivismo de Bobbio, também caracterizado como moderado, igualmente se admite a interação entre o Direito e um valor que busca exprimir. Contudo, este valor é naturalmente instrumental e não um “supremo valor ético”. Para o autor, o valor que guia o Direito é a ordem, considerando que a “lei é a forma mais perfeita de direito, a que melhor realiza a ordem” (BOBBIO, 1995, p. 230).

Interessante destaque é realizado por Bobbio ao sustentar que se alegada a finalidade do Direito como busca da justiça e não da ordem, pode-se concluir que a perseguição da ordem não deixa de ser uma concepção de justiça. Como declara, “a justiça nada mais é do que a legalidade, isto é, respeito e correspondência à lei e, portanto, a ordem”. Ressalta, ainda, que a ideia de justiça se mantém válida ainda que não se fale em justiça da ação, ou seja, conformidade com a lei, mas em “justiça da própria lei” (BOBBIO, 1995, p. 230-231), quando o conteúdo da lei se encontra em conformidade com uma lei superior, seja natural ou divina. Nestes termos o doutrinador argumenta que ainda no Direito natural há conformidade com uma lei, com a ideia de ordem como justiça, mesmo que em face de uma lei não positivada.

Portanto, a versão extremista da corrente filosófica em questão (positivismo jurídico) “é própria mais dos sustentadores, dos adversários do positivismo jurídico: é principalmente um alvo conveniente (...) que os antipositivistas criaram para conduzir mais facilmente sua polêmica”. Isto porque, na versão moderada/contemporânea reconhece-se que a lei não é o único instrumento para garantir a ordem, mas afirma que é a forma mais perfeita do Direito, considerando que é caracterizada pela generalidade e abstração, qualidades que não se percebe nas normas jurídicas advindas de outras fontes. Assim nota-se uma essencial característica da versão moderada do positivismo jurídico, que não entende o Direito como um bem em si ou como um valor supremo, “mas diz somente que o direito é um meio (em termos kelsenianos, uma técnica de organização social) que serve para realizar um determinado bem, a ordem na sociedade” (BOBBIO, 1995, p. 162-163 e 230-232). Se o objetivo é a busca desta ordem, é necessário que se obedeça ao Direito. Notório que no positivismo de Bobbio há outras fontes do Direito, porém a doutrina juspositivista defende a prevalência da lei.

Ainda na senda do doutrinador em análise, vê-se que sua estrutura teórica dá um passo a mais. Isto porque constata-se que o juiz, bem como a legislação, já não se limita à função puramente coativa, de sanções negativas, que infligem um castigo no caso do descumprimento de suas ordenanças. O Estado passa a assumir uma feição comissiva ou

promocional, nos termos de Bobbio (2007, p. 208-209), provendo-se leis que não castigam pelo descumprimento, mas que premiam e incentivam sua observação. Portanto, ao lado de leis repressivas tem-se as promocionais. Deste modo, o Direito não representa somente uma forma de controle social, mas também de direcionamento.

Como aduzem Scherch e Alves, o positivismo de Bobbio desenvolveu-se no sentido de entender que o Estado e o juiz não mais poderiam ser compreendidos como o positivismo tradicional idealizava, posto que já não se atém à legislatura negativa, mas enfrenta situações comissivas “e não somente como executor, mas se apropria da função criativa que transcende o aspecto da legalidade para buscar valores sociais e filosóficos” (SCHERCH; ALVES, 2018, p. 75).

Nesta mesma toada tem-se a doutrina culturalista ideada por Reale (1999, p. 699-700). A teoria tridimensional defende que o Direito se assenta sobre três sustentáculos, quais sejam: a norma, vista no Direito positivado; o fato, observado na realidade social; e o valor, estribado na moral. A crítica realeana refere-se às visões unilaterais do Direito e a sua incompletude, ou seja, enxerga-lo como somente fato, norma ou valor.

Em breves termos, ainda nesta tridimensionalidade, Reale ressalta que atualmente não se reduz o Direito à lei. Contudo, no Direito pátrio, seguidor da tradição romanística, busca-se a supremacia legislativa que “com naturais abrandamentos, corresponde à índole da nossa cultura e da nossa gente”. Avulta, ainda, que até em países como Inglaterra e Estados Unidos da América, de matriz consuetudinária e vinculada aos precedentes judiciais, “cresce, dia a dia, a influência do processo legislativo, impondo-se, progressivamente, o primado da lei, como forma de disciplina superior das relações sociais” (REALE, 2002, p. 153).

Ramos discorre que o positivismo jurídico não adota a acepção axiológica forte, que é bastante para o afastamento das normas positivadas que estiverem contrárias a uma concepção de justiça objetivista. O juspositivismo entende o Direito positivo como caracterizado por uma objetividade direta, advindos de formalizações “de seus mandamentos em textos dotados de existência comprovável”. Diferentemente entende-se a moral, que é individualizada, como experiências pessoais do ser humano que são acumuladas por sua existência. Isto não impede dizer que os valores também não são dotados de “objetividade indireta”, observáveis por demonstrações “históricas da consciência ética, depuradas pelo uso da razão” (RAMOS, 2015, p. 64-65).

O doutrinador conclui que embora os positivistas normalmente adotem um posicionamento de relativismo moral, com perfil liberal, não partilha deste entendimento. Entretanto, não refuta o “postulado metodológico da separação entre direito e moral” (RAMOS, 2015, p. 66). O assentamento de uma relação de correção entre moral e Direito, para Santos, culmina no desprezo deste último, sendo “assassinado por uma espécie de moralismo” (SANTOS, 2018, p. 91).

Observando os exemplos doutrinários apresentados do juspositivismo contemporâneo, desde construções mais estritas como as de Kelsen, até mais moderadas como as de Hart e Bobbio, nota-se a possibilidade da utilização da moral como mecanismo de correção do Direito. Verifica-se que ao buscar a eficácia do Direito, ou seja, que seja concretamente observado no cotidiano social, justamente por se importar com a vontade popular, acaba-se tangenciando a moral, ainda que indiretamente.

O ponto comum do positivismo jurídico que aceita a interação entre Direito e moral, repisando que esta interlocução não é obrigatória, comumente se refere às lacunas legais, de modo que se abre espaço para o intérprete complementar a norma. Nesta linha filia-se Ramos, ao sustentar que “os espaços deixados em aberto pelo legislador sejam completados ou supridos por meio de processos interpretativos que considerem os valores fundamentais da pessoa humana aceitos por determinada sociedade” (RAMOS, 2015, p. 66).

Como resume Alexy, a tese da separação possui dois pressupostos, quais sejam, “uma conexão entre direito e moral não é conceitualmente impossível nem conceitualmente necessária” (ALEXY, 2009, p. 27). Rememorando que o autor possui críticas em face deste posicionamento, como serão oportunamente apresentadas.

Basta repisar que a possibilidade de utilização não se traduz em aconselhamento para fazê-lo, especialmente considerado o relativismo moral adotado pelos sistemas apresentados, que é o posicionamento dominante dentro da sistemática positivista. Porém, como já se disse, há possibilidade, de modo que a utilização da moral como corretivo judicial do Direito, para o positivismo jurídico contemporâneo, passa pelo primeiro nível da análise deste trabalho.

## 2.2 A POSSIBILIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: O MORALISMO JURÍDICO

Inicialmente, aponta Alexy (2009, p. 25) que um positivista deve defender a tese da separação entre Direito e moral, como já apresentado no item anterior. Entretanto, o não-positivista estaria livre deste argumento, uma vez que poderia sustentar a existência de vinculação entre Direito e moral ou renunciar este posicionamento, quando no campo analítico.

Cumprido ressaltar que o não-positivista pode renunciar a necessidade de inclusão da moral no conceito de Direito, ou seja, não ser conceitualmente necessária a inclusão de pautas morais no Direito. Contudo, no campo normativo deve defender a tese da vinculação. Assim, o argumento normativo assenta-se na relação da inclusão ou não de conceitos morais como necessidade para “que se alcance determinado objetivo ou para que se cumpra determinada norma” (ALEXY, 2009, p. 26).

Em face dos argumentos normativos, as teses da separação e da vinculação se diferenciam, precipuamente, no entendimento sobre a inserção de conceitos morais como forma de interpretação do Direito posto. A tese da separação entende que somente com a ausência que conceitos morais se chegaria a uma clareza linguística e traria segurança jurídica, ao passo que a tese da vinculação aduz que a inserção de conceitos morais contribui para a solução das injustiças legais (ALEXY, 2009, p. 26).

Portanto, mais do que a possibilidade, vê-se que a conexão entre Direito e moral para as correntes axiológicas torna-se necessária, posto que, se assim não fosse, não haveriam diferenças relevantes entre esta vertente filosófica e o positivismo jurídico, ao qual pretende-se superar.

Com a finalidade de sistematização do estudo em análise, se dividirá o axiologismo jurídico em dois grandes blocos, quais sejam, sua vertente fraca e seu viés forte.

Toma-se os trabalhos de Dworkin como representação da vertente forte da corrente moralista, uma vez que a moral para esta subcorrente não se limita aos casos de injustiças legais extremas, mas serve como guia e limite para o próprio modo de se relacionar, interpretar e aplicar o Direito. Esta forma de se conceber o Direito é

característica marcante da teoria do direito dworkiniana, justificando sua eleição como representação da vertente forte (DWORKIN, 2010, p. 38-39).

Na teoria supramencionada, vê-se a importância de dois critérios essenciais para a aplicação do Direito, que são: a adequação e o valor. O primeiro refere-se à consonância entre o que restou decidido e o texto constitucional, atentando-se para a jurisprudência e em face dos destinatários do texto. O segundo relaciona-se com a proporcionalidade do bem e da justiça conferidos pela decisão (BEATTY, 2014, p. 46).

É certo que na posição de Dworkin os conceitos morais ganham relevância no ordenamento jurídico, orientando e modulando as decisões emanadas do Judiciário, considerando que embora os valores possam ser “variados e complexos”, formam um “todo integrado”. Como afirmam o autor: “desse modo, podem ao mesmo tempo exigir e guiar a integridade nos estágios doutrinário e de decisão judicial” (DWORKIN, 2010, p. 38-39).

A estrutura conferida ao Direito, na visão dworkiniana, se assenta sobre a ideia de continuidade das interpretações e decisões jurídicas, através de sua alusão ao “romance em cadeia”. Neste ideal, cada juiz que se debruça sobre uma problemática está a escrever um novo capítulo deste romance e deve buscar coerência com o que já foi escrito. Caso deixe suas posições pessoais sobressaírem ao todo integrado acaba por agir com má-fé. Afirmam o doutrinador: “mas quem quer que aceite o direito como integridade deve admitir que a verdadeira história política de sua comunidade irá às vezes restringir suas convicções políticas em seu juízo interpretativo geral” (DWORKIN, 1999, p. 275-279 e 305-306) e, se assim não o fizer, ou seja, impor suas opiniões pessoais, estará configurada a má-fé.

Nas palavras do autor:

o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 1999, p. 291).

Toda esta formulação tem como base a busca da resposta correta para a interpretação do Direito nas lides que são apresentadas, especialmente nos “hard cases”.

Como Dworkin deixa muito claro, ao postar-se contra o ceticismo moral do positivismo jurídico, a controvérsia se relaciona justamente com o quesito moral, considerando que “entendida como uma questão moral, a tese da inexistência de respostas certas é muito pouco convincente, tanto do ponto de vista moral quanto jurídico” (DWORKIN, 1999, p. XIII).

É facilmente observável a influência da teoria dworkiniana em parte da doutrina nacional, ainda que com mudanças essenciais nesta importação. No entendimento de Barroso sobre o movimento alcunhado de “pós-positivismo”, o constitucionalismo hodierno incentiva uma reaproximação entre Direito e moral. Na internalização destes conceitos morais ou “valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar” tem-se a criação de princípios, que se abrigam na Constituição (BARROSO, 2009, p. 328-329).

Assim, como é verificável, para a vertente forte do axiologismo jurídico a inserção de conceitos morais no Direito não é somente uma possibilidade, mas sim uma exigência, de modo que cumpre o primeiro requisito analisado neste trabalho.

De outro lado, tem-se o axiologismo em sua versão fraca, restringindo-se às lacunas legais e às chamadas “injustiças extremas”, eventualmente contidas no ordenamento jurídico positivado. Nesta oportunidade elenca-se as construções teóricas de Robert Alexy, para fins didáticos, quanto a possibilidade da adoção da moral como mecanismo judicial de correção do Direito.

Segundo os ensinamentos do autor, a possibilidade de utilização da moral como mecanismo corretivo do Direito evidencia-se na hipótese de haver uma norma estabelecida conforme o Direito posto e observante do comportamento social, ou seja, uma norma válida tanto do ponto de vista normativo quanto da eficácia, embora não se configure como Direito por infringir direitos fundamentais. Sobre esta hipótese, Alexy sustenta: “não contém nenhuma contradição. Mas deveria conter se uma conexão entre direito e moral fossem conceitualmente impossível” (ALEXY, 2009, p. 27). Na sistemática alexyana, há necessidade de conexão do Direito e da moral tanto no campo conceitual quanto no campo normativo.

Embora haja esta necessidade, para Alexy (2009, p. 95), a relação entre Direito e moral é qualificadora e não classificadora. Com isto quer-se dizer que estando o Direito em confronto com a moral, ainda permanece sendo Direito e, tão somente, na hipótese do

extremo injusto é que deixaria de sê-lo. Desta feita, o Direito sendo considerado injusto, embora não extremamente injusto, continua válido, porém entendido como defeituoso. Aqui tem-se demonstrada a conexão qualificadora. Na hipótese de ser sustentado como não-Direito, estar-se-ia ante uma conexão classificadora, não defendida pelo autor.

Resta aclarado que embora haja pretensão à correção moral, inclusive com necessidade de conexão entre Direito e moral, Alexy não assume que todo o Direito, entendendo-se tanto em relação às normas jurídicas quanto às decisões judiciais, devam ser classificadas em face da moral, mas sim qualificadas. Como já dito, se o Direito for injusto, ainda continuará sendo Direito mesmo que defeituoso, a não ser que ultrapasse o limiar do “extremo injusto” (ALEXY, 2009, p. 95).

A basilar diferença entre as correntes fraca e forte do moralismo jurídico está relacionada justamente com a necessária relação entre Direito e moral no nível da pretensão à correção e no cumprimento desta pretensão. Segundo Alexy, “quem se orienta pelo cumprimento diz demais e afirma que o direito – ou seja, incluída toda e qualquer decisão judicial – cumpre necessariamente a pretensão à correção moral, em suma, que o direito é sempre moralmente correto” (ALEXY, 2009, p. 95). Assim, para a corrente forte, tudo o que não for moralmente correto não pode ser considerado como Direito. Como assumido por Alexy, os debates sobre o argumento da injustiça demonstram que este posicionamento não pode ser defendido.

Continua o autor a relacionar a pretensão à correção com a moral correta e toda a complexidade que há neste afã, contudo, estes argumentos serão oportunamente tratados neste trabalho, bastando verificar que, guardada as diferenças entre os vieses forte e fraco do axiologismo jurídico, vê-se o quesito da possibilidade da conexão entre Direito e moral preenchido.

### 2.3 DISTINÇÃO ENTRE A CORREÇÃO MORAL PELO LEGISLATIVO E PELO JUDICIÁRIO

Mostra-se necessária a distinção entre a utilização da moral como mecanismo corretivo do Direito pelo Judiciário e pelo Legislativo. Oportuno pontuar que este trabalho se dedicará à investigação da (in)viabilidade da moral como mecanismo

corretivo do Direito na seara judicial.

Isto porque em âmbito legislativo a moral é fundamental para a criação e reforma do Direito, servindo claramente como mecanismo corretivo. Observado que o processo legislativo pretende ser essencialmente sensível à vontade popular, que se orienta pelo que se considera como medida correta para se viver em coletividade, restando evidenciada a importância da moral nesta sistemática. Pontue-se que não se adentrará, neste trabalho, nas problemáticas referentes à representação política e outras temáticas correlacionadas.

Este posicionamento é amplamente formulado por expoentes do positivismo jurídico. Hart explicita que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende da interação entre moral e Direito no campo legislativo. Como explica o autor, a vontade popular é guia da produção legal, que busca o que entende ser o correto para a sociedade. Este juízo valorativo é claramente um julgamento de valor, um posicionamento moral. Como sustentado por ele: “nenhum ‘positivista’ poderia negar esses fatos ou recusar-se a admitir que a estabilidade dos sistemas jurídicos depende em parte desses tipos de correspondência com a moral. Se é isso o que se postula como ligação necessária entre direito e moral, sua existência deve ser reconhecida” (HART, 2009, p. 263-264).

Na estrutura kelseniana não é diferente. Como já explanado neste estudo, a ciência do Direito se interessa pelo Direito em si. Assim, não há relevância nos fatores pré-constitutivos da norma fundamental (KELSEN, 2009, p. 1 e TELLES JUNIOR, 2014, p. 196). Entretanto, é equívoco afirmar que Kelsen (2009, p. 2) ignorava outras fontes de influências no Direito. O próprio autor declara que a divisão realizada entre ciência do Direito e política do Direito não é concretizada por desconhecimento das conexões entre estes influenciadores e o Direito, mas para evitar-se um sincretismo metodológico que tornaria turvo o objeto da ciência jurídica.

A atenção aos demais influenciadores da construção jurídica é demonstrada pelo quesito da eficácia da norma, ou seja, se ela é observada e gera efeitos no convívio social. Assim, como ensina Reale (1999, p. 473-474), o elemento axiológico se encontra subentendido ou absorvido pelo sistema lógico-normativo kelseniano.

Dito isto, a presente análise se limitará aos posicionamentos de correntes positivistas, posto que se essa jusfilosofia, que professa a tese da separação entre Direito e moral, assume esta relação na produção legislativa, também o fará, evidentemente, as correntes axiológicas.

Estas breves explanações têm a finalidade de delinear claramente o objeto deste estudo, que é a utilização da moral como corretivo do Direito na via Judicial. Assim, não se tratará diretamente desta sistemática na produção legal, bastando afirmar que é evidente a interação moral na criação do Direito pelo Poder Legislativo. Embora deva-se afirmar que nem toda norma produzida se relacione com a moral diretamente, como normas meramente regulatórias de procedimentos, tais como prazos. Não é esta questão que está em discussão entre as correntes jusfilosóficas em debate, tampouco neste estudo. A moral, em seus mais diversos sistemas, funciona como orientadora da produção do Direito através da vontade popular e dos variados mecanismos de funcionamento da democracia. Contudo, resta observar a (in)viabilidade de sua utilização quando o Judiciário se encontra em exercício e este é o mote dos pontos que serão destacados neste trabalho, bem como os efeitos daí advindos.

## 2.4 CONCLUSÃO PARCIAL

Após as análises realizadas, resta evidenciada a possibilidade da utilização da moral como mecanismo corretivo do Direito na via judicial. Para o positivismo jurídico contemporâneo, desde a versão mais estrita, vista em Kelsen, até as subcorrentes mais moderadas, como de Hart e Bobbio, é detectada a referida possibilidade.

Neste primeiro momento verificou-se um relevante ponto para o desenvolvimento do trabalho, que é o afastamento da crítica realizada em face do positivismo jurídico contemporâneo sobre o completo alijamento da moral. Não é verídico que este movimento jusfilosófico não se atenta em relação à moral. O que ocorre é a defesa da tese da separação, onde sustenta-se a ideia de que não há necessidade de vinculação entre Direito e moral, o que não significa sua impossibilidade.

Como notado na própria sistemática lógico-normativista de Kelsen, considerando que a ciência jurídica não se interessa por fatores exteriores ao Direito, observa-se as normativas a partir da norma fundamental. Os pontos de influência que construíram esta norma fundamental e a Constituição não são objeto da ciência do Direito, porque anteriores à sua gênese. Portanto, havendo inserção de comandos na Constituição, considerando a determinação de sua obediência pela norma fundamental, para que se

observe a moral como corretivo, estar-se-ia diante de uma normatividade que determina a moralização.

Até mesmo na própria prolação da decisão judicial se nota tal possibilidade. Na sistemática kelseniana o juiz também é criador do Direito, embora seja em um grau muito menor do que o legislador. A fim de limitar esta discricionariedade tem-se a moldura legal idealizada por Kelsen. Contudo, como o juiz também cria Direito e fatores anteriores ao Direito não são de interesse da ciência jurídica, observada a moldura legal, restaria possibilitada a utilização da moral.

A doutrina kelseniana deixa claro que a moral desempenha papel importante. No quesito da eficácia da norma, que se encontra ao lado da normatividade, lança os pilares para o reconhecimento da validade normativa. Aqui se tem a preocupação da consonância na norma com a vontade popular. Esta, por sua vez, busca o que se considera correto para o convívio social, de modo que são realizados juízos de valor. Aí está a moral.

Outros sistemas positivistas como o de Hart e Bobbio também reconhecem esta possibilidade. Porém, isto não se traduz em necessidade de fazê-lo.

De outro vértice, para o axiologismo jurídico, a interação entre moral e Direito não é somente possível, mas aconselhável, senão necessária. Na vertente fraca, considerando que a necessidade de se socorrer na moral opera-se comumente nos casos de lacunas legais e de injustos extremos que se encontram positivados ou na vertente forte, que defende a moral como guia e contenção da *applicatio* pelo Judiciário, nota-se que o quesito da possibilidade é indiscutivelmente preenchido. Assim, embora diferentes abordagens em face da moral como corretiva do Direito, para o axiologismo é essencial que haja esta interação, sustentando-se a tese da vinculação.

Desta feita, considerando que as duas correntes em análise assumem esta possibilidade, passa-se a discussão sobre a (in)viabilidade, através dos argumentos que serão apreciados.

### **3 A MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: (IN)VIABILIDADE**

Uma vez constatada a possibilidade de utilização da moral como mecanismo de correção do direito pela via judicial, tanto para o juspositivismo contemporâneo, quanto no axiologismo jurídico, incorre-se na necessidade de ser verificada a (in)viabilidade desta ação, no sentido de representação benéfica para o sistema político-jurídico da sociedade democrática. Nesta finalidade, parte-se dos argumentos mais relevantes sobre a problemática, elencados por Robert Alexy.

Assim, para a realização desta imprescindível análise, serão observadas as proposições jusfilosóficas da vertente forte do axiologismo jurídico, representada nesta oportunidade, mormente, por Ronald Dworkin. Como será aprofundado, o ponto comum desta subcorrente do axiologismo jurídico sustenta a existência de um objetivismo moral, tanto em face da pretensão à correção quanto do cumprimento desta pretensão. Portanto, defende-se a existência de uma moral universal ou, mais frequentemente, como é o caso de Dworkin, de um consenso moral coletivo, baseado no histórico político e social de determinada comunidade.

De outro vértice, o trabalho se debruçará sobre as proposições jusfilosóficas da corrente fraca do axiologismo jurídico, tomando como representante Robert Alexy, principalmente. Como será exposto, sua posição teórica admite o dissenso entre moral e direito no sistema jurídico positivado, embora defenda uma forma de objetivismo da moral, ainda que rudimentar, através da alusão à ideia do “extremo injusto” que se encontre, eventualmente, inserido no ordenamento jurídico, bem como a possibilidade de afastá-lo através da utilização da moral.

Oposto ao axiologismo postam-se as posições juspositivistas, que entendem a moral como mutável e diversificada. Cumpre ressaltar que serão tomadas as posições teóricas de autores inseridos no contexto contemporâneo do juspositivismo. Isto porque, em que pese a fase primitiva do movimento filosófico possuir papel importante na evolução das teorias do direito e política, já não exercem grande influência ou possuem aplicabilidade prática tão evidente na hodiernidade.

Importante pontuar que as análises sobre os argumentos que serão apresentados

se referem à correção do direito pela moral na via judicial. Como já destacado neste trabalho, visando evitar possíveis equívocos interpretativos, repisa-se que a importância da moral, para as proposições realizadas no âmbito do Legislativo, foge à finalidade deste esforço teórico, bastando sustentar que preceitos morais influenciam a vontade popular, visto no desejo de se criar atos normativos que promovam e persigam o que se considera correto e bom para a vivência em sociedade, de forma consensual.

Relevante destacar, ainda, que a análise realizada neste capítulo se refere à (in)viabilidade da correção judicial do Direito pela moral como mecanismo construído no modelo do axiologismo jurídico. Como já averiguado, há possibilidade de utilização da moral como forma de correção do Direito por outras correntes jusfilosóficas, como a do Direito natural, porém este não é o enfoque desta pesquisa. Frise-se, pontualmente, que o juspositivismo entende que há moral no Direito, porém de forma relativa, de modo que o valor representado também é relativo, dificultando o uso da moral como correção do conteúdo jurídico na via judicial. Porém há possibilidade de utilizar-se desta sistemática, ainda que não recomendada pelas bases positivistas.

Assim, a forma como se dá o exercício da correção do Direito pelo moralismo jurídico é o que está sob observação, especialmente pela possibilidade de afastar-se o Direito em nome da moral, seja na vertente fraca ou forte do movimento jusfilosófico. Feito este breve introito, passa-se à análise dos argumentos.

### 3.1 A MORAL ENTRE O RELATIVISMO E O OBJETIVISMO

O debate sobre a existência de uma moral universal, ou ao menos a existência de um grande consenso social sobre a moral, é a base de toda a argumentação sobre o tema, influenciando decisivamente nos demais pontos suscitados a favor ou contra a utilização da moral como mecanismo corretivo do Direito, na via judicial. É de vital importância a constatação da (in)existência de uma moral universal. Se isto ficar devidamente demonstrado, o embate pende exponencialmente em favor do axiologismo jurídico, ao passo que se ficar verificado a existência do relativismo moral, as proposições positivistas se encontrarão em vantagem.

Como já explanado no primeiro capítulo deste estudo, existem, elementarmente,

duas correntes inseridas no axiologismo jurídico, que são: a forte e a fraca. A corrente forte tem como um dos principais defensores Ronald Dworkin. Para sua teoria, a moral exerce papel fundamental na construção, interpretação e aplicação do Direito, servindo tanto como orientadora como limitadora destas funções. Como defende o autor, embora os valores morais possam apresentar variações e mostrarem-se complexos, acabam por formar um “todo integrado” que exige e guia “a integridade nos estágios doutrinários e de decisão judicial” (DWORKIN, 2010, p. 38-39).

Dworkin entende que há divergências morais pessoais, como supra referido. Contudo, para o doutrinador, existe uma moral correta, dominante, que se perfaz no campo político, supra individual, comunitária. Assim, embora sua tese se desenvolva no sentido de continuação do “romance em cadeia” por indivíduos distintos, estes devem observar a moral social, não sendo permitido que se imponham suas crenças pessoais neste exercício, sob pena de agir com má-fé (DWORKIN, 1999, p. 275-279 e 305-306).

A posição dworkiniana é clara. Ao postar-se em face do relativismo moral do positivismo jurídico, afirma que se deve buscar uma resposta moralmente correta para as lides apresentadas ao Judiciário. Esta sistemática se relaciona essencialmente com quesitos morais, de modo que “entendida como uma questão moral, a tese da inexistência de respostas certas é muito pouco convincente, tanto do ponto de vista moral quanto jurídico” (DWORKIN, 1999, p. XIII).

Sobre estes pontos se posicionam Alves e Scherch, aduzindo que o modelo dworkiniano “não só admite a inserção de pautas morais na forma de princípios, mas também tem neles o instrumento de excogitação pela melhor solução possível do caso concreto” (ALVES; SCHERCH, 2020, p. 143).

Em sentido próximo, para este sistema, o exercício do juiz é o de descoberta desta moral coletiva, não através de regras de conhecimento ou de posições individualizadas prolatadas pelo legislador ou por um tribunal. Assim, a moral, expressa pelos princípios jurídicos, representa a construção de uma comunidade política que se transforma em um processo histórico (NEVES, 2019, p. 54-55).

Desta forma delinea-se a moral como elemento essencial na teoria dworkiniana, que busca superar os voluntarismos do positivismo jurídico através de uma confluência com a filosofia kantiana, visando uma “reaproximação entre ética e Direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e o ressurgimento do debate sobre a teoria

da justiça fundado no imperativo categórico” (BINENBOJM, 2014, p. 75-76), que se caracteriza como imperativo categórico jurídico e não meramente ético.

Os esclarecimentos realizados por Dworkin indicam a existência da vertente forte e fraca da discricionariedade judicial. Quando o juiz se depara com um caso difícil, onde o Direito positivado existente não é bastante para a resolução da lide, se vê entre duas opções, quais sejam, criar uma nova regra (discricionariedade forte) ou otimizar e complementar as já existentes (discricionariedade fraca), através do modelo de princípios morais defendidos pela corrente dworkiniana. A opção feita pelo autor (Dworkin) é a da discricionariedade fraca (ALVES; SCHERCH, 2020, p. 143).

Neste contexto, Machado (2011, p. 38-39) aponta que a discricionariedade forte se eiva de elevado grau de incerteza, considerando que no contexto da lacuna legal o juiz está livre pra criar uma regra jurídica. De outro lado, na vertente fraca busca-se certo grau de objetividade, considerando que a interpretação se daria a partir de regras e princípios, compreendidos como valores objetivos da moral. Assim, o magistrado se vê na obrigação de sempre perseguir a resposta correta no “direito preestabelecido”, devendo atentar-se para não substituir o legislador.

Assim, em apertada síntese, a teoria dworkiniana sobre o conceito de direito inclui a moral, não através da defesa de uma moral universal, mas revestida de objetividade que é oriunda do processo histórico-político-social, de modo a limitar o intérprete-aplicador, quando presente lacunas legais, em não criar o Direito (discricionariedade forte), mas complementá-lo de acordo com princípios morais objetivos (discricionariedade fraca). Esta interação com a moral não se restringe às lacunas legais. Como se verá, esta moralização deve ocorrer em qualquer julgamento concernente ao Direito, não somente nos momentos quando a integração se mostra necessária.

Ainda sob a teoria moralista do Direito, encontra-se a construção teórica de Robert Alexy (2009, p. 95), alinhado à vertente fraca do axiologismo. Para ele, a moral possui um papel qualificador e não classificador do Direito. Assim, excetuada a hipótese de uma injustiça extrema, o Direito dissonante da moral somente torna-se defeituoso, embora não perca a sua condição jurídica e sua vigência.

Esta pretensão à correção, como é vista em Alexy, pode ser promovida, essencialmente, pelos atores sociais capazes de atuar nesta seara, “no e para o direito ao

eles o criar, interpretar, aplicar e impor”, ou seja, pelos legisladores e juízes. Esta pretensão à correção significa, portanto, que os atos institucionais destes dois atores sociais deverão estar em consonância com a correção procedimental e também quanto ao conteúdo. Alexy indica três elementos essenciais para a conceituação do Direito, quais sejam: “(1) a decretação de acordo com a ordem, (2) a eficácia social e (3) a correção quanto ao conteúdo”. Assim, o positivismo se satisfaz com os dois primeiros elementos, não atribuindo “nenhum peso” para a correção quanto ao conteúdo. De outro vértice, há conceitos de Direito que se direcionam somente para a correção quanto ao conteúdo. Este modelo “jurídico-natural” não desperta interesse em quem pretende estudar, interpretar e aplicar o Direito. Afastando-se desta visão, o conceito de Direito em Alexy pretende cumprir os três elementos. Em suas palavras: “a questão decisiva para a adequabilidade do conceito de direito não é, por conseguinte, se a correção quanto ao conteúdo em vez da decretação de acordo com a ordem e eficácia social deve definir o direito, mas antes esta, se ela deve fazer isso ao lado delas” (ALEXY, 2011, p. 19 e 20).

Como se vê, Alexy assume a posição de complementariedade da correção quanto ao conteúdo e dos outros dois requisitos para o conceito de direito, quais sejam, a decretação de acordo com a ordem e a eficácia social. A “decretação de acordo com a ordem” pode ser aproximado, para melhor compreensão do debate, considerando a linguagem diversa empregada por distintos autores, com a ideia de normatividade, no sentido kelseniano, por exemplo. Desta forma, resumidamente, o conceito de direito para o positivismo jurídico deve satisfazer os seguintes requisitos: a) Normatividade (decretação de acordo com a ordem) e b) Eficácia (social). Já para o jusmoralismo, especialmente na teoria tratada neste momento, que é a alexyana, complementa-se com o critério da correção quanto ao conteúdo. Frise-se que é uma relação de complementariedade e não substituição ou alternatividade com os demais requisitos (ALEXY, 2014).

Esta pretensão à correção, para o autor, é construída sobre três elementos: a) a afirmação da correção, no sentido de conglobar o procedimento com o conteúdo considerado correto; b) a garantia de fundamentabilidade, portanto, que sejam fundamentados os atos institucionais; c) a esperança de reconhecimento da correção, ou seja, “que cada um que se põe no ponto de vista do sistema jurídico respectivo e é racional, reconhece o ato jurídico como correto” (ALEXY, 2011, p. 21).

Reforça-se a posição da possibilidade da vigência de um Direito que não se

encontra consonante com a moral, não perdendo sua condição jurídica, ou seja, sua aplicabilidade, poder cogente e sancionatório. Na visão de Bittar e Almeida, o Direito que converge com a moral possui legitimidade, posto que se encontra na mesma direção que a vontade popular, ao passo que o Direito imoral se mostra somente ferramenta de dominação, de poder e autoridade. Indicam, ainda, que embora Direito e moral são coisas distintas, se aproximam quando considerados no mesmo esforço de organização social, de modo que o estudo da axiologia é essencial. (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 594-597).

Contudo, ainda que realizada esta diferenciação sobre a moral como critério qualificador e classificador, continua a desempenhar papel fundamental na correção do Direito. Nas palavras de Alexy “o não positivismo pressupõe uma ética não relativista minimamente rudimentar” (ALEXY, 2009, p. 65).

Avulta-se a precípua diferença entre as duas vertentes do axiologismo. Para a vertente forte, a moral serve tanto de pretensão à correção como orientação do cumprimento desta correção. Para o viés fraco, a moral embasa a pretensão da correção, somente. Alexy é claro ao declarar que “quem se orienta pelo cumprimento diz demais e afirma que o direito – ou seja, incluída toda e qualquer decisão judicial – cumpre necessariamente a pretensão à correção moral, em suma, que o direito é sempre moralmente correto” (ALEXY, 2009, p. 95).

Em outros termos, a visão forte do axiologismo jurídico, como visto em Dworkin, busca integralizar o direito, ao passo que a vertente fraca busca estabelecer uma pretensão de correção do direito, no sentido alexyano.

Posta a diferença de conceber a moral como elemento classificador ou qualificador do Direito, para o moralismo jurídico é necessário que se persiga certa objetividade da moral, considerando que é de difícil concepção uma teoria jusmoralista em que não se tenha uma moral correta e uma resposta adequada. Ainda que não haja necessidade de se defender uma moral universal, como expõem Atienza e Amado (2021, p. 197-199), mostra-se necessário ao jusmoralista ao menos a defesa de uma moral comunitária, cultural, própria de determinada sociedade. Se o partidário desta posição não assumisse esta objetividade e defendesse o relativismo moral, consoante a necessidade de interpretação-aplicação do Direito observando a moral, cada juiz interpretaria o Direito pela via moral relativa e se aplicaria verdadeira anarquia.

De mais a mais, admitindo a relatividade da moral se aproximaria do conceito

positivista do direito, posto que defender a correção do conteúdo do direito por uma moral relativa desqualificaria justamente um dos principais objetivos do moralismo jurídico, que é a limitação da discricionariedade do Judiciário.

O axiologismo jurídico, inclusive as importações realizadas para a doutrina pátria, na busca da reaproximação entre Direito e moral, afirmam, como se vê em Barroso (2009, p. 328), que o constitucionalismo hodierno se converte para os valores. Barcellos aduz que a teoria jurídica moderna, similarmente, se volta aos valores, reaproximando-se da moral, visando “desenvolver formas e técnicas capazes de lidar com esses elementos ideais, muitas vezes introduzidos no direito positivo sob a forma de princípios” (BARCELLOS, 2005, p. 8-9).

Cumprido pontuar que para Barroso a discricionariedade judicial do pós-positivismo se difere do positivismo jurídico, como pode ser visto em Kelsen, no sentido de que para esta última corrente o juiz poderia decidir, dentro da moldura legal, livremente, sendo ato político, ao passo que para o pós-positivismo esta visão de discricionariedade é diversa, posto que está sob a dimensão da “correção moral”. Em suas palavras: “essa ideia de justiça, em sentido amplo, é delimitada por coordenadas específicas, que incluem a justiça do caso concreto, a segurança jurídica e a dignidade humana. Vale dizer: juízes não fazem escolhas livres, pois são pautados por esses valores, todos eles com lastro constitucional” (BARROSO, 2015, p. 32-33).

Entretanto, deve-se considerar que a tentativa de trazer legitimidade para as decisões judiciais pelo modelo pós-positivista, ancorado na inserção de preceitos morais no ordenamento jurídico, não logra êxito na contenção da discricionariedade. Necessário seria que fosse explanado o que vem a ser “justiça do caso concreto” e “dignidade humana”, por exemplo. São preceitos morais amplíssimos que permitem as mais variadas interpretações.

Em verdade, como diversos outros autores, o próprio Barroso sustenta que na contemporaneidade a hermenêutica jurídica aponta a necessidade de um Judiciário mais proativo, incluindo a “atribuição de sentido a princípios abstratos e conceitos jurídicos indeterminados, bem como a realização de ponderações”, de modo que, para além da mera técnica jurídica, “o intérprete judicial integra o ordenamento jurídico com suas próprias valorações, sempre acompanhadas do dever de justificação”. A conclusão do autor sobre a discricionariedade judicial é que o juiz não é mera “boca da lei” – embora

deva-se acrescentar à afirmação de Barroso que o juiz já não se reduzia à essa função no positivismo kelseniano e hartiano – mas que existe uma dimensão subjetiva, ponderando que “não a subjetividade da vontade política própria — que fique bem claro —, mas a que inequivocamente decorre da compreensão dos institutos jurídicos, da captação do sentimento social e do espírito de sua época” (BARROSO, 2015, p. 33).

Pontue-se que embora deseja apresentar certa objetividade, ainda que na faceta subjetiva do exercício da função judicial, as ideias abstratas e os termos vagos não contribuem para esse afã. “Captação do sentimento social e do espírito de sua época” certamente são critérios subjetivos. O que faz crer que a captação deste sentimento social e o *Zeitgeist* capitado pelo julgador de fato corresponda à realidade?

Nota-se nos contornos do jusmoralismo que a limitação ao aplicador do direito deixa de ser exclusivamente de ordem jurídico-normativa, recorrendo-se à fatores axiológicos. Isto se deve, dentre outros motivos, a crescente inserção de princípios no texto constitucional, incorrendo em normas cada vez mais amplas, com baixa densidade de conteúdo, de modo a ensejar a busca por valores na complementação da abertura destas normativas (RAMOS, 2015, p. 90-91).

Este movimento moralista pretende superar os voluntarismos possibilitados pelo positivismo jurídico, uma vez que esta corrente colaciona os juízes como criadores do Direito, ainda que em menor medida se comparados com os legisladores.

Isto porque através da teoria kelseniana percebe-se que a Constituição, embora estabeleça a forma da criação do Direito e, eventualmente, o conteúdo que as leis e decisões judiciais possam comportar, em uma relação de vinculação, não é possível sustentar que a norma superior possa limitar ou vincular todas as possíveis interpretações e aplicações nos casos concretos apresentados ao Judiciário. Tem-se uma “relativa e inevitável indeterminação” (BINENBOJM, 2014, p. 65-66), seja por intencionalidade do legislador, seja por diversidade de significados das expressões jurídicas e das próprias palavras. Neste contexto é que se tem a gênese da moldura legal kelseniana, permitindo que o juiz se mova nestes contornos. Assim, tanto o legislador quando o juiz cria o Direito, embora em medidas distintas.

Na lição de Streck, a teoria defendida por Hart também entende pela existência da discricionariedade judicial, considerando que a norma apresentará “vaguezas e ambiguidades nas quais, não havendo definição da sua significação, entra em uma

‘textura aberta’, na qual os juízes podem criar Direito segundo padrões externos ao próprio Direito” (STRECK, 2020, p. 267).

No afã de superar este voluntarismo possibilitado pelo positivismo normativista, como já salientado, encontra-se a intenção da construção de Dworkin, buscando entender o Direito como um “sistema de regras e princípios”, sustentado pela integridade e não somente como um sistema de normas. Assim, com a aproximação da teoria kantiana, o axiologismo dworkiniano busca adotar a ideia de dignidade da pessoa humana, no sentido de que cada indivíduo é um fim em si mesmo, como valor maior do sistema, que “não podem ser relativizados em prol de qualquer projeto coletivo de bem comum” (BINENBOJM, 2014, p. 75-76).

É justamente na moral, ainda que discordante no micro comportamento social, que Dworkin (2010, p. 38-39 e 1999, p. 275-279 e 305-306) busca o “todo integrado”, exigindo e limitando a integridade na formulação e aplicação do Direito. Através do “romance em cadeia” as decisões judiciais são construídas observando o comportamento social macro, devendo deixar suas opções pessoais afastadas de suas atividades em prol da construção histórico-política da comunidade.

Portanto, na aplicação do Direito deve-se considerar a equidade como essência da atividade. É necessário, para o axiologismo jurídico, a busca da aplicação do Direito com vistas à justiça e atendendo à constitucionalização do Direito (ZAGREBELSKY, 2011, p. 148).

Avulta-se a importância da moral para a estrutura do axiologismo jurídico. Entretanto, como Dworkin (2010, p. 38-39) aponta, há uma relevante corrente filosófica que se contrapõe à esta ideia de integridade moral, sob o pressuposto de que há valores fundamentais que se opõem essencialmente, ensejando a necessidade de uma escolha discricionária que não poderá ser guiada por nenhum outro valor “mais fundamental”, dado que já está a se tratar de valores extremamente fundamentais.

Ao analisar as proposições de Isaiah Berlin, inserido nesta tradição pluralista que se opõe ao seu pensamento, Dworkin aponta a diferença dos argumentos suscitados. Não se limita a afirmar que cada sociedade se organiza sob valores diversos, portanto, pluralista do ponto de vista moral. Em verdade, o argumento de Berlin é de que embora possa haver valores morais objetivos, estes encontram-se em conflitos e que não podem ser satisfeitos todos no mesmo nível e ao mesmo tempo. Como destaca Dworkin, “a

concepção de Berlin é mais complexa e interessante. Ele acreditava que os valores são, de fato, objetivos, mas também que existem conflitos insolúveis entre os valores verdadeiros” (DWORKIN, 2010, p. 151-155). Isto incorre dizer que no conflito entre liberdade e igualdade, por exemplo, a comunidade política não decidirá se está agindo com injustiça ou não em face de determinado valor, mas à qual valor tratará injustamente, visto que a incompatibilidade integral entre eles exige uma escolha. Dito de outro modo, quando há escolha da comunidade política em privilegiar a liberdade, por exemplo, não se discute se está agindo injustamente em face da igualdade, porque evidentemente estará, posto que deve haver escolha entre os dois valores. No conflito entre princípios não há escolha entre agir com justiça ou de modo injusto, mas em face de qual valor a comunidade estará agindo injustamente, pela discricionariedade da escolha.

Postando-se em face das proposições de Berlin, Dworkin afirma que restringir valores essenciais, por vezes, não se mostra errado, como nos casos do Direito penal e da liberdade. Nesta hipótese, entende ser justificada, inclusive moralmente, a limitação da liberdade. Entretanto, ressalva: “isso não significa a derrota do pluralismo de valores. Mas sugere, acredito, que a argumentação necessária para defender o pluralismo deve ser muito extensa e complexa” (DWORKIN, 2010, p. 164-165).

Sobre o tema, Perelman dispõe sobre a dificuldade de classificar uma regra como justa, sendo mais razoável buscar evitar a arbitrariedade, justificando-se através de um sistema normativo. Isto no intuito de evitar arbitrariedades, exceto a que é impossível de ser evadida, como a escolha dos princípios fundamentais do sistema normativo. Nas palavras do autor: “esta última arbitrariedade, é logicamente impossível de evita-la. A única pretensão que se pode, com todo o direito, alegar consistiria na eliminação de toda a arbitrariedade que não seja a implicada pela afirmação dos valores que se encontram na base do sistema” (PERELMAN, 1996, p. 67).

Após estas considerações, seja pela proposição de que sociedades diversas se organizam por valores diferentes, seja pelo argumento de que mesmo na existência de valores objetivos estes são conflitantes e se faz necessário uma escolha arbitrária, verifica-se certa dificuldade em sustentar o monismo moral, ou seja, a resposta “moralmente correta” e a integridade deste sistema.

É perceptível esta dificuldade ao se tratar da dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o Direito, por exemplo, lançando mão de argumentos morais ou

valores essencialmente antagônicos, como comumente se faz. Conforme ensina Ferreira Filho, embora esta dignidade seja fundamento dos direitos humanos, seu conceito é demasiadamente abstrato, sendo concebido de formas distintas por “filosofias, religiões e culturas” diversas, possibilitando-se sua utilização como “chave-falsa” para que o intérprete faça prevalecer sua concepção do que é correto “contra legem ou praeter legem” (FERREIRA FILHO, 2011, p. 375).

Esta variedade de concepções do que viria a ser dignidade da pessoa humana remete precisamente à questão moral, que acaba por enfraquecer a tese axiológica da existência de uma resposta moralmente correta, considerando que este ideal de correção se vê em antagonismo às posições diversificadas de culturas, filosofias, ideologias e/ou religiões distintas, ou seja, do pluralismo moral.

Neste mesmo sentido é que se posta o conceito de igualdade, uma vez que dependente de “determinado contexto histórico, de acordo com nuances absolutamente particulares. Contar uma história da igualdade é construir uma arqueologia dos direitos contramajoritários” (ALVES, 2009, p. 29).

Em debate similar vê-se a questão da universalização dos direitos humanos. As críticas realizadas em face da escola universalista orbitam justamente esta dificuldade de consenso moral ou existência de uma moral universal. Como Alves e Courinho afirmam, a escola relativista dos direitos humanos entende que “tal núcleo irreduzível de direitos humanos fundamentais foi estabelecido por uma cultura ocidental, que não partilhou do mesmo processo histórico e sociocultural vivido por países do oriente”. Sustentam, ainda, que esta visão de direitos humanos, comumente defendida pela corrente universalista, se baseia em uma construção ocidental e tenta impor esta visão de mundo aos demais. Isto é perceptível inclusive na própria formação destes direitos, considerando que “se deu em um foro de apenas 56 países, incluindo 8 abstenções, o que resulta em cerca de apenas um quarto dos países do mundo”, número que não se “mostra tão expressivo” (ALVES; COURINHO, 2019, p. 81), uma vez pautado o objetivo universalizante.

É justamente por esta dificuldade que Kelsen (2009, p. 72-74) afirma que o filtro do que é justo não deve ser aplicado ao Direito. Isto pelo fato de o entendimento sobre justiça depender preponderantemente de quais valores embasam o sistema moral, dentre os vários conviventes em uma mesma sociedade, elencado para realizar este julgamento.

Isto porque a ideia de um Justo absoluto pauta-se, invariavelmente, segundo a

visão kelseniana, em uma ordem metafísica, transcendente, do Direito. Considerando a possibilidade de normas jurídicas antagônicas serem válidas, não ao mesmo tempo, mas no sentido de tanto uma quanto a outra poder alçar-se a validade no ordenamento jurídico, fortalece-se a ideia de um Justo relativo. A remessa do Direito ao Justo absoluto, metafísico, foge às possibilidades científicas, posto não ser possível, pelo caminho da ciência, adentrar este plano superior, restando manter-se na dependência do acesso pela intuição humana, embora as discordâncias do que venha a ser o Justo absoluto permaneçam em contraste (KELSEN, 1998).

Acompanhando o retro mencionado, tem-se as afirmações de Perelman, considerando que a tentativa de fornecer uma definição precisa sobre Justiça somente incorreria em proporcionar-lhe um conteúdo de modo arbitrário, desprezando outros conceitos, variáveis e diversos, que o cotidiano reforça sobre a ideia de Justiça. Assim, mais descomplicada é a tarefa de analisar a justiça sob um aspecto formal, entendida como tratamento igual aos membros de uma “mesma categoria essencial” (PERELMAN, 1996, p. 66-67).

Neste sentido também se posta Habermas, defendendo que a tentativa de utilização de um “*ethos* dominante”, ainda que aperfeiçoado por interpretações, não oferece uma base sólida para a validação de decisões judiciais, especialmente em meio a sociedade atual, “pluralista, na qual diferentes situações de interesses e de forças religiosas concorrem entre si. O que para um vale como *topos* comprovado historicamente é, para o outro, pura ideologia ou preconceito” (HABERMAS, 1997a, p. 248).

Analisando-se os elementos suscitados, robustece-se o relativismo moral, defendido, entre outros autores, por Kelsen. Sobre este posicionamento, Streck classifica Kelsen como “um pessimista moral, uma espécie de cético que apostava em uma moral relativista”. Continua mencionando que na visão kelseniana não há como sustentar a existência de uma moral absoluta, “válida e vigente em todos os lugares e em todos os tempos” (STRECK, 2011, p. 8), que sirva como padrão de definição das normas jurídicas, daí o problema da vinculação do Direito à moral.

De fato, Kelsen é explícito: “o que é mais importante, porém – o que tem de ser sempre acentuado e nunca o será suficientemente – é a ideia de que não há uma única Moral, ‘a’ Moral, mas vários sistemas de Moral profundamente diferentes entre os outros e muitas vezes antagônicos” (KELSEN, 2009, p. 77).

Na mesma toada é que se posta Dimoulis, referindo-se aos posicionamentos que buscam substrato em conceitos vagos como “justiça material”, considerando a necessidade de apontar à qual justiça se refere, dado que estas expressões possuem conotações diversas para “cada pessoa, grupo social e cultura” (DIMOULIS, 2011, p. 233-234). Para além da indicação de qual ideal de justiça se aplica no caso, deve-se justificar por qual motivo foi invocado este determinado conceito de justiça e porquê este conceito deve prevalecer e não outro, tendo em mente a pluralidade constitucional vigente no sistema pátrio.

Esta perseguição da resposta “correta” depende, obrigatoriamente, da inserção de conceitos morais, como já se notou neste momento, que tem como finalidade orientar o aplicador do Direito sobre qual resposta é a adequada dentre as várias possíveis. Adequada no sentido de ser mais “satisfatório-superior” moralmente. Esta proposição da existência da única resposta correta sob a perspectiva moral é rechaçada pelos positivistas. Na esteira de Dimoulis, “tal posicionamento é considerado pelos positivistas como uma crença mística nas virtudes e capacidades hercúleas do aplicador, assim como na suposta possibilidade de a ‘natureza’ do caso concreto mostrar ao aplicador o caminho para a mais satisfatória solução” (DIMOULIS, 2011, p. 234). Hart é incisivo. Sustenta que “é loucura acreditar que, onde o significado da lei é duvidoso, a moral tenha sempre uma resposta clara a oferecer” (HART, 2009, p. 264).

Interessante notar que esta diferença de posicionamentos representa uma das maiores posturas incompatíveis entre o positivismo jurídico e o moralismo jurídico. Enquanto o jusmoralismo busca uma “resposta correta”, em maior ou menor grau de interação e objetividade, o positivismo jurídico entende que o Direito é incompleto e, em certos casos, não possui resposta correta, cabendo ao Judiciário, através da discricionariedade, laborar como um legislador com poderes limitados. Neste sentido, Hart afirma que em “casos difíceis”, com legítimas discordâncias jurídicas, o Direito é “fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta”. Referenciando a construção dworkiniana, pontua que “Dworkin rejeita a ideia de que a lei possa ser assim incompleta, deixando lacunas a serem preenchidas pelo exercício da discricionariedade criativa” (HART, 2009, p. 323-326).

Outro argumento em face da diferenciação e independência entre Direito e moral, aliado à ideia de relativismo, é visto em Radbruch. A questão moral é essencialmente uma questão de liberdade. Com isto quer-se dizer que a moral guia o

indivíduo por seus próprios valores, que livremente decide seguir. Na hipótese de uma imposição não se pode falar que se age por observância moral, mas sim pela existência da referida obrigação. Para exemplificar, pode-se tomar como ilustração o indivíduo que não pratica um furto porque sua consciência moral não permite. Assim, mesmo que ninguém esteja observando, não o comete, justamente por um ato de liberdade, que é o de seguir o que considera correto. De outro lado, se o indivíduo não pratica o crime pela existência de câmeras de vigilância, ou da própria lei e sanção, não se pode falar que agiu de acordo com a moral, porque o ato não foi livre. Agiu de acordo com o Direito. Assim, “o direito só pode possibilitar a moral, não forçá-la, pois o ato moral, por necessidade conceptual, só pode ser um ato da liberdade; mas uma vez que só pode possibilitar a moral, precisa também inevitavelmente possibilitar o imoral” (RADBRUCH, 2010, p. 68-69).

Analisando a questão posta, de fato a concepção objetivista da moral mostra-se frágil. Tanto o partidário da existência de uma moral universal, cujos valores permaneçam no tempo, incólume às mudanças sociais, quanto a posição da moral comunitária, que se limita a defender a existência de uma moral de determinada sociedade, não superam os testes teóricos e empíricos.

Como aponta Kelsen, o problema da Justiça repousa, primordialmente, na análise da sua divisão em justiça metafísica e justiça racional. A metafísica pressupõe-se absoluta, aceitando-se como tal, uma vez que impossível seu completo acesso pela racionalidade humana. A vertente racional, por outro lado, defende que, por ser a Justiça estatuída por mãos humanas, podem ser entendidas pela razão. Do ponto de vista da justiça racional, portanto, não metafísica, verifica-se que “há muitos ideais de justiça diferentes uns dos outros e contraditórios entre si, nenhum dos quais exclui a possibilidade de um outro, então apenas nos será lícito conferir uma validade relativa aos valores de justiça” (KELSEN, 1998, p. 17-18).

Interessante notar uma diferença importante entre o positivismo, adepto do relativismo moral e do jusmoralismo, filiado ao pensamento do objetivismo moral, em suas variadas versões. Como ensina Dimoulis, as correntes axiológicas não defendem a separação entre “os conteúdos normativos e os valores e interesses sociais extra-jurídicos. Isso leva à postura do *subjetivismo desejado*, que não diferencia entre opiniões pessoais, demandas sociais, imperativos morais e conteúdos do ordenamento jurídico vigente” (DIMOULIS, 2011, p. 242 e 1999, p. 17 e 26).

Tanto em argumentos mais abstratos, como a convivência entre conceitos morais conflitantes como liberdade e igualdade ou segurança, quanto em temas mais específicos e polêmicos como abortamento, liberação de armas e legalização de drogas explicitam as divergências morais inseridas em uma única sociedade. Nesta conjuntura verifica-se à ampla dificuldade em estabelecer o que é ou não é moralmente correto, especialmente na via judicial.

Neste quadro tem-se o que Alves afirma:

Do ponto de vista filosófico, considera as diferenças específicas e se afasta das ficções metafísicas e das pretensões de verdade absoluta típicas da modernidade (com exceção da igualdade como valor preponderante) para possibilitar o surgimento de espaços reais de diálogo (material) com as novas subjetividades, para que elas possam reivindicar e ver efetivados direitos que lhe são peculiares, ou para ver reconhecidos novos usos de direitos atribuídos às maiorias sem que tenham para o exercício dos mesmos, que se descaracterizarem, ou abandonarem sua identidade (ALVES, 2009, p. 113).

Este relativismo moral é evidenciado pela utilização de conceito abstratos, que já se assentaram como verdadeiros jargões jurídicos, como dignidade da pessoa humana, justiça material, justiça social, entre tantos outros. Estes conceitos acabam por servir de base para os dois lados do mesmo argumento, ressaltando sua ineficácia e a diversidade de conceitos morais. Como comumente se vê, na questão do abortamento, a título de exemplo, invoca-se o argumento da dignidade da pessoa humana tanto para favorecer o procedimento, em nome da saúde pública e da mulher, como também se chama à discussão para buscar a manutenção do desenvolvimento e vida do feto. Resta constatado o relativismo moral acerca de um conceito tido como fundamental para o Direito, bem como a ineficácia do seu uso no debate.

Dito isto, analisando-se as proposições do axiologismo e do positivismo jurídico, evidencia-se a dificuldade de defender-se uma integridade moral na interpretação e aplicação do Direito. A sociedade é plural, especialmente a sociedade brasileira, com uma diversidade cultural raramente vista em outras comunidades. Afirmar que há uma moral universal é proposição que não se sustenta, tanto no viés teórico quanto no empírico. De igual modo, asseverar que há consenso moral sobre questões extralegais mostra-se dubitável e perigoso.

Essa problemática foi identificada pelo positivismo. Como alude Streck, o

desenvolvimento do juspositivismo não se interessou sobre as questões da legitimidade das decisões tomadas pelo Estado. Concentraram esforços da validade na teoria do Direito, através do modelo lógico-semântico dos “enunciados jurídicos”. A validade, tangente às questões morais, foi deixada para uma teoria política, que “poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presente num contexto democrático, o que levava, inexoravelmente, a um relativismo filosófico” (STRECK, 2011, p. 7).

Como já anunciado neste trabalho, tem-se que o Direito é construção cultural e busca o que é considerado correto pela sociedade. Evidenciam-se os contornos morais em sua finalidade, ainda que se tratem de conceitos distintos. São diversos justamente pelo fato de o Direito representar uma seleção das condutas mais importantes dentro do campo moral e elevá-las à condição jurídica, de obrigatoriedade e aplicação geral. Se Direito e moral fossem a mesma coisa não se justificaria todo o esforço para a construção do ordenamento jurídico, bastando estribar-se na moral. Neste contexto, a lei é a melhor representação do consenso moral na sociedade, embora não seja perfeita, como já destacado por importantes autores positivistas e axiologistas.

Assim, na via legislativa não se discute o papel de importância e influência da moral. Estranho seria se a injustiça fosse o ideal a ser perseguido. Contudo, para além da lei, produto deste processo legislativo e democrático que representa um certo consenso, admitir que há consenso moral extralegal e que é acessível ao Judiciário identifica-lo é argumento frágil e incentivador de mazelas. É insustentável porque não há procedimento legítimo bastante para se constatar este consenso, restando acreditar que o dito pelo Judiciário é, de fato, a convergência moral para questões não abarcadas pela lei ou que determinado significado legal deve ser adotado em nome da moral, repisando que não é a função deste Poder exercer esta finalidade, inclusive não ostentando legitimidade democrática para fazê-lo. É perigoso porque possibilita que juízes apliquem suas posições morais pessoais aos casos apresentados ao Judiciário, buscando revestimento de consensos morais. Esta elevação do juiz à posição de balança do consenso moral pode infringir gravemente o sistema democrático.

Como Fonteles critica, não se pode divinizar o Judiciário, acreditando-se na possibilidade de juízes captarem os valores da amplitude social. Como afirma o autor, é possível constatar a exacerbação de membros deste Poder, inclusive sustentando a existência de “uma função iluminista, no sentido de promover saltos históricos na

humanidade, comportando-se como líderes messiânicos que resgatariam esta sociedade medieval do obscurantismo descrito na caverna de Platão” (FONTELES, 2020, p. 48).

Portanto, impossibilitada a existência de uma moral universal, ou se ainda existisse, de seu atingimento em sentido objetivo por conceitos filosóficos como o Dasein, que será abordado oportunamente, bem como a impossibilidade de verificar-se o consenso moral em face de questões não abarcadas pela lei, produto do processo legislativo, a tese da integridade moral e da resposta adequada à Moral correta se enfraquece, fragilizando o argumento axiologista.

Ainda há debates sobre a questão do extremo injusto como forma de um consenso moral amplo, mesmo que rudimentar, resgatando as proposições de Alexy, mais moderado na questão da moralização do Direito. Como assume o autor, embora possa haver referências, inclusive realizadas por Radbruch, sobre uma experiência histórica, um certo consenso moral em face de determinados temas, ainda não se constituiu uma “refutação ao relativismo, ainda que, para a prática jurídica nacional, supranacional e internacional, a referência a essas ocorrências se aproxime dessa refutação” (ALEXY, 2009, p. 64-67). Como elabora o doutrinador, um cético poderia suscitar que este consenso é erro coletivo. A fim de refutar este argumento, Alexy aponta que casos extremos como a aniquilação de minorias por motivos racistas é uma injustiça extrema e pode ser retirada de uma fundamentação racional. Se este extremo da injustiça for tomado como um objetivismo moral o argumento relativista se enfraquece. Se, de outro lado, não for possível tomar-se este objetivismo, a ideia de um consenso amplo, embora não refute em sentido estrito o relativismo, na prática jurídica aproxima-se disto.

Esta discussão orienta o debate na direção da ideia de que a moral que visa guiar o Direito sempre será boa, protetora de direitos fundamentais e proporcionadora de benesses aos cidadãos, tangenciando a ideia do extremo injusto, tema que será tratado no tópico a seguir.

### **3.1.1. O Extremo Injusto, a Moral Correta e os Regimes Autoritários**

Observada a dificuldade e improbabilidade da existência de uma moral universal, assim como a constatação da imprecisão de um consenso moral que não seja

realizado pelo processo legislativo, enfraquece-se a tese da objetividade moral como forma de integridade do sistema jurídico. Não se sustenta a ideia de uma resposta moralmente correta. Assim, o viés forte do axiologismo não se torna robustecido o bastante para demonstrar que a moral pode servir tanto de pretensão à correção do Direito quanto propriamente pelo cumprimento desta função.

Contudo, considerando o viés fraco, como o de Alexy (2009, p. 64-67), mais moderado quanto à moral como panaceia do Direito, ainda se argumenta a possibilidade de a moral servir como pretensão de correção. Neste caso o Direito permaneceria vigente, ainda que caracterizado como defeituoso. A única hipótese de ser extirpado do ordenamento jurídico é no caso de um injusto extremo, representando a objetividade moral rudimentar mencionada por Alexy.

Isto em nome da segurança jurídica. Como esclarece Alexy, ancorado na doutrina de Radbruch, no conflito entre a justiça, portanto, a correção moral do Direito e a segurança jurídica, deve prevalecer esta última, porém “isso não vale ilimitadamente”. Encontra limite, tanto para Radbruch quanto para Alexy, no “extremo injusto” de modo que “a primazia do decretado e do eficaz sobre o correto bate em um limite”, ou seja, os dois primeiros pilares para o conceito de Direito, essenciais para o juspositivismo, somente se submetem ao terceiro, que é a correção, quando em situação de conflito legal com a justiça incorrer em uma “medida insuportável”, culminando na afirmação de que a “antijuridicidade extrema não é direito” (ALEXY, 2011, p. 31-32).

Por este sistema pensa-se que a moral será uma pretensão boa à correção do Direito. Entretanto não há necessária vinculação neste sentido. Nada impede que a moral orientadora e corretora do Direito seja má, no sentido de não respeitar direitos fundamentais.

Neste cenário, Alexy posiciona-se sobre a possibilidade de um juiz recorrer à uma “moral nazista”, do seguinte modo: “diante de leis justas e democraticamente bem-sucedidas, isso significa que tal juiz – ao menos em um Estado que se encontre dentro da tradição dos direitos humanos ou que para ela se tenha aberto – fracassaria perante a realidade de um amplo consenso sobre direitos fundamentais” (ALEXY, 2009, p. 67).

A afirmação realizada não logra êxito em se sustentar. Inegável que a Alemanha sob a Constituição de Weimar prezava por direitos humanos, embora neste contexto se tenha desenvolvido o Estado nazista e as atrocidades por ele perpetradas.

Não é sem motivo que Alexy assevera: “a falta de clareza é criada muito mais pela dificuldade de traçar, em muitos casos, uma linha divisória entre normas que são extremamente injustas e normas que não o são” (ALEXY, 2009, p. 53).

Alexy percebe a fragilidade de seu argumento, reconhecendo que a possibilidade de um juiz recorrer a uma “moral nazista” somente é real “numa sociedade que se tenha tornado majoritariamente adepta de uma ‘moral nazista’”, buscando amenizar esta possibilidade afirmando que o uso do não-positivismo desta forma “não se mostra tão relevante” (ALEXY, 2009, p. 67).

Esta proposição não encontra respaldo prático. Como é facilmente observável e aludido acima, a Alemanha pré-nazista estava sob a égide da constituição de Weimar, garantidora de liberdades individuais, que restou suspensa pelos atos do governo nazista (AGAMBEN, 2004, p. 12-13 e 46).

Em verdade, é vital a importância da utilização de um sistema não-positivista de Direito para o fim de desconsiderar o direito positivado. Isto porque transmite-se a ideia de que a moral que corrigirá o Direito sempre será boa, razoável, benéfica com todos, protetora dos Direitos humanos, o que não é razoavelmente plausível. Assim, permite-se a flexibilização do direito posto, através da utilização da moral como mecanismo de correção, com muito mais facilidade do que a reforma da ordem positivada pelos mecanismos estabelecidos formalmente.

Isto ocorre por outra crítica realizada em face do positivismo jurídico, orientada no sentido de esta jusfilosofia ter legitimado regimes totalitários, como o nazismo. É comumente realizada esta crítica no intuito de alijar o positivismo do debate, como se fosse um braço deste ou de outros regimes totalitários. Neste sentido posta-se Barroso declarando que o declínio do positivismo jurídico se dá justamente pela “emblemática” associação “à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha”, uma vez que “esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei” (BARROSO, 2009, p. 326-327).

Entretanto, equivocada a associação entre positivismo jurídico e o regime nazista. A ideia de que barbáries foram cometidas em nome da lei pressupõe que a ferramenta se sobrepõe ao seu criador, como se o Direito fosse criado por alguém que não a sociedade que o estatui. Não é a sociedade que se adequa ao direito, mas o direito que

se volta à sociedade. É uma tentativa infundada de deslocar a responsabilidade pelos atos praticados para um fator alheio, como se não fossem os indivíduos os verdadeiros causadores dos males de regimes totalitários como o nazismo, mas alguma entidade metafísica como o “Direito”, o “Positivismo Jurídico” etc.

De início, tem-se a construção de Agamben sobre o estado de exceção, plenamente aplicável ao regime totalitário nazista. Partindo-se do pressuposto de que já se conhece a obra de Agamben, basta afirmar que o estado de exceção, em sua tese, não é um estado jurídico, mas sim, precisamente, uma suspensão do Direito, operando-se por atos com força-de-lei, embora não sejam propriamente a lei. Neste estado de exceção não há que se falar em ampliação dos poderes estatais, mas sim um retorno ao estado pré-constitucional, onde não havia clara distinção entre os Poderes. Como afirma, este estado de exceção se caracteriza por “um vazio de direito” (AGAMBEN, 2004, p. 15-17).

Não é sem motivo que Hitler, com sua ascensão ao poder, promulgou o “Decreto para a proteção do povo e do Estado”, suspendendo normativas da Constituição de Weimar, especialmente as que se relacionavam com as liberdades individuais. Assim, Agamben (2004, p. 12-13 e 46) se posiciona contrário à regulamentação do estado de exceção, justamente porque neste estado não há Direito, lei ou jurisdição, o que há é o poder de fato. Não havendo possibilidade de trazer juridicidade ao fato quando não existe Direito.

Em um estado de exceção não há que se falar em violência jurídica, ou seja, aquela em que a violência possui uma finalidade. Neste contexto tem-se uma violência pura, despropositada, não pretendendo criar ou manter o Direito (AGAMBEN, 2004, p. 83-93).

Portanto, se em um estado de exceção não há Direito, tampouco há lei, mas sim atos com força-de-lei. Se o que vige é um “vazio jurídico” e não um ordenamento jurídico, se é violência pura e não violência jurídica, a busca da ligação entre o legalismo positivista e regimes totalitários, como o nazismo, não prospera. Como declara Santos embora juízos valorativos não façam parte do positivismo jurídico, “relacioná-lo com o nefasto regime alemão há uma distância filosófica e fática irresponsavelmente negligenciada” (SANTOS, 2018, p. 81).

Isto porque o que, de fato, embasou o regime nazista foi justamente a moral. Esta justificação moral do nazismo era notável na mentalidade dos soldados nazistas, como

constata Arendt, considerando que estes indivíduos ostentavam a crença de estarem envolvidos na participação de “algo histórico, grandioso, único (‘uma grande tarefa que só ocorre uma vez em 2 mil anos’)” (ARENDR, 1999, p. 121).

Esta influência da moral na ascensão nazista é marcante justamente na reinterpretção do Direito positivado à época, constante na Constituição de Weimar. Notório que Hitler incentivava o juiz germânico, como observável nas “Cartas aos Juizes”, a não se “servir como um escravo das muletas da lei”, mas sim interpretar o Direito consoante seu espírito, sua finalidade, “isto é, segundo o critério do salutar senso comum” (MAUS, 2010, p. 66). Interpretar o direito conforme seu espírito e através do “salutar senso comum” traduz-se em amoldá-lo à moral que, nesta quadra histórica e neste contexto fático, era nazista.

Assim, através de cláusulas gerais, tomadas como mecanismos de flexibilização do Direito, tornou-se possível que o Judiciário, através de sua grande autonomia em face da valoração dos conteúdos jurídicos, pudesse vincular o Direito à moral nazista, em detrimento dos obstáculos jurídicos positivados ao sistema totalitário (MAUS, 2010, p. 68).

Possível notar que havia prevalência da moralização do Direito neste período. Como ensina Neves “a experiência histórica é contundente a esse respeito. Durante o nacional-socialismo, foram precisamente os juristas que proclamaram a importância de princípios orientados por valores e teleologias, especialmente nos termos da tradição hegeliana, que pontificaram nas cátedras”. Em continuidade, sustenta que os autores ditos “formalistas”, relacionados com o “positivismo jurídico democrático” (NEVES, 2019, p. 173), tal como Hans Kelsen, restaram expulsos de suas cátedras ou não foram aceitos em espaços acadêmicos.

Em relação a Hans Kelsen, expoente deste mencionado positivismo, não somente foi cassado da cátedra na Universidade de Colônia, em 1933, como também se viu obrigado a fugir da Alemanha por perseguição nazista, não somente por sua ascendência judaica, mas também por ser “um democrata e pacifista”, como aduz Bastos (2005, p. 53).

Como sustentam Thamay e Herani, resta claro na obra de Carl Schmitt que “a Alemanha de sua época se mostrava menos apegada ao normativismo, o que para ele indica naturalmente uma desistência do positivismo jurídico” (THAMAY; HERANI,

2016, p. 72-73). Neste mesmo sentido tem-se Macedo Júnior (2001, p. 171-172).

Esta utilização da moral para outorgar um estado de exceção enfraquece as próprias bases democráticas, corroendo os limites impostos pela lei ao poder estatal. Como aduz Agamben, dificilmente Hitler teria tomado o poder se este estado de exceção não fosse tão frequente ou se “o país não estivesse há quase três anos em regime de ditadura presidencial e se o Parlamento estivesse funcionando” (AGAMBEN, 2004, p. 29).

Neste contexto, Neves aponta que a ênfase no modelo de regras constitucionais e legais seria prejudicial aos objetivos do nazismo, de modo que o desenvolvimento de uma teoria de princípios que defendesse a busca da “realização do espírito geral” ou “aprofundamento do espírito do mundo em si” (NEEVES, 2019, p. 173) apresentava-se mais profícuo aos seus objetivos.

Até mesmo, fazendo um breve parêntese, no período ditatorial brasileiro houve uma ligação com a moralização do Direito, um relacionamento com um modelo axiológico, em detrimento de uma teoria formalista (NEVES, 2019, p. 173).

Portanto, vincular o regime totalitário ao positivismo jurídico evidencia-se como equívoco. Se considerado que o Direito é construção social, representando aquilo que determinada sociedade entende como correto, ilógico imaginar que não foi justamente a moral social que estruturou os referidos atos com força-de-lei. É imaginar o Direito como ser autômato, que se cria e se modifica solitariamente.

Isto nos remete à seguinte conclusão: se o Direito se manter silente, mas a moral incentivar determinado ato ou se o Direito prever determinada conduta ou proibi-la e a moral for contrária, o campo jurídico perderá sua eficácia social. Isto já é visível em Kelsen (2009, p. 235-236), quando afirma que a validade do Direito depende tanto da normatividade quanto da eficácia social.

Em outros termos, se o Direito proibir a conduta de perseguição de determinada parte da sociedade, mas a moral dominante permitir ou exigir sua perseguição, dificilmente o Direito terá força de se opor, como visível no regime nazista. De igual modo, se o Direito prever a referida perseguição, por definição ditatorial, porém se for contrário a moral dominante, esta não se realizará, inclusive representada a hipótese de desobediência civil. Na própria conjuntura da segunda guerra mundial são fartos os

relatos de cidadãos alemães que realizaram esforços para livrar os perseguidos.

A desobediência civil representa um marcante comportamento social de oposição ao Direito posto, de modo a fornecer uma resposta evidente sobre a insatisfação e discordância entre o positivado e a moral social. É ferramenta inconcussa para a detecção da carência de legitimidade e eficácia de determinada normativa positivada. Dworkin explana que a desobediência civil não representa um desejo de ruptura ou ilegitimidade do governo, se afastando do conceito de guerra civil. A desobediência civil representa, justamente, uma confirmação do “dever como cidadãos” (DWORKIN, 2000, p. 153-155).

Em verdade existem diversos tipos de desobediências civis, como aponta Dworkin. Tem-se a desobediência “baseada na integridade”, quando os indivíduos não obedecem aos comandos legais por entenderem ser contrários à suas crenças morais, à sua consciência em um nível fundamental. A exemplo disto verifica-se as pessoas que ajudavam os escravos a fugirem, ainda que contrário à lei ou ainda os cidadãos que auxiliaram, similarmente, a fuga de judeus no período nazista. De outro lado, posta-se a desobediência civil “baseada na justiça”, quando o mote do movimento é o enfrentamento de uma política considerada injusta de opressão da minoria pela maioria, como os negros que infringiam as normativas estabelecidas na situação de segregação racial ou os protestos contrários à guerra do Vietnã. Ainda há a desobediência “baseada na política”, onde o motivo do movimento não é a crença de que se trata de algo imoral ou injusto, mas porque “acham que é insensata, estúpida e perigosa para a maioria” (DWORKIN, 2000, p. 157-158), como no caso dos protestos envolvendo a instalação de mísseis norte-americanos em territórios europeus.

Assim, verificada está a possibilidade de desobediência civil baseada em princípios morais em face de normativas contidas no direito positivado, estatuído por um processo legislativo, buscando “superar a injustiça de normas contrárias a um princípio transcendente” (BINENBOJM, 2014, p. 83-84). Portanto, trata-se de uma clara mensagem expressa pela vontade popular quando há extrapolação dos limites e/ou poderes conferidos aos representantes, normalmente esculpido em uma constituição, tornando inconcusso que não houve cumprimento dos papéis institucionais previstos (TOSO; FACHIN, 2018, p. 63).

Através desta forma de manifestação é possível postar-se contra o que se

considera um extremo injusto. O que se busca explicar não é a impossibilidade de existência de consenso moral. Como já descrito anteriormente, é evidente que há consenso moral dentro de uma sociedade, sobre variadas questões, caso contrário não poderia se falar em processo legislativo legítimo e democrático. O que se verifica é a dificuldade de constatação deste consenso pela via judicial, uma vez que não dispõe dos mecanismos representativos do Legislativo. Desta feita, considerando que a desobediência civil é eminentemente extrajurídica, uma vez que se posiciona contrária ao direito positivado, pode-se tomar como uma expressão advinda diretamente do povo, um consenso moral pertencente muito mais à categoria “legislativa” do que “judicial”. Concretiza uma mensagem clara da necessidade de reforma do direito positivado, por contrariar este consenso moral ou ainda a eficácia da norma, um dos pilares de validade presentes na teoria kelseniana e em conceitos de Direito, tanto positivistas quanto não positivistas.

O que se nota é que o Direito positivado, a normatividade, é um instrumento social guiado pela moral quando no momento de sua gênese legislativa. Se for dissonante desta moral orientadora da vontade popular, padecerá de ineficácia social e sofrerá com a invalidade, justamente por ser letra morta. Como visto pela teoria kelseniana, a validade do Direito está relacionada com dois pilares: normatividade e eficácia social. Seus termos são claros: “fixação positiva e a eficácia são pela norma fundamental tornadas condição da validade” (KELSEN, 2009, p. 235-236). Portanto, padecendo a norma jurídica tanto da falta de normatividade, quanto da falta de eficácia, não possuirá validade. Frise-se, “a afirmação de que uma norma é válida e a afirmação de que é eficaz são, é verdade, duas afirmações diferentes (...), existe, contudo, uma relação muito importante entre os dois. Uma norma é considerada válida apenas com a condição de pertencer a um sistema de normas (...) eficaz” (KELSEN, 2005, p. 58).

Assim surge a questão acerca da caracterização de uma norma jurídica como válida, ou ainda, de um ato concretizado como revestido de juridicidade ou não. Consubstanciando-se em Kelsen (2009, p. 49-51), tem-se que a precípua diferença entre uma ordem advinda de um “bando de salteadores” e ordens revestidas de juridicidade repousa justamente na norma fundamental, Constituição e no procedimento. Portanto, se a coação da faceta subjetiva de uma ordem do “bando de salteadores” e de uma decisão estatal podem se aproximar muito, a sustentação objetiva é inexistente na primeira fonte decisória e presente na segunda. Dito de outro modo, as ordens advindas de criminosos

se assentam somente no uso da força, ao passo que as ordens advindas do ordenamento jurídico retiram legitimidade na norma fundamental e no processo legislativo.

Considerando que o regime autoritário nazista representava um estado de exceção, logo, importando em uma suspensão do ordenamento jurídico, tem-se que não logrou êxito em conferir legitimidade jurídica para suas ordens, aproximando-se muito mais da ideia de um “bando de salteadores” do que ordens estatais. Portanto, duas são as opções para entendimento sobre o “direito” no regime nazista: a) fundamentou-se na moral social; ou b) representou ordens advindas de um “bando de salteadores”.

Em continuidade, na ausência de uma representação tão clara quanto a desobediência civil, enquanto inequívoco ato de descolamento entre a opinião consensual/dominante da sociedade e os rumos político-jurídicos tomados pelas instituições estatais, ou dos processos próprios do Legislativo, constata-se a dificuldade de realização e/ou detecção de um consenso sobre o que é extremo injusto, mormente nos momentos de exacerbação da vontade e moral popular. Em momentos de crise e desordem coletiva comumente se vê proposições sociais que não se veria em um estado de normalidade. Também é mais comum que ocorra em multidões do que de forma individual, considerando a dificuldade de individualização da pessoa e o sentimento de invulnerabilidade daí advindo. Isto é demonstrado por Zagrebelsky (2012, p. 125-126) pelo conceito de “massa psicológica”, construído por Freud, na ilustração do clamor popular pela crucificação de Jesus.

Neste sentido, importante considerar a possibilidade de exagero na vontade popular, insuflada pelo momento de crise e por uma moral que nega direitos fundamentais/humanos. Ainda em Zagrebelsky (2012, p. 135) é possível notar que a aceitação irrestrita do *vox Populi, vox Dei* pode representar uma forma de idolatria política. A democracia crítica, na visão do autor, deve se afastar da ideia de infalibilidade da vontade popular, sendo ausente de idealização das virtudes do povo.

Não se desconsidera que o posicionamento de Zagrebelsky assume a moral como importante para o campo jurídico, especialmente nas limitações impostas à vontade popular pelo direito contramajoritário. Assim, o autor busca justificar as tomadas de decisão que são contrárias a vontade do povo.

Contudo, este argumento possui uma dupla via. Se de um lado posta-se a importância da moral para a condução do direito, como visto em Zagrebelsky (2011),

também reconhece que a moral que guia a vontade popular pode ser falha, equivocada, má no sentido de desprezar direitos fundamentais, ensejando seu refreamento pelo Judiciário, em sua função contramajoritária, como também visto em Zagrebelsky (2012).

Importante ressalva é realizada por Fonteles, quando afirma que a Corte Constitucional é dotada da função contramajoritária, com a finalidade de justamente conter este ímpeto da vontade popular. Contudo, deve “se servir dela *moderadamente*” (FONTELES, 2020, p. 64), a fim de que não substitua a legitimidade popular, ferindo a democracia.

Há sinergia entre as constatações de Zagrebelsky sobre o equívoco da passiva absorção do *vox Populi, vox Dei* e o que se verificou neste capítulo do estudo. É plenamente possível que a vontade popular seja guiada por uma moral condenável, por não respeitar direitos fundamentais. Corolário, é de improvável constatação pelo juiz do que venha a ser consenso moral na sociedade e tomar sua decisão sobre o direito embasado neste pretense consenso verificado por mecanismos parciais. Nisto reside o sucesso da desobediência civil como mensagem clara da existência de um consenso, porque oriunda de uma grande parcela do povo, tal como se espera dos atos nascidos dos processos legislativos. Há maior legitimidade na ferramenta desta detecção, o que não impede, necessariamente, que a moral orientadora, como já dito, seja questionável ou negadora de direitos fundamentais.

Aqui está o cerne da questão. Não há qualquer garantia de que a moral que orientará a correção do Direito, seja na integridade dworkiniana, seja no caso do extremo injusto alexyano, será boa, defensora de direitos humanos, razoável, beneficiadora dos indivíduos. Como constatou-se, os atos praticados no regime nazista, antes de serem “legitimados” por uma pretensa “ordem jurídica” no estado de exceção, se viu legitimado pela moral social que entendia como corretos os atos que posteriormente foram condenados. De mais a mais, esta “legitimação” pela moral (negadora de direitos fundamentais) iniciou-se justamente pelo Judiciário, como já exposto.

O Direito posto, por sua vez, serviu de escusas para as práticas morais abomináveis do nazismo, na tentativa de eximir a culpa do indivíduo e lançá-la no sistema jurídico que foi criado pelo próprio indivíduo, como se autônomo fosse. Desta conjuntura é possível observar duas constatações imprescindíveis. É plenamente possível um consenso moral pejorativo, baseado em uma moral negadora de direitos entendidos como

humanos e que outorgue infrações claras aos direitos fundamentais. Do mesmo modo, se há consenso moral sobre uma moral abjeta e que, posteriormente, conclua-se pela sua reprovabilidade, resta aclarada a dificuldade de defesa de uma moral universal.

Relevante ponderar que se pretende evitar eventual repetição dos comportamentos atrozos de regimes totalitários, como os ocorridos no regime nazista, obviamente. O que se verifica e busca aclarar-se é que não se pode confiar tão somente na ideia de que há ou haverá consenso moral que limite as referidas práticas. Como notório na construção que se realizou neste capítulo, este consenso pode não existir ou, ainda, a moral que embasa eventual consenso pode ser negativa de direitos fundamentais, gerando maus resultados.

Dito de outro modo, para além da possibilidade de inexistir consenso sobre extremos injustos, pode haver um consenso calcado, justamente, em uma moral corrompida, tal como ocorreu no período nazista ou mesmo em atos praticados por Estados comunistas, tendo suas barbáries se perpetrado na história.

Portanto, enfraquece-se a posição de Alexy sobre o consenso moral, ainda que rudimentar, como forma de objetivismo para caracterização de um extremo injusto (ALEXY, 2009, p. 64-65). Quando a sociedade está inserida em um contexto de paz social mostra-se até possível a realização de aportes teóricos no afã de estabelecer este consenso, especialmente tomando exemplos históricos. Contudo, quando a coletividade se encontra em um estado de agitação, crise ou exacerbação da moral, não há qualquer garantia que este consenso, se existente, permanecerá. Não é sem motivo que houve uma segunda guerra mundial, após a ocorrência da primeira, dentre tantos outros conflitos bélicos, em que pese todo o histórico social sobre os efeitos destruidores das guerras.

No próprio período nazista, a moral dominante, como se viu, era justamente esta moral corrompida. Isto pode ter sido identificado por uma parcela de indivíduos, mas certamente não foi pelo todo, caso outro não encontraria respaldo social. Questiona-se, se na sociedade da Alemanha da época, um dos mais importantes centros culturais, filosóficos e jurídicos da Europa, se submeteu à esta moral, qual a garantia de que não se repetirá em outras sociedades? Nota-se que acreditar neste consenso moral rudimentar, em face do extremo injusto, é irrazoável, podendo, inclusive, permitir o que busca justamente evitar.

### 3.2 A LINGUAGEM E A MORAL

A relação entre a linguagem e o direito é ponto fulcral para qualquer construção de conceitos sobre direito. Isto porque a linguagem, enquanto símbolos de comunicação, depende não somente da mensagem que se deseja transmitir ao receptor, mas também das bases interpretativas próprias dele, coadunado com a problemática envolvida no contexto.

Neste capítulo será traçado um diálogo entre autores que se dedicaram ao estudo da linguagem e autores inseridos no existencialismo e em sua faceta jurídica. Há pertinência na conversação entre eles, considerando alguns posicionamentos de doutrinadores como Herbert Hart, defensor da “textura aberta do Direito”, da variabilidade linguística e necessidade de sociabilidade para a sua significação; de Wittgenstein, especialmente em sua segunda fase, em que constata a atribuição de sentido à linguagem pelos indivíduos e não a identificação de uma essência linguística, pelo conceito dos “jogos de linguagem”; bem como de autores existencialistas, como Heidegger e Gadamer, sustentando a necessidade de intersubjetividade nas interpretações, tendo em vista os conceitos de *Dasein*, *Mitsein* e “círculo hermenêutico”. O que se observa, como se verá, é que esses autores concluem a necessidade de sociabilidade para assentamento de interpretações intersubjetivas para os objetos, em especial para a linguagem.

Tratando-se de vida em sociedade, “as normas gerais, os padrões de conduta e os princípios – são orientações específicas transmitidas separadamente à cada indivíduo – constituem necessariamente o principal instrumento de controle social” (HART, 2009, p. 161).

Assim, pertinente as observações de Alexy quando sustenta que não é possível ao legislador formular um sistema normativo perfeito, proporcionando a solução para todos os casos que surgirem da vivência social através da subsunção à regra. Dentre os fatores que culminam na abertura necessária do direito, encontra-se a “vagueza da linguagem do direito”. O autor faz menção a Kelsen e Hart, afirmando que no campo desta abertura do direito o positivismo permite que o julgador decida por fatores extrajurídicos, ensejando a construção de sua teoria não-positivista, fulcrada no argumento de princípio e pela “tese do caso especial” (ALEXY, 2011, p. 36-37).

Como é cediço, a distinção entre princípios e regras é especialmente interessante na construção alexyana, posto que neste sistema as regras e princípios não se diferenciam pela densidade normativa e grau de abstração em si, mas propriamente pela natureza das duas espécies normativas, considerando que as regras se cumprem no estilo “tudo ou nada”, ou ainda, no binômio satisfeita/não satisfeita e os princípios seguem o mandamento de otimização, ou seja, cumprem-se na melhor medida possível nos casos concretos, a depender das condições fáticas e jurídicas (ALEXY, 2011, p. 38-39 e 90-91).

De outro vértice, em referência à “tese do caso especial”, Alexy declara que a argumentação jurídica possui uma especialidade em face da argumentação geral, qual seja, enquanto a genérica visa o absolutamente correto, a jurídica, considerando que sua doutrina se limita à pretensão de correção do direito, busca o que é correto juridicamente. Por conseguinte, o que é correto juridicamente é corolário do que foi assentado por uma autoridade competente ou institucionalmente. Sintetiza ao afirmar que “se se quer formular isso em uma fórmula concisa, então se pode dizer que a argumentação jurídica está vinculada à lei e ao precedente e deve observar o sistema de direito aprofundado pela dogmática jurídica”. Contudo, quando em casos difíceis, não sendo suficientes a lei, o precedente e a dogmática jurídica, deve-se valorar através de premissas adicionais que devem ser fundamentadas, que se dirigem para a argumentação geral, considerando que a jurídica (por autoridade ou institucionalizada) não se mostrou bastante. Assim, a decisão judicial na abertura do direito “é questão sobre a compensação correta e a distribuição correta” (ALEXY, 2011, p. 39-40). Portanto, “questões de justiça”, porém, são questões morais. Assim, a pretensão de correção funda, também, no plano da aplicação do direito, uma união necessária de direito e moral.

Por outro ângulo, como já tratado neste trabalho, motivo pelo qual não se repetirá, sob a teoria positivista a abertura do direito não é arbitrária, como por vezes quer-se fazer crer. Neste sentido encontra-se a moldura legal kelseniana, que mesmo sob críticas, busca uma limitação à discricionariedade judicial (KELSEN, 2009, p. 272).

Do mesmo modo é o que se observa em Hart (2009, p. 15-16 e 263-264), considerando que também assenta a insuficiência do direito normatizado para a solução de todas as lides sociais, inclusive admitindo a moral como um dos mecanismos de orientação neste processo de decisões que se sustentam em fatores extrajurídicos. Contudo, entende que esta relação não é necessária, afirmando que é loucura acreditar que a moral sempre apresentará resposta clara na lacuna do direito.

Neste mesmo rumo caminham as declarações de Atienza (2005, p. 137) e Silva e Costa Neto (2022, p. 460), no sentido de que o direito se utiliza de expressões de tessitura aberta, tais como dignidade, moralidade, justiça, entre outros.

Partindo da ideia de que o direito não é um sistema fechado, tornando possível esta abertura interpretativa, “inevitável, à ação comunicativa e à argumentação. Desse modo, com a ideia de *ação comunicativa*, a função de integração social do direito deriva do uso da linguagem para o alcance do entendimento” (ASENSI, 2010, p. 12).

Neste afã, Alexy leciona que uma das formas de realização de um argumento jurídico é a utilização de um argumento semântico. Através da análise da linguagem, pode-se chegar a três possíveis resultados: a) a interpretação está em desacordo com o determinado semanticamente; b) a interpretação está de acordo com o determinado semanticamente; c) a interpretação é possível dentro do espectro semântico. Este procedimento pode ser visto como uma “descoberta da linguagem natural ou alguma linguagem técnica”, não mostrando-se tão complexos os casos que se inserem nos itens “a” e “b”, mas sim os que adentram o campo do item “c” (ALEXY, 2001, p. 228-229). Neste caso, entende-se que o uso da semântica não será o único mecanismo argumentativo utilizado para a fundamentação da decisão, considerando que a interpretação dada é somente possível e não necessária, dependendo de justificação da escolha.

Este processo de justificação através do diálogo e debate concretizados em espaços públicos mostra-se um caminho para a identificação de consensos e “formação de uma vontade comum”, buscando, através de valores como “razão, ‘verdade’, ‘retidão’ e ‘inteligibilidade’” (ASENSI, 2010, p. 12), proporcionar legitimidade ao direito.

Tal como ensinam Alchourron e Bulygin (1991, p. 305), o uso da linguagem depende de regras semânticas, a fim de que o significante (o elemento tangível, o meio da exteriorização) possua um significado (conceito) identificado pela generalidade, sendo necessário que se observem convenções sociais.

Na raiz deste ideário encontra-se o agir comunicativo habermasiano. Como esclarece o autor, quando se pretende agir de forma comunicativa no meio social, necessário que se faça uso da linguagem. Para tanto, basilar a aceitação e internalização de certos consensos sociais, seja na linguagem em si ou em sentido mais amplo, a fim de que seja possibilitado o entendimento entre os interlocutores. Neste processo, a linguagem, evidentemente, é substrato da comunicação e, ao contrário da razão prática,

não pretende ser uma fonte de normas de agir, mas sim criar um espaço de diálogo social visando que sejam estabelecidos consensos. Isto não quer dizer, por outro lado, que este agir comunicativo seja completamente ausente de regras e procedimentos que devam ser observados, considerando que “é obrigado a apoiar-se em pressupostos pragmáticos de tipo contrafactual. Ou seja, ele é obrigado a empreender idealizações, por exemplo, a atribuir significados idênticos a enunciados, a levantar uma pretensão de validade em relação aos proferimentos”, bem como deve considerar os destinatários como autônomos e verdadeiros, “consigo mesmo e com os outros” (HABERMAS, 1997a, p. 20).

É visto na teoria habermasiana a validade e legitimidade das ações sociais baseadas na racionalidade, no sistema dialógico, e não somente na imperatividade do poder (DALLA-ROSA, 2002, p. 133).

Em outros termos, justamente pela complexidade de se buscar uma moral universal para guiar este “direito natural” é que a teoria habermasiana busca o agir comunicativo, no afã de construir consensos para a orientação do convívio social. Contudo, este debate e agir através da comunicação se torna impossível sem a utilização da linguagem. Portanto, o direito não é imposição de uma ordem superior, metafísica, mas sim de um consenso social, que somente se possibilita e se concretiza com o uso da linguagem, ainda que fundada na idealização de atribuição de identidade semântica à linguagem.

Wittgenstein, em sua segunda fase, aduz que até mesmo para elucidar sobre a linguagem é necessário fazer uso da própria linguagem, através de uma sistemática finalizada. Ainda, leciona que “não é a palavra que importa, mas sua significação”. Neste jogo de linguagem não é possível realizar determinações como espectador externo, como se fosse possível abstrair-se da existência para delimitar a significação da linguagem. Desta feita “os jogos de linguagem figuram muito mais como objetos de comparação, que, através de semelhanças e dissemelhanças, devem lançar luz sobre as relações de nossa linguagem” (WITTGENSTEIN, 1999, p. 66 e 70).

É necessária uma relação de lógica na linguagem para que se desenvolva corretamente. Se for ensinado a um indivíduo os sentidos das palavras de uma frase, em determinados contextos, ele aprende a empregar tanto as palavras como a frase em si. O mesmo não ocorre se a frase for criada por palavras desconexas entre si. Porém, a linguagem é dependente não somente do seu uso, mas também da vivência. Como ensina

Wittgenstein (1999, p. 166), quando a vivência é diversa, o conteúdo oferecido à consciência é variável.

Esta mudança paradigmática proporcionada por Wittgenstein é alvo de considerações de Castilho. Se Wittgenstein, em boa parte de sua vida, procurou uma forma de identificar na linguagem a essência dos fatos e realidade, é no final de sua vida, “naquela que seria chamada de sua segunda fase, quando admitiu que o inverso é que era verdadeiro: a linguagem revela na nossa concepção de mundo, e não o mundo é que determina a nossa linguagem” (CASTILHO, 2019, p. 226), que se apresenta um conceito-chave para o entendimento do tema. Neste mesmo sentido afirma Copelli (2020, p. 282), ou seja, para o segundo Wittgenstein não há mais significado em essência, mas sim há dependência do contexto em que a linguagem é empregada, afastando-se da ideia de que cada palavra possui uma correspondência unívoca no mundo, de modo a refletir o que chamou de “jogos de linguagem”.

A transformação do pensamento de Wittgenstein é representativa no próprio modo como se enxergava e passou-se enxergar a linguagem. Se o “primeiro” Wittgenstein defendia uma ideia solipsista, de que a linguagem tinha como função a descrição da realidade, de modo que a linguagem seria evidente, clara, universal, de “caráter formador do mundo”, como afirma Habermas (2004, p. 77), o “segundo” Wittgenstein, distanciando-se do pensamento de Russell, defensor da ideia da essencialidade e logicidade evidente da linguagem, passou a entender a linguagem como condicionada ao contexto, ao meio em que se insere. Aduz Penco (2006, p. 135) e Botelho (2008, p. 18-19) que a ideia do contexto da linguagem é essencial para Wittgenstein, por vezes levando às últimas consequências.

Neste mesmo sentido é que se posta Kelsen, afirmando que “uma significação não se pode, porém, perceber materialmente; apenas se pode *entendê-lo*, i.e., apreender mentalmente”. Portanto, pode um interlocutor ouvir ou ler determinada palavra ou expressão, mas não saber o seu significado. Assim, não se trata de uma essência emanadora da linguagem, mas de aprender seu significado. Logo: “Do fato de que uma expressão linguística pode ter várias significações diferentes resulta a necessidade de que se precisa distinguir entre a expressão linguística e seu sentido” (KELSEN, 1986, p. 44-45).

Se se pode dimensionar a contribuição de Wittgenstein para a filosofia e demais

áreas, teria em sua transformação do paradigma da linguagem uma de suas maiores colaborações. Nas palavras de Botelho, foi através de sua construção teórica sobre os jogos da linguagem, da intersubjetividade, da Filosofia da Linguagem, do afastamento do solipsismo, que exsurge sua importante participação, de modo que tanto a linguagem quanto seus jogos de linguagem representam “elementos necessários para a atribuição de significado a determinado vocábulo” (BOTELHO, 2008, p. 21).

Assim, não é o mundo que dá significado à linguagem, mas o indivíduo que realiza este trabalho, através de suas características pessoais e condicionantes culturais. Este ideário não deve ser considerado ao extremo, como se nada pudesse ser advindo do mundo, do meio, para o indivíduo. Evidente que o sujeito nascido em um país falante do português não aprenderá inglês espontaneamente. Contudo, isto não se traduz na objetividade da comunicação, tornando unívocos os significados oriundos da linguagem. De fato, é de difícil constatação qualquer forma de generalização, objetivação ou universalização de conceitos sociais, à exemplo da linguagem.

O consenso é característica da linguagem e prova de que os indivíduos podem construir significados em comum, através, justamente, da atividade volitiva que permeia o consenso. Como Nader aduz, não há razão natural na interação entre significante e significado, considerando que o significante (meio de materialização, como os signos na escrita e os sons na linguagem falada) é construído de forma arbitrária. Como afirma, “realmente, o significado dos signos não deriva de um nexos de causalidade, próprio das leis naturais, mas de um consenso. Algo de natural existe, todavia, entre o sentido das palavras e a sua origem etimológica” (NADER, 2019, p. 126). Assim, se é necessário consenso, é porque não é algo inerente do próprio ser, de forma universalizada.

Em outros termos, ainda que se busque uma lógica na criação dos signos, na tentativa de racionalizá-la, encontrará tão somente o consenso como raiz desta busca. Se o meio desempenha uma influência nesta construção, como de fato faz, é através de consensos sociais que se racionaliza o exercício da linguagem. Como já dito, não há naturalidade, essencialidade na linguagem. São criações do arbítrio e somente se revestem de lógica e racionalidade pelo consenso e seu processo. Este modelo é classicamente visto nas expressões idiomáticas, por exemplo. De fato, a linguagem, para ter sentido entre os interlocutores, demanda, repise-se, consenso, intersubjetividade, diálogo.

Aqui já é possível identificar o centro da problemática em utilizar a moral como

forma de estabilizar os significados da linguagem. Se a semântica e a interpretação da linguagem, através da construção de consensos sociais, já são utilizadas precisamente pela ausência de uma moral universal para a organização social, dificilmente ela – a moral – servirá como mecanismo de entendimento e estabilização das variantes interpretativas. Dito de outro modo, se a moral não consegue estabilizar os significados de si mesma, quanto mais da linguagem. Isto porque tanto a linguagem quanto a moral são variáveis, dependentes das condicionantes dos interlocutores, afastando-se da universalidade e objetividade, ou seja, são relativas por excelência.

Como ensinado por Habermas (1997a, p. 20-21), ainda que sob o agir comunicativo não haja imposições de dever-ser para os interlocutores, necessário avultar que há procedimentos mínimos que devem ser respeitados, mormente em relação aos consensos sobre significantes e significados da linguagem, sob pena de tornar a comunicação inviável.

Assim, se de um lado há certo consenso construído em relação a linguagem, em sentido amplo, longe de representar objetividade e universalidade, sempre dependente do contexto e influenciado pela existência (no sentido da filosofia existencialista) do indivíduo, também se vê na produção do direito, em sentido estrito, especialmente quanto ao procedimento (democrático). Tal como na teoria habermasiana, é esperar demais que haja preceitos morais universais, aguardando por serem “descobertos” pelos interlocutores. Desta feita, se não se pode afirmar que a linguagem possui uma essência em si, passível de ser encontrada pelo interlocutor, de modo a depender de consensos sociais, igualmente verifica-se ante preceitos morais, ou seja, necessário procedimento para a construção de consensos, afastando-se da ideia de essência passível de ser identificada de modo neutral. Ainda que pudesse existir uma essência, não seria possível atingi-la de fato, posto que o interlocutor nunca é neutro. Isso será melhor explanado posteriormente.

Duas são as maneiras, identificadas por Hart, de transmissão de padrões gerais para a sociedade. A primeira se refere à dilação máxima, pretendendo atingir a generalidade, como pode ser visto pela legislação. A segunda é a redução mínima dos “termos classificatórios gerais”, como se vê nos precedentes. Como exemplificado por Hart, estes modelos podem ser vistos nos seguintes exemplos: “ao entrarem na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”, assim como “outro pai, descobrindo a cabeça ao entrar na igreja diz ‘esta é a maneira certa de se comportar em ocasiões como

esta” (HART, 2009, p. 161-162), em menção à um ensinamento transmitido de pai para filho, sobre comportamentos ao adentrarem uma igreja.

Contudo, ainda que estas transmissões de padrões possam ser acompanhadas de diversas formas de linguagem, como “orientações verbais de caráter geral”, permitem uma ampla possibilidade de dubiedades. Como menciona sobre o exemplo supracitado, “até que ponto o comportamento deve ser imitado? Fará diferença se, para tirar o chapéu, eu usar a mão esquerda em vez da direita? Que a ação seja executada lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja colocado debaixo do assento?” (HART, 2009, p. 162-163). Como ensinado por Hart, os padrões transmitidos pela linguagem contribuem para a orientação das condutas esperadas socialmente, tendo que reconhecer “exemplos concretos” destes padrões para melhor compreensão.

Nada obstante, nota-se que em certos casos, este padrão da conjugação de “exemplos dotados de autoridade (precedente)” e “certezas da transmissão feita por uma linguagem geral e vinculante (legislação)” não é tão segura quanto possa parecer. Isto porque há imprecisões que atingem certos comportamentos esperados, uma vez que “as situações de fato, particulares, não esperam por nós já diferenciadas entre si e rotuladas como exemplos” (HART, 2009, p. 163-164), ao passo que também não se mostra possível que a norma geral antecipe todas as possibilidades de condutas sociais.

Aqui está a textura aberta do direito. Os casos mais “fáceis” de serem decididos possuem esta característica porque são mais recorrentes, possibilitando, justamente por sua maior familiaridade com os interlocutores, maior grau de certeza no significado que emanada da linguagem. Porém não estão incluídos tanto casos novos, quanto derivações novas de padrões já consolidados. Neste ponto, aclara-se que tanto com normas que preveem padrões gerais, quanto com exemplos dotados de autoridade não se atinge a objetividade, logo “cai por terra a sensação de que a linguagem da norma nos habilitará a simplesmente identificar exemplos facilmente reconhecíveis” (HART, 2009, p. 164-165), ou seja, embora sirva como orientação, é dotada de incerteza.

É certo que os juspositivistas, majoritariamente, admitem a existência de margem de liberdade na concretização de cada aplicador do direito, porém referem-se à discricionariedade e não à arbitrariedade, posto que as normas garantem certo grau de objetividade e vinculação. De mais a mais, inserido no argumento linguístico, comumente se defende a “vagueza estrutural da linguagem” (DIMOULIS, 2011, p. 230), não

permitindo, frequentemente, que se observe um posicionamento concreto, absoluto, de um texto normativo.

Neste emaranhado teórico se insere o existencialismo e sua influência no campo jurídico. De certo modo, representa um rompimento com o ideário platônico do objeto perfeito e de sua representação imperfeita, da representação entre corpo e alma, bem como da possibilidade de alcançar-se neutralmente a essência do objeto perfeito. Por estas características, o existencialismo pode contribuir para o aprofundamento da temática em discussão.

Há necessidade de entender o ser humano como ente livre, a fim de que se compreenda que ele não é escravo de sua natureza. Em verdade, para a visão sartriana, não há uma natureza humana, sendo o ser responsável por si mesmo. Assim declara Sartre: “com efeito, se a existência precede a essência, nada poderá jamais ser explicado por referência a uma natureza humana dada e definitiva, ou seja, não existe determinismo, o homem é livre, o homem é liberdade” (SARTRE, 1987, p. 9 e 17). Neste sentido, os valores do ser são criados pelas decisões por ele tomadas, de modo que o ato de não escolher já representa uma escolha.

Consoante, tem-se a construção de Heidegger (2005, p. 37), que será destacada somente nos pontos pertinentes ao contexto em estudo. Um dos pontos altos do pensamento heideggeriano é, precisamente, a identificação de que a interação entre ser e objeto não se restringe a uma objetificação do mundo, ou seja, de que exista um processo idealizador dos fenômenos do meio que seja dotado de sentido, ressaltando seu matiz existencialista. É relevante preocupação do autor as questões relativas ao método, posto que não aceita a ideia de dualidade do esquema ser-objeto, como se fosse possível a observação do objeto pelo ser de modo abstraído da existência. Esta interação é caracterizada pela relação de *Dasein*, de ser-aí, da relação simultânea entre o ser e o meio. Esta construção representa um afastamento do modelo cartesiano-kantiano, justamente por se distanciar desta relação de objetividade.

Entretanto, a filosofia heideggeriana também não se volta à subjetividade, no sentido de que cada ser humano crie, por si, conceitos sobre os objetos. Em verdade, sua estrutura de pensamento busca a intersubjetividade, afastando-se tanto da objetividade da metafísica (religiosa ou fundada na razão pura), quanto da subjetividade. Embora toque aos seres individualmente, “o ser-aí está mergulhado nas manifestações existenciais, que

envolvem também os seres humanos específicos mas são maiores que eles (...) o *Dasein* é a existência, de modo geral” (MASCARO, 2019, p. 329). Assim, a existência depende da vivência social. O Indivíduo não é avulso ao meio, mas é produto deste meio.

A máxima desta corrente filosófica é elucidativa. Quando afirma que “a existência precede a essência”, quer-se dizer que antes mesmo de atingir a essência de um objeto, há a existência do observador. Deste modo, a posição universalizante, objetivista, se enfraquece ante o contingencial, a experiência do indivíduo. É ponto fulcral para o entendimento desta matriz filosófica a ideia de que o meio, o universo, não parte do indivíduo, mas sim este é lançado em um mundo já existente, com construções filosóficas, políticas, sociais – entre tantos outros campos – já existentes. O que traz contornos de especialidade para o ser humano é que possui consciência, entretanto, “antes de ser consciência, e de se constituir como consciência autônoma, o homem existe, e é por isso que a existência precede a essência desse sujeito que se descobre como autor de sua própria vivência” (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 453-455 e 463-467).

Para esta corrente, é nítido, como se vê na construção heideggeriana, que a existência não é solitária, afastada da realidade, mas sim é fenômeno condicionado. A existência, ou seja, a carga de experiências e condicionantes do indivíduo influenciam seu modo de ver o mundo e é neste contexto que se tem o conceito de *Dasein*, ou ser-aí (MASCARO, 2019, p. 328).

Isto posto, tarefa complicada é sustentar a possibilidade – ou obrigatoriedade – da utilização da moral como interpretação da linguagem. É um problema metodológico de difícil superação, posto que através do giro hermenêutico proporcionado pela construção existencialista, o sujeito toma ciência da existência de seus pré-conceitos, ou seja, enxerga o objeto não de forma neutral, mas sim através de suas condicionantes. Em realidade, “se move de maneira circular (mas de maneira expansiva) entre pré-conceitos e conceitos, revendo-os mutuamente” (FERNANDES, 2017, p. 163).

Inclusive a escolha do mecanismo para correção do método, no caso a seleção da moral para estabilização da linguagem, já se mostra arbitrária, posto que se elege este mecanismo em detrimento de outros tantos, considerando que não há hierarquização entre eles. Este processo de escolha aclara a possibilidade de assim agir-se a fim de obter-se um alibi “retórico-instrumental”, particularmente pelo fato de que ao declarar sua escolha, avulta-se que “o intérprete já fez seu juízo” (STRECK, 2020, p. 246-247).

Como esclarece Gadamer (1997, p. 405), a função do intérprete não é aniquilar suas condicionantes, pré-conceitos e contingencialidade enquanto indivíduo, tampouco buscar uma posição de neutralidade ante o objeto, porém permanecer receptivo para a mensagem que lhe é transmitida. Para tanto, necessário que o indivíduo tenha consciência de que é condicionado pelo meio, de que possui existência antes da essência.

Exemplo interessante é dado por Gadamer, quando se refere à realização da tradução de um texto. Em suas palavras:

é indubitável que por mais que o tradutor tenha conseguido entrar na vida e nos sentimentos do autor, a tradução de um texto não é uma simples ressurreição do processo anímico original do escrever, mas uma reconstituição do texto guiada pela compreensão do que se diz nele. Não há dúvida de que se trata de uma interpretação e não de uma simples co-realização. Projeta-se sobre o texto uma outra e nova luz, procedente da nova língua e destinada ao leitor da mesma. A exigência de fidelidade que se coloca numa tradução não pode neutralizar a diferença fundamental entre as línguas. Por mais fiéis que queiramos ser, encontrar-nos-emos colocados diante de decisões errôneas. Se quisermos destacar, na nossa tradução, um traço importante do original, somente podemos fazê-lo deixando em segundo plano outros aspectos ou inclusive reprimindo os de todo. Mas este é precisamente o comportamento que chamamos de interpretação (GADAMER, 1997, p. 562).

Este círculo hermenêutico guarda clara similaridade com o agir comunicativo habermasiano, uma vez que não busca a imposição de condutas por uma ordem prática, mas sim a construção de conceitos por meio da dialeticidade.

Vital considerar que este círculo, calcado em elucidações heideggerianas, afasta a preocupação unicamente com o texto, com a linguagem, trazendo ao foco também a preocupação com o indivíduo e sua facticidade, sua existência, posto que influência em seu contato de hermenêutica com o objeto (STRECK, 2020, p. 35-36).

É justamente neste sentido que Streck afirma:

Mas o que é facticidade? A partir do giro ontológico, Heidegger deu ao homem o seu Dasein (Ser-aí), sendo que o modo de ser deste ente é a existência. Todavia, também este ente – que somos nós – chamado Dasein, é o que ele já foi, ou seja: o seu passado. Podemos dizer que isso representa aquilo que desde sempre nos atormenta e que está presente nas perguntas: de onde viemos? Para onde vamos? A primeira pergunta nos remete ao passado; a segunda, ao futuro. O passado é selo histórico imprimido em nosso ser: Facticidade; o futuro é o ter-que-ser que caracteriza o modo-de-ser do ente que somos (Ser-aí): Existência. Portanto, a hermenêutica é utilizada para compreender o ser

(facticidade) do Dasein e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha (existência) (STRECK, 2020, p. 36).

Portanto, a utilização da moral como mecanismo estabilizador da linguagem, na busca por proporcionar maior clareza semântica, não se mostra eficaz, considerando que cada indivíduo possui sua existência, ou seja, enxergará os objetos presentes no mundo através de suas particularidades. Acreditar que a moral, sendo relativa, como já visto neste estudo, proporcionará esta chave interpretativa e apaziguadora de significados não se mostra razoável. A utilização da moral representaria o assujeitamento no sentido ser-objeto.

Importante repisar este ponto, dada sua relevância. Pela hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer, deve ser afastada a busca metafísica (religião ou razão pura) da essência, bem como o individualismo do esquema ser-objeto, como se fosse possível a interpretação neutral do objeto pelo ser. O ponto é *Dasein*, “ser-aí”, entre subjetividade e objetividade. A utilização da moral, enquanto produto da existência do ser, empurraria a linguagem para um subjetivismo no esquema ser-objeto, embora pretendesse a objetividade da essência. Para a hermenêutica filosófica em questão, ambos os pontos estão equivocados, posta a necessidade de convívio social, de entender o ser como produto do meio. Portanto, a linguagem demanda comunicação, consenso, não sendo possível sua interpretação subjetiva ou objetiva, sob pena de torna-la anárquica a ponto de impô-la a irracionalidade e incompreensão.

Oportuno pontuar o que entende Barcellos, no sentido de que não é toda interpretação de linguagem que se relaciona com princípios morais ou ideologias. Por vezes há resistência em face de interpretações mais distantes do “sentido mais evidente do texto”, considerando que pode representar um “risco para a segurança jurídica e a previsibilidade”. Portanto, “essa tensão, entretanto, é própria de toda e qualquer interpretação da linguagem e dentro de certos limites não revela um conflito valorativo autônomo” (BARCELLOS, 2005, p. 34).

Em continuidade, aponta Streck que “há, em toda ação humana, uma compreensão antecipadora do ser que permite que o homem se movimente no mundo para além de um agir no universo meramente empírico” (STRECK, 2020, p. 36).

Neste contexto é que Alves e Oliveira apontam que a hermenêutica filosófica cria possibilidade e necessidade de interação, proporcionando a “revisão dos próprios

preconceitos”, na tentativa de evitar-se o “autoritarismo do subjetivismo” (ALVES; OLIVEIRA, 2019, p. 40).

É nesta abordagem que se tem o conceito de *Mitsein*, traduzindo-se na ideia de “ser-com”, ou seja, a “existência se manifesta com a sociabilidade, isto é, uma ligação necessária com os demais” (MASCARO, 2019, p. 329). Assim, não há afastamento claro entre o mundo e o indivíduo, mas uma simbiose entre ambos, resultando na existência.

Repisando o que Gadamer ensina: “os preconceitos de um indivíduo são, muito mais que seus juízos, a realidade histórica de seu ser” (GADAMER, 1997, p. 415-416). Portanto, mesmo antes do indivíduo se posicionar na busca e interação com o objeto, já possui condicionantes diversas, como família, cultura, crenças e o próprio modo de vida de sua sociedade.

Tal como na própria relação entre correção do direito através da moral, na sistemática jusmoralista, pode haver uma abertura discricionária alargada, ainda que não seja este o objetivo fundamental da corrente jusfilosófica. A aplicação da moral para a estabilização da linguagem pode gerar o mesmo efeito, variando o significado de acordo com a facticidade, a existência, do intérprete, que deterá conceitos morais diversos de outros agentes sociais.

Não é sem motivo que Alves e Scherch declaram que por meio de uma visão cética em face da hermenêutica, da interpretação – aplicando-se também à linguagem – se pode “desconfiar de certos significados que são atribuídos às normas, uma vez que haveria uma forte influência da vontade do intérprete. Por isso, questões relativas ao sopesamento ou ponderação precisam ser mais bem estruturadas dentro de um processo racional” (ALVES; SCHERCH, 2020, p. 148).

De outro vértice, ainda que contundentes as afirmações existencialistas e a sua influência na hermenêutica, não se quer dizer que a subjetividade impedirá o consenso. Não se mostra razoável acreditar que não é possível nenhuma forma de consenso, inclusive sobre a linguagem. Entender de outro modo é incorrer em uma infunda subjetividade que levaria ao caos social, em última instância. O que não quer dizer que estes consensos se dotarão de objetividade, atingindo uma universalidade. Trata-se de um consenso precário, sempre carecendo de novas visitas e deliberações, através de um procedimento democrático. No sentido indicado por Botelho, “esses consensos que são obtidos sobre as regras a serem seguidas no uso da linguagem podem eventualmente

modificar-se” (BOTELHO, 2008, p. 21).

Referindo-se a linguagem constitucional aberta, Tavares assevera que há margem para discricionariedade interpretativa, porém “evidentemente que jamais o intérprete poderá laborar contra a norma escrita da Constituição” (TAVARES, 2016, p. 186).

Em contexto próximo, guardadas as diferenças, tem-se a própria moldura legal kelseniana, visando conferir às decisões judiciais e normas jurídicas uma centralidade, estabilização e limites (KELSEN, 2009, p. 272).

É possível observar que há um núcleo com maior densidade na linguagem, modo contrário a comunicação estaria completamente comprometida. Considerando que os interlocutores de determinada sociedade foram expostos à condicionantes similares, ainda que presentes outras tantas de caráter diverso e individual, há uma base mínima para a interação. Porém, essa base da linguagem mostra-se melhor utilizada quando no meio dialético, do agir comunicativo, a fim de obter-se consensos sociais. Isto porque os pontos de consenso na linguagem servem razoavelmente para o estabelecimento procedimental desta busca consensual mais ampla. Inserir a moral como um modo de interpretar a linguagem, especialmente com a finalidade de imposição de razões práticas, não se mostra produtora, dada a relatividade da moral e as interpretações antagônicas que exsurtem.

Na senda do que Streck afirma, o texto (linguagem) pretende transmitir uma mensagem e, ainda que com a existência do indivíduo, é necessário que haja abertura para receptionar. O objeto deve dizer algo, “a coisa deve nos dizer (sempre) algo”, assim “significa poder afirmar que o texto já traz ‘em si’ um compromisso – que é a pré-compreensão que antecipa esse ‘em si’ – e que é o elemento regulador de qualquer enunciado que façamos a partir daquele texto” (STRECK, 2011, p. 338).

Isto não significa dizer que se deve retornar ao modelo de subsunção puro e a todo momento, mas sim agir no modo ser-aí (*Dasein*) e ser-com (*Mitsein*), a partir da interação entre o sujeito e sua facticidade e o objeto (STRECK, 2011, p. 345).

Quando se analisa normas jurídicas de conteúdo menos densos, como ocorre em alguns casos no texto da Carta Magna, acentua-se a insegurança de lastrear-se na linguagem, como se houvesse objetividade em seu significado. Ensina Fonteles que

“algumas palavras usadas na Constituição devam ser compreendidas em seu sentido coloquial (“homens”, “mulheres”), mas outras possuem um inegável significado técnico (“mandado de segurança”, “habeas corpus”)”. Conclui que “a verdade é que não há, por ora, um critério seguro para separar o joio do trigo” (FONTELES, 2020, p. 24).

Desta forma, considerando que não há uma única tradição, cultura ou moral inserida na sociedade – brasileira, ao menos -, não é razoável se estribar neste modelo de interação com a linguagem. Esta busca pela neutralidade ou mesmo pela conscientização dos pré-conceitos do indivíduo não importam na possibilidade de aniquilação destas condicionantes.

É verificação apontada por Gadamer (1997, p. 405, 415-416), na sistemática da identificação de pré-conceitos e inserção no círculo hermenêutico para interação com o objeto, porém estas condicionantes nunca deixarão de existir e a neutralidade do indivíduo não se mostra possível.

Assim, essa hermenêutica propagada é um *locus* entre a subjetividade e a objetividade. Se a linguagem não é somente fruto da consciência do indivíduo, em uma espécie de linguagem privada, o que, em *ultima ratio* inviabilizaria a comunicação, também não é – ou não se pode chegar em – uma linguagem puramente em essência. A linguagem reveste-se do caráter público, ou seja, é criação social e vive de consenso.

Para tanto, necessário que haja evolução dialógica por meio do círculo hermenêutico, que é justamente este diálogo com a ciência dos pré-conceitos do interlocutor, a fim de que se estabeleça consensos cada vez mais densos. Isto não significa que em algum momento será possível chegar-se à objetividade, por duas razões: a) o mundo não é estático, de modo que sempre haverá novas influências que necessitarão de novos consensos, reafirmando este ciclo dialógico; b) a essência não poderá ser atingida pelo indivíduo, posto que não possui meios de eliminar todos os seus pré-conceitos e condicionantes sociais, conscientes ou não conscientes, ainda que pelo círculo hermenêutico.

Portanto, o que se conclui é que há um consenso linguístico rudimentar suficiente para a comunicação procedimental, criando possibilidades para um agir comunicativo, na busca de consensos para a organização social. A tentativa de maior objetividade e clareza da linguagem por meio da moral a fim de que se encontre objetividades em significados, para além deste aspecto procedimental, como por vezes deseja algumas correntes do

jusmoralismo, não se mostra razoável, justamente pela relatividade desta moral, trazendo complexidade à linguagem, de modo a dificultar a dialeticidade.

Dito de outro modo, a linguagem proporciona os rudimentos para um procedimento democrático, considerando as experiências do Estado nacional, a fim de que pelos meios previstos pelo sistema se busque consensos sociais, em maior medida através do Legislativo e em menor medida pelo Judiciário. A tentativa de encontrar consensos mais avançados, de maior densidade, que superem o estágio procedimental, de plano, como por vezes pretende o jusmoralismo, não se mostra eficaz, posto que não é possível atingir-se uma moral universal ou preponderante como necessário para que este modelo se desenvolvesse.

O consenso da linguagem em face do procedimento se deve à recorrência de sua utilização, proporcionando maior familiaridade, em termos hartianos, como já mencionado neste item do estudo. Como é observável, embora os conceitos de direitos sejam variados, oriundos de construções diversas, por meio de princípios diferentes e tendo como escopo e resultados os mais variados, o procedimento para sua criação é basilarmente o mesmo. Assim, utiliza-se do método democrático e de direito estabelecido no Estado pátrio, por exemplo, para que se crie o direito em suas específicas formas, de modo que embora o resultado seja diverso, o método é análogo, reforçando o consenso de linguagem em face do modo criativo do direito.

Note-se que há certa necessidade da filosofia jusmoralista defender a moral objetiva como orientadora e limitadora da linguagem, posto que a defende para o direito, que se possibilita e se desenvolve em razão da linguagem. Uma defesa jusmoralista da objetividade da moral, mas não da utilização desta objetividade em face da linguagem, acaba por ser contradição em seus próprios termos, de modo que, neste trabalho, parte-se deste pressuposto mais robusto. Reforce-se, se o jusmoralismo defendesse a objetividade da moral e não da linguagem, como haveria comunicação com esta moral? Neste caso, ainda que a moral fosse objetiva, a comunicação não seria, não podendo ser atingida esta essência objetiva.

Portanto, a utilização da moral, sob o ideário jusmoralista, na tentativa de tornar a linguagem objetiva em toda sua extensão prejudica o agir comunicativo, porque desincentiva a valorização do procedimento, objeto de maior consenso, e busca apressadamente o resultado ou o significado da linguagem. Assim, diversas

interpretações sobre a linguagem tornam-se conflituosas, porque possuem ares de objetividade, embora não sejam. Como visto pela hermenêutica filosófica e jurídica de Heidegger e Gadamer, calcados no existencialismo, ainda que o objeto pudesse apresentar uma essência, nunca será objetivamente atingida pelo indivíduo, porque condicionado por sua existência. “A existência precede a essência”, como nos dirá esta corrente filosófica.

Dito de outro modo, a utilização da moral - como se objetiva fosse - para corrigir/estabilizar tanto o Direito quanto a linguagem incorre no esquema “ser-objeto”, empurrando as interações sociais para um forma de solipsismo. Isto porque, se a moral é entendida como objetiva, não há necessidade de consenso. Por que haveria consenso sobre algo que já é, por essência, objetivo? Portanto, considerando que a moral é relativa, como vista neste trabalho, sob o “manto da objetividade” as interpretações do Direito e as significações da linguagem seriam diversas e não estariam inseridas no círculo hermenêutico, uma vez que já seriam compreendidas como objetivas.

A utilização do argumento normativo em favor da tese da separação refere-se à necessidade de inclusão ou não de “elementos morais no conceito de direito” para o atingimento de determinado objetivo normativo ou para que a referida norma seja devidamente cumprida. Alexy apresenta como exemplo utilizado pelos defensores da tese da separação, como argumento normativo, a “alegação de que somente a tese da separação conduziria a uma clareza linguístico-conceitual ou garantiria segurança jurídica” (ALEXY, 2009, p. 26)

A par destas considerações, pode-se analisar melhor as colocações de Alexy sobre um dos pontos do seu “argumento da injustiça”, a saber, o da clareza. Como esclarece o autor, dentre os argumentos utilizados pelos positivistas está o de falta de clareza ao utilizar a moral no conceito de direito, inclusive nos casos de direitos teratológicos, posto que a discussão orientada por um não-positivista é arrastada para o campo moral, afastando-se do jurídico, causando complexidade e desentendimento. Alexy sustenta que não há o que temer quanto à complexidade da tese de inclusão da moral, considerando que os juristas “estão acostumados a lidar com conceitos complicados”. Já em face do cidadão, ainda que a tese positivista seja mais simples, não está isenta de má compreensão. Em suma, entendendo um positivista que o direito e a moral podem reclamar coisas distintas, tem-se a possibilidade de discussão sobre a injustiça legal “de forma não velada, como aquilo que elas são, ou seja, questões de ética” (ALEXY, 2009, p. 53-54), ao passo que o não-positivista poderia velar este caráter ético

para o jurídico. Alexy defende que não há esta confusão, apenas que para o não-positivista a questão é tanto ética quanto jurídica.

Como se vê, alguns posicionamentos albergados na filosofia jusmoralista defendem a utilização da moral na interpretação da linguagem vaga do direito. É comum, na seara constitucional, por exemplo, a existência de linguagem normativa aberta, de modo que, para estes posicionamentos teóricos, a interpretação destes textos, por ser inseparável de uma argumentação moral, como esclarece, termina por representar uma recriação da norma jurídica ou de sentidos de normas que não estejam compatíveis com o referencial valorativo (ÁVILA, 2010, p. 30; NIGRO, 2016, p. 235).

Assim, tem-se que a internalização de elementos morais no conceito de direito, no modelo jusmoralista, de fato traz complexidade, como pode ser visto no exemplo da linguagem que se analisa neste momento. Confiar que o jurista não se submeterá à esta confusão por estar acostumado “a lidar com conceitos complicados” não representa um argumento sustentável. Partindo do pressuposto da boa-fé, pode haver confusão ainda no modelo idealizado por Alexy, posto que, se de fato houvesse divisão clara do problema da injustiça em questões jurídicas e morais, qual deveria prevalecer caso houvesse conflito? Portanto poderia uma questão moral se sobrepor à jurídica, dentro do próprio sistema jurídico?

A tese da separação, defendida pelos positivistas, apresenta maior clareza, no sentido de que ainda que o direito seja injusto, continua sendo direito, o que não impede a discussão de sua injustiça no campo moral, com eventual reforma do que está positivado. A tentativa de densidade em toda a linguagem, pelo uso da moral, não contribui para a clareza da proposta jusmoralista.

Não contribui porque carente de estrutura suficientemente racionalizada. Radbruch é preciso ao afirmar que “não há dúvida de que atos valorativos são o resultado causal, a superestrutura ideológica de fatos de ser, isto é, do meio social daqueles que os executam (...) não se defende que valorações não possam *originar-se* de fatos do ser, mas que não podem fundamentar-se nestes” (RADBRUCH, 2010, p. 17).

Se a relação entre o interlocutor e a linguagem já se mostra complexa – e inserir a moral como elemento estabilizador somente torna a relação ainda mais complicada – similarmente tem-se esta característica na relação entre a linguagem específica, no caso a jurídica, com outras formas de linguagem, no contexto geral, posto que as influências

entre as linguagens são recíprocas.

Pontue-se, muitos significados da linguagem jurídica são próprios dela, por ser uma linguagem técnica, mas isto não permite afirmar que por ser mais específica é de compreensão mais densa ou precisa, de modo mais fácil entre seus conhecedores. Os significados, internos da própria linguagem jurídica, se modificam pela própria mutabilidade das relações sociais. Se isto incorre internamente, quanto mais da interação entre este pequeno campo da linguagem – que é a jurídica – com outros tantos inseridos no sentido *lato* da linguagem. As influências são recíprocas e há movimentação de significados, dificultando a estabilização de significados mais amplos, calcados na moral, que não sejam do produto consensual do procedimento.

Esta mutação é apontada por Bittar e Almeida, quando afirmam:

Quando se está a falar da linguagem jurídica, deve-se sobretudo grifar que o discurso jurídico não é um discurso descontextualizado, mas um discurso que se produz no seio da vida social, parafraseando Saussure. A linguagem jurídica exerce-se em meio a um conjunto de sistemas em verdadeira dinâmica de fluxos e refluxos recíprocos, intromissões e extromissões, o chamado inferno dos intercâmbios sígnicos; a participação do discurso jurídico no conjunto das relações sociais dota-lhe desta especial característica que é a constata mutação (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 658).

Neste mesmo sentido é que Greimas, sustenta que o discurso jurídico é somente mais um dentre tantos discursos possíveis, é caso particular, específico, realizados “numa língua natural qualquer” (GREIMAS, 1976, p. 70).

Portanto, em breve síntese, assentar que determinada linguagem, tratando do campo jurídico, objeto deste estudo, se relaciona com um significado predefinido pelo uso da moral não se mostra racionalmente razoável. Basta perceber os casos de mutações constitucionais, para se manter em um único exemplo, a fim de que se aclare a dificuldade da possibilidade mencionada.

Como já pontuado, a linguagem proporciona os meios procedimentais para busca de consensos sociais, em maior medida no Legislativo e em menor medida no Judiciário. Não se mostra viável a utilização da moral para estabilização dos significados - visto que ela própria já não é estável - da linguagem no desejo de se alcançar consensos para além do que o procedimento estabeleceu, especialmente pela via judicial, que não detém do procedimento legislativo-democrático da criação de consensos, o que não

significa que consensos menores não podem ser encontrados nesta esfera.

Portanto, a exemplo, utilizar-se de preceitos morais com vistas à objetividade para caracterizar o que vem a ser “dignidade da pessoa humana”, “justiça material” entre tantas outras expressões com pouca densidade linguística se mostra como uma apropriação da linguagem pública, dificultando o processo dialógico. Isto é facilmente perceptível quando se trata da dignidade da pessoa humana, que comumente embasa posicionamentos opostos sobre temáticas similares.

Dito de outro modo, o assujeitamento destes termos vagos, através da “moral objetiva” não possui embasamento robusto e dificulta o processo dialógico, consensual e democrático. Isto comumente é percebido em decisões do Judiciário, quando se fixa a um conceito vago (como o da dignidade da pessoa humana) determinado sentido “objetivo” do seu conteúdo, considerando a inexistência de consenso advindo do procedimento democrático. Ainda, há decisões que fixam conteúdos diversos para o mesmo conceito vago, implicando em uma obscuridade do significado e insegurança jurídica. Logo, não é possível utilizar-se da moral – que é relativa – para estabelecer que a dignidade da pessoa humana, por exemplo, tem um significado preciso, normalmente utilizado como reforço teórico da visão adotada pelo intérprete-interlocutor. Deve haver, pelo procedimento, maior densificação da linguagem, maior densidade de conteúdo deste conceito, para ser devidamente utilizado na aplicação do Direito.

Desta forma, a pretensão de clareza na linguagem através da moral, especialmente pela via judicial, não representa opção viável, eficaz.

### 3.3 EFETIVIDADE DA MORAL COMO MECANISMO DE CORREÇÃO JUDICIAL DO DIREITO: REGIMES DEMOCRÁTICOS E AUTORITÁRIOS

Muitas são as questões que se relacionam e se originam de conceitos de direito defensores da tese da separação ou da vinculação, porém, considerando o recorte realizado neste trabalho, serão analisadas, neste momento, questões atinentes à efetividade da utilização da moral como mecanismo de correção do direito, pela via judicial, tanto em regimes democráticos quanto em autoritários.

O argumento da inutilidade do conceito não-positivista para a solução do extremo injusto proposto por Radbruch é mencionado por Alexy (2009, p. 70-71). Como declara o autor, este argumento é utilizado no sentido de que bastaria a edição de leis retroativas para corrigir-se o extremo injusto. Em réplica, Alexy aponta que isto poderia se aplicar às causas não penais, porém vige-se a construção da “nulla poena sine lege” e, ainda que fosse possível excepcionar-se por meio de reforma constitucional, se fosse possível, ou promulgação de nova Constituição, seria problemático. Ressalta a hipótese de inércia do legislador e as possibilidades do juiz em face desta inércia, restando a opção, em uma visão positivista, de aplicar o “direito” extremamente injusto a fim de mobilizar o legislador, porém isto significaria a infração de direitos fundamentais. Para além, entende que a sentença possui um caráter de pretensão à correção e que a aplicação do extremo injusto violaria esta pretensão, exacerbando a necessidade de um conceito não-positivista para afastar o extremo injusto.

O extremo injusto e as dificuldades em caracterizar seu conteúdo já restaram tratados neste estudo (item 3.1.1), de modo que se parte deste pressuposto, bastando afirmar que o próprio Alexy sustenta que “a falta de clareza é criada muito mais pela dificuldade de traçar, em muitos casos, uma linha divisória entre normas que são extremamente injustas e normas que não o são” (ALEXY, 2009, p. 53).

Observa-se que as discussões do extremo injusto, comumente, se estancam em analisar o sistema jurídico e dispensam menor importância, quando o fazem, em face das movimentações sociais, com maiores possibilidades em um contexto democrático, mas também presentes em situações totalitárias.

Inicialmente, ante um extremo injusto, uma das possíveis soluções seria justamente originada de protestos sociais e desobediência civil para combater o que se entende por prejudicial, possibilitando reformas no sistema jurídico ou até mesmo, em casos mais drásticos, o estabelecimento de um novo sistema político-jurídico, por meio do exercício do poder constituinte originário. Como garante a Constituição Nacional, “todo poder emana do povo”.

Esta ideia de passividade social é propulsora de totalitarismos, posto que reduz o cidadão à mero apêndice do poder estatal, possibilitando este “direito” extremamente injusto. Isto porque, como de primeira vista faz crer, o extremo injusto somente seria afastado pelo Judiciário, no exercício típico da seara jurídica. O ideário de formação e

continuidade estatal sem a participação popular empurra a sociedade em direção ao autoritarismo. Neste sentido afirma Beras:

sólidos mecanismos sociais estão incrustados, não somente no Estado, mas nas atitudes dos indivíduos no processo de socialização política nacional. O contato direto, a pessoalização (do cidadão com o investidor do poder estatal), o autoritarismo, a privatização do público, a não significação da sociedade civil e de esferas públicas, entre outros elementos, desafiam a lógica democrática diretamente a cada segundo (BERAS, 2013, p. 176).

Portanto, entender que o assentamento de um extremo injusto somente se resolve por meios jurídicos é diminuição da importância popular, que reverbera na própria democracia. Importante avultar que a criação jurídica não é autônoma, externa, e imposta à sociedade. O direito não é deidade, com vontade própria. É criação popular, reforçando o conceito de estado de exceção de Agamben, como já foi e será, novamente, mencionado.

Entretanto, esta constatação acaba por apontar uma possível solução política da problemática, viável, mas externa ao objeto deste estudo, que se refere à via judicial. Portanto, necessário que se estude meios de solução pelo mecanismo jurídico. Desta forma, passa-se à análise.

De início, verifica-se certa dificuldade em encontrar um ordenamento jurídico que não contenha diversas normativas que prevejam e garantam direitos fundamentais, sempre relembrando a lição de Agamben, especialmente sobre o estado de exceção, já mencionada neste trabalho.

Até mesmo no modelo argumentativo proposto por Alexy (2009, p. 70-71), onde seria possibilidade positivista a aplicação pelo juiz, por sentença, de uma normativa caracterizada como extremo injusto a fim de obrigar o legislador a agir, em que constrói crítica no sentido de que isto feriria direitos fundamentais, parte-se do princípio lógico de que o extremo injusto referido está inserido em um sistema jurídico que garanta direitos fundamentais, caso contrário não haveria a mencionada violação. Se este arcabouço jurídico possui direitos fundamentais, apegue-se as possibilidades da ocorrência de um extremo injusto, posto que variadas normativas advindas da norma fundamental e da Constituição poderiam impedir sua aplicação, ainda no campo jurídico, não sendo necessário o apelo à moral. Neste sentido, mecanismos jurídicos, como o controle de constitucionalidade, poderiam afastar o extremo injusto.

É amplamente difundido no meio jurídico, desde pelo menos o século XVIII, tomando como parâmetro a conformação atual do conceito, de que a função básica do constitucionalismo e da Constituição é a limitação e organização do exercício do poder, buscando não só a implementação de Constituições escritas, “mas que elas tenham como conotação o desiderato de impedir o arbítrio. Ou seja, imponham uma organização limitativa do Poder” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 3-4 e 2010, p. 3-4).

Nesta Constituição escrita, no sentido moderno, devem ser declaradas as liberdades e direitos, fixando-se os limites do “poder político”. São características básicas: “(1) ordenação jurídico-política plasmada num documento escrito; (2) declaração, nesta carta escrita, de um conjunto de direitos fundamentais e do respectivo modo de garantia; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um poder limitado e moderado” (CANOTILHO, 2003, p. 52).

Portanto, é premente que se preveja e garanta direitos fundamentais e limitação do poder político em uma Constituição, por ser objetivo primeiro do próprio constitucionalismo, especialmente em um regime democrático. Assim, modernamente, ordenamentos jurídicos calcados em uma Constituição preveem direitos fundamentais, que poderão servir como mecanismos de coibição do extremo injusto já na via judicial.

Há também ampla possibilidade de reforma do Direito através de mecanismos legislativos próprios, especialmente em governos democráticos. Como ensina Silva, é no campo do Legislativo que se verificam as mais importantes expressões dos procedimentos constitucionais, assim como este processo legislativo seja entendido como “um conjunto de atos realizados pelos órgãos legislativos visando à formação das leis constitucionais, complementares e ordinárias, resoluções e decretos legislativos” (SILVA, 2014, p. 406).

É função clara do Legislativo e de seu processo delinear como as normas serão criadas, reformadas e concretizadas, sendo de rigor a observação do procedimento, com normativas elementares previstas na Constituição, para que se alcance o fim almejado (AGRA, 2018, p. 521).

Portanto, considerando que as normas jurídicas nascem do processo legislativo e, em sentido amplo, da vontade popular, expressa pela representação ou, mais raramente, por iniciativa própria, assim como esta vontade é guiada pelo que se considera correto e justo socialmente, critérios eminentemente morais, tem-se que a criação da norma jurídica já se lastreou na moral.

Esta criação normativa com base na vontade popular, guiada pela moral, é plenamente aceita por Hart e Kelsen. Na visão hartiana, há influências entre Direito e moral – ainda que não sejam necessárias/obrigatórias – de forma expressa, pelo sistema legislativo, considerando que a vontade popular se guia pela moral, ou de forma tácita e lenta, através do processo judicial. Afirma o autor que nenhum positivista nega estes fatos, terminando ao dizer que se este é o postulado da necessária ligação entre direito e moral, “sua existência deve ser reconhecida” (HART, 2009, p. 263-264). Ainda, afirma Hart (2009, p. 259) que o direito tende a seguir a moral, posto que a norma é atinente à vontade popular.

Ao seu turno, Kelsen também aponta que a afirmação de que o Direito é moral não se relaciona com determinado significado de conteúdo, mas que é norma social, que estabelece um dever-ser. Neste sentido o direito tem caráter moral, de modo que “todo o Direito constitui um valor moral (relativo)” (KELSEN, 2009, p. 74).

Assim, se é a moral que guia a vontade popular, criadora da norma jurídica, em sentido amplo, observa-se que a moral já desempenhou seu papel, não mostrando-se eficaz trazê-la novamente para corrigir sua própria participação no campo jurídico. Ela já deixou suas impressões na norma jurídica. Sempre pontuando a relatividade da moral e a expressão deste valor relativo na norma.

Em um regime democrático, a correção do direito pela moral, na via judicial, não se mostra eficaz precisamente por estes motivos: já há mecanismos próprios para a reforma normativa e a moral já desempenhou seu papel de guia da vontade popular.

De mais a mais, há possibilidade, justamente pela relatividade da moral, de imposição de preceitos morais individuais de julgadores. Observando o sistema hierárquico estabelecido no Judiciário, pelo sistema de precedentes – jurisprudência, incidente de resolução de demandas repetitivas, incidente de assunção de competência -, pelas ações constitucionais com força vinculante, dentre tantas outras formas de preservar a competência de Tribunais Superiores, especialmente da Corte Constitucional, estes posicionamentos pessoais poderiam ser impostos a todo o Judiciário.

Dando continuidade, faz-se necessário debruçar-se sobre a possibilidade da gênese de uma Constituição que não garanta estes direitos fundamentais ou que, em pior situação, perpetre um extremo injusto. Isto poderia ser argumentado em desfavor do sistema positivista, ressaltando a importância da análise.

Já mencionado neste estudo que o positivismo jurídico, especialmente o de matriz kelseniana, não se interessa pelos fatores anteriores à formação da Constituição, como elucida Telles Junior (2014, p. 196). Assim, se a Constituição ou a Norma fundamental é que inaugura o sistema jurídico, bem como a partir deste momento é que surge o interesse do positivismo, conclui-se que sua influência também nasce neste instante. Portanto, se na criação da Constituição, influenciada por fatores extrajurídicos, posto que o campo jurídico ainda não teve sua origem, não garante direitos fundamentais ou ordena um extremo injusto, tem-se um problema de ordem moral, que orientou a vontade popular formadora da Carta Magna. Assim, sendo a moral negativa dos direitos fundamentais, ou seja, corrompida, não se mostra eficaz trazê-la como mecanismo de correção do Direito, na via judicial, posto que ela própria é a propulsora desta problemática.

Esta sistemática pode incorrer em certa complexidade quando menciona-se regimes autoritários, em que há violação destes direitos, possibilitando a inclusão de (pseudo)normativas injustas. Necessário resgatar alguns ensinamentos agambenianos para esclarecer a temática.

Conforme o conceito de estado de exceção de Agamben, não se pode confundir atos com força-de-lei com o próprio ordenamento jurídico. Um Estado totalitário representa justamente a suspensão de um Estado jurídico, embora possa se revestir de seus contornos através dos atos com força-de-lei, representa um “vazio de direito” (AGAMBEN, 2004, p. 15-17).

Este estado de exceção não representa, portanto, um incremento dos poderes estatais, tal como o Estado de defesa e de sítio, mas sim um retorno ao momento anterior à Constituição, quando se opera um amálgama de poderes, prevalecendo a força.

Assim, quando presentes extremos injustos que violam direitos fundamentais dos indivíduos, decorrentes de processos que excluem a participação popular, pode-se entender que se trata de um estado de exceção, um estado não-jurídico. Logo, se não é jurídico, evidencia-se a desnecessidade da utilização da moral para sua exclusão do sistema jurídico, posto que pode ser excluído justamente por não ser fenômeno jurídico.

Desta forma, a utilização da moral, pela via judicial, a fim de corrigir o direito, inclusive nos casos de ocorrência do extremo injusto, é de fato ineficaz. Três são os principais motivos:

a) a.1) tratando-se de um Estado democrático, pressupõe-se a existência de sistema para criação e reforma do direito, possibilitando o reparo de injustos, extremos ou não; a.2) ainda, pressupõe-se o estabelecimento de direitos fundamentais em favor dos indivíduos, que servirão de argumento jurídico para o afastamento do extremo injusto, já na via judicial, não sendo necessário recorrer à moralidade metajurídica.

b) tratando-se de um Estado totalitário, apelar para a moral como forma de correção do direito (ou atos com força-de-lei, em melhor explanação) não se mostra produtora, posto que esperar limitação moral do totalitarismo é perigosa ingenuidade, considerando que seu pressuposto já é o desrespeito aos direitos fundamentais; b.1) de mais a mais, em um regime totalitário, tal como ensina Agamben, não há que se falar em Direito, mas sim em atos com força-de-lei, posto que representam justamente a suspensão do sistema jurídico; b.3) ainda, em um regime totalitário o Judiciário tende a estar cooptado, de modo que a correção pela via judicial está comprometida.

c) tratando-se de um campo mais abstrato, que pode se inserir nos dois itens mencionados, tem-se a hipótese de uma moral negativa de direitos fundamentais que guia a vontade popular, de modo que também se evidencia a ineficiência da correção pela moral, nestes termos, porque ela própria está corrompida, como se explanará.

Há que se considerar que a inclusão de um extremo injusto no ordenamento jurídico, em um regime democrático, baseia-se na moral social, caso contrário seria uma usurpação do sistema legislativo e jurídico, padecendo de vício, comprometendo o sistema e afastando-se do conceito de juridicidade justamente por incorrer em um estado de exceção. Assim, se observando o procedimento correto, a moral popular realmente negar direitos fundamentais, trazê-la para corrigir o extremo injusto que ela própria causou é contradição em seus próprios termos.

Como depreende-se dos ensinamentos kelsenianos, o Estado não cria o direito e posteriormente se submete ao direito por ele próprio criado. Em verdade, “dizer que o estado cria o Direito significa apenas que indivíduos, cujos atos são atribuídos ao Estado com base no Direito, criam o Direito”. Isto incorre na conclusão de que o Direito cria a si próprio, excluindo a ideia de que o Estado é anterior ao Direito. Assim, não é o Estado que impõe subordinação ao Direito por ele criado, porém é o Direito que orienta as condutas dos indivíduos e determina sua própria criação, submetendo a todos. Portanto, como sustenta Kelsen, “se o Estado é reconhecido como uma ordem jurídica, se todo

Estado é um Estado de Direito, esta expressão representa pleonasma. Porém, ela é efetivamente utilizada para designar um tipo especial de Estado, a saber, aquele que satisfaz os requisitos da democracia e da segurança jurídica” (KELSEN, 2009, p. 345-346).

Disto extrai-se que o Direito é que cria o Estado, bem como não há que se falar em Estado sem Direito, ausente de uma organização jurídica central. Como pontua Kelsen, afirmar que há um Estado de Direito é justificável no sentido de afirmar-se que cumpre os requisitos da democracia e segurança jurídica, caso contrário seria redundante. Entende-se que não há Estado sem estes requisitos, portanto, sem Direito.

Logo, não há que se falar em imposição do extremo injusto pelo Estado, posto que é o Direito que o cria (o Estado) e submete a todos, como ensina Kelsen. Assim, na existência de uma imposição de um “direito” (mais correto referir-se como ato com força-de-lei) extremamente injusto, não se pode dizer tratar-se de um direito propriamente dito, de um produto do sistema jurídico, mas de uma exceção ao sistema jurídico, embora pretenda revestir-se de sua roupagem a fim de buscar legitimidade. Desta forma, não sendo efetivamente direito, não se reveste do caráter jurídico, devendo ser extirpado.

Dito de outro modo, na hipótese da criação de um extremo injusto, justamente por não ser direito (ser ato com força-de-lei), não corresponde ao Estado e ao sistema jurídico, devendo ser afastado precisamente por isto, por representar um arbítrio antijurídico causado por uma distorção no exercício do Poder. Nota-se que a própria sistemática positivista, se bem observada, afasta o extremo injusto.

Repisando que na hipótese de criação de um extremo injusto por vontade popular, se incorreria na existência de uma moral negativa de direitos fundamentais, melhor explanando o terceiro critério para identificar que uma correção do direito pela moral, na via judicial, não se mostra eficaz. Isto porque se a própria moral que impulsiona a vontade popular é negadora destes direitos humanos, ilógico pretender que ela mesma venha a ser corretiva quando inserida em um contexto judicial.

Realizando recorte mais pragmático, tem-se as afirmações de Barroso, que assevera: “nesse novo ambiente pós-positivista, no qual a Constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central, os juízes e as cortes frequentemente necessitam recorrer à moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente” (BARROSO, 2014, p. 63).

Ocorre que a utilização da moral não tem se mostrado efetiva na resolução de “casos difíceis”, bastando observar que ao adentrar à moral como ferramenta de correção do direito, pela via judicial, acaba por aproximar o Judiciário de discussões políticas, gerando um amálgama entre o jurídico, o político e o moral. De toda sorte, ainda que variados os motivos, notável certa inquietação social em face desta ação judiciária, que se mantém muito mais pelo argumento de autoridade do que pela aceitação da sociedade.

Ademais, se a própria sistemática positivista afasta o extremo injusto, como retromencionado, é possível que esta injustiça seja perpetrada precisamente pelas bases defendidas pelo jusmoralismo. Isto porque a corrente axiologista entende pela inserção de preceitos morais no sistema jurídico, abrindo caminho para que uma moral desabonadora de direitos fundamentais, corrompida, influencie o direito e perpetre o extremo injusto, pela via judicial. Há exemplo histórico, como o ocorrido na Alemanha nazista, em que a moral nazista foi utilizada como mecanismo de reinterpretação do direito positivado, para que atendessem às suas exigências.

Como já mencionado na parte reservada neste trabalho ao “relativismo moral” (item 3.1), há possibilidade de uma moral ser infratora de direitos fundamentais e, por ela, originar-se o extremo injusto, como ocorrido nas barbáries do regime nazista (MAUS, 2010, p. 66-68). Cumpre esclarecer que este tema já restou detalhado no item mencionado.

Considerando já ter sido explanado no item 3.1.1, deste trabalho, não se repetirá pormenorizadamente, bastando sustentar neste momento que a Alemanha nazista não se mostrava tão apegada à normatividade (THAMAY; HERANI, 2016, p. 72-73 e MACEDO JÚNIOR, 2001, p. 171-172). Em verdade este regime buscou legitimidade justamente na moral, na tentativa de incutir nos indivíduos cooptados a ideia de que estariam participando de um evento histórico grandioso (ARENDR, 1999, p. 121). Isto é visto nas “Cartas aos Juizes”, em que Hitler incentivava os juizes alemães a não se “servir como um escravo das muletas da lei” (MAUS, 2010, p. 66) (que impedia seus objetivos), devendo interpretar o ordenamento jurídico mediante seu espírito, embora seja necessário complementar, indicando tratar-se de um espírito nazista.

Este embate é claramente visto entre Hans Kelsen e Carl Schmitt. De um lado Schmitt sustentava a necessidade de uma forte ligação entre o Estado e a política, inserindo seu conceito sobre a Carta Magna como decisão política, de modo que se

mostrava mais benéfico que restasse sob a guarda do chefe do Executivo, posto que mais atento às forças sociais, como vistas no campo econômico, moral, ideológico e religioso, dentre outras (SCHMITT, 2009, p. 20-23, 27, 40-41, 43 e ss. e 195).

De outro lado postava-se Kelsen, sustentando que a guarda da Constituição deveria permanecer sob um Tribunal Constitucional, afastando-se do modelo Schmittiano. Como se vê na Constituição Austríaca de 1920, com participação ativa de Kelsen, criou-se um Tribunal Constitucional, com a finalidade de guardar a Constituição, bem como regular as interações entre os entes federados e a União, através de um “um controle de constitucionalidade da legislação estadual e da conformidade da administração estadual com as leis federais”. Na sistemática foram criadas duas Cortes, de modo que “o controle jurisdicional sobre a constitucionalidade das leis estaduais e sobre a conformidade da administração estadual com as leis federais está confiado à Corte Constitucional e à Corte Administrativa”. Este controle se dava sobre toda a atividade legislativa e executiva, ou seja, “não apenas tendo em vista a conformidade da legislação estadual com a Constituição Federal, mas a constitucionalidade da legislação como um todo – portando também das leis federais” (KELSEN, 2013, p. 5-17).

É amplamente reconhecido, em meio doutrinário, que Kelsen “foi um dos principais responsáveis pela redação da Constituição da Áustria, concebendo inclusive a técnica de controle de constitucionalidade por meio de um tribunal específico, do qual se tornou magistrado” (MASCARO, 2019, p. 295). Kelsen é comumente apontado como um dos mais importantes nomes na construção teórica do controle de constitucionalidade, especialmente na vertente concentrada (CASTILHO, 2019, p. 274; THAMAY, HERANI, 2016, p. 74-75; BINENBOJM, 2014, p. 35-37).

Como aduzem Thamay e Herani:

No esforço de colocar as teorias em plena aplicabilidade, os autores anteriormente referidos utilizam todo seu intelecto, e Kelsen acaba por perceber que Schmitt busca de todas as formas, e até aparentemente de forma desesperada, comprovar que o guardião da constituição deve ser o Chefe do Reich, mais precisamente em nossa realidade o Chefe do Executivo. Segundo sustenta o próprio Kelsen, a vantagem de seguir o modelo que dota a um Tribunal o controle de constitucionalidade vem no sentido de que este Tribunal não participa do exercício de poder e não coloca antagonismo entre o parlamento [Legislativo] e o governo [Executivo]. Por isso, não há como agregar a teoria de um autor à do outro, por serem totalmente antagônicas, tornando-se natural o afastamento dos autores (THAMAY; HERANI, 2016, p. 75).

Dando continuidade, Alexy argumenta no sentido de que somente seria possível a utilização de uma “moral nazista” em uma “sociedade que se tenha tornado majoritariamente adepta de uma ‘moral nazista’”, concluindo que esta possibilidade “não se mostra tão relevante” (ALEXY, 2009, p. 67).

Embora o autor tente minimizar a possibilidade e o perigo que daí exsurge, é observável sua ocorrência no decorrer da história humana, através deste e de tantos outros exemplos de regimes autoritários. Também há potencialidade de se instalar, ainda que em proporções menores, em sistemas democráticos, causadoras de mazelas tanto para as instituições quanto para a própria sociedade. Em verdade, a possibilidade da correção do direito por uma moral que exclua direitos fundamentais é, sim, relevante.

Quando Alexy se refere à “tese da moral”, aludindo à tese da conexão entre direito e moral e, neste caso, especificamente sobre a vertente fraca, onde o direito se vincula a qualquer moral e não a uma moral correta (vertente forte), evidencia-se a possibilidade de inserção de princípios calcados em morais negativas de direitos fundamentais. Como afirma o autor: “também podem distinguir-se muito, quanto ao conteúdo, dos princípios de um Estado constitucional democrático, como é o caso do princípio da segregação racial” (ALEXY, 2009, p. 91).

Logo, como se observa, as bases para as ocorrências dos diversos extremos injustos ocorridos no regime nazista não foram proporcionadas pelo positivismo jurídico ou por conceitos de direito que defendem a tese da separação. Como verificado, foi precisamente a inserção de pautas morais para a interpretação do direito posto, por se tratar de uma moral desafiadora de direitos fundamentais/humanos, que deu azo ao regime.

Por fim, como analisado, a utilização da moral como mecanismo de correção do direito, na via judicial, não se mostra eficaz, tanto em regimes democráticos quanto autoritários.

#### 3.4 EFETIVIDADE DA MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: SEGURANÇA JURÍDICA E LEGITIMIDADE

A segurança jurídica e a legitimidade dos atos estatais encontram-se

simbioticamente interligados, tornando os dois conceitos interdependentes. Caso pretenda-se garantir segurança jurídica, ou como Bobbio denomina: “princípio da certeza do direito” (BOBBIO, 1995, p. 207), sem legitimidade dos atos estatais praticados, o resultado será o fracasso. De outro lado, a tentativa de sustentar-se um Estado, ainda que legítimo, sem segurança jurídica também redundaria em insucesso.

Para que se garanta a segurança jurídica em um Estado é necessário a existência de legitimidade. Do mesmo modo, a fim de que se tenha legitimidade, imprescindível que se mantenha a segurança jurídica, inclusive nos próprios meios de legitimação dos movimentos estatais. Portanto, basilar observar se a correção do direito pela moral, na via judicial, proporciona tanto a segurança jurídica quanto a legitimidade necessária, a fim de aferir sua (in)viabilidade neste aspecto.

Neste contexto, Alexy (2009, p. 62-63) sustenta que a vertente forte da tese da vinculação (moralismo jurídico) pode levar à insegurança jurídica, posto que defende a retirada da característica jurídica do direito àquele que proporcionasse toda e qualquer injustiça.

Como se observa, este argumento é um “calcanhar de Aquiles” das teses da vinculação. Como aduz Alexy, “se, além disso, parte-se do julgamento que cada um faz da justiça para autorizar a todos que desobedeçam às leis, o argumento da segurança jurídica se reforça, transformando-se em argumento de anarquia”. Embora assim afirme, o autor busca minimizar esta problemática, recorrendo a um argumento *ad hominem*, quando declara que “não há necessidade de dar continuidade a essa ideia, pois nenhum positivista que se preze defende tais pontos de vista” (ALEXY, 2009, p. 63).

Este argumento não é absurdo como suas colocações procuram fazer parecer. Basta observar as construções dworkinianas, já apresentadas neste estudo, para que se perceba a defesa da utilização de uma moral objetivista (moral política de determinada sociedade) como orientadora do direito em todas as fases, ou seja, criação, hermenêutica e aplicação.

Este ponto argumentativo representa uma vulnerabilidade da tese da vinculação. Alexy tenta apresentar defesa a fim de manter a sistemática da tese vinculativa, no sentido de que este argumento da justiça, ou da identificação da injustiça, deve ser utilizado racionalmente e de forma fundamentável. Assim, quanto mais próximo do extremo injusto, mais visível ele se tornaria, finalizando ao afirmar que “por isso, a tese não

positivista da vinculação leva, quando muito, a uma perda mínima da segurança jurídica” (ALEXY, 2009, p. 63).

Esta certeza quanto à racionalidade e fundamentabilidade de decisões já foi objeto de análise, tal como se vê nos itens 3.1.1, 3.3 e 3.4. Portanto, repisa-se as críticas realizadas pela hermenêutica filosófica existencialista, tal como vista em Heidegger e Gadamer.

Como se nota, regimes totalitários, como o nazista, se fundaram em uma moral negadora de direitos fundamentais, porém, à época, mostrou-se suficiente para mobilizar o Estado e grande parte da sociedade, buscando justificar os atos e atrocidades cometidas. Tentou-se racionalizar e bem fundamentar as decisões. Não representa a possibilidade de incorrer-se somente em uma perda mínima da segurança jurídica, mas abre margem para que sistemas morais contrários aos direitos fundamentais/humanos guiem a moral pública e o Estado.

Para além da possibilidade de utilização do argumento da (in)justiça em face do extremo injusto, afastando-se, neste momento, dos regimes autoritários que buscam sua legitimidade na moral, tem-se outro aspecto perigoso e recorrente: a utilização do argumento da justiça para afastamento do direito considerado tão somente “injusto” (e não “extremamente injusto”). Se todo o Direito deve ser moral, bem como essa moral é relativa, abrem-se possibilidades de afastamento das normativas jurídicas por serem supostamente injustas, ainda que o julgamento da justiça tenha sido realizado pela visão parcial de um sistema moral, dentre os vários que compõe a sociedade. Em última instância culminaria em uma anarquia, posto que todo o direito poderia ser afastado a todo momento sob o argumento de ser injusto (por meio de um conceito moral relativo sobre injustiça).

Uma vez constatada a relatividade moral, posta a existência de variados sistemas morais conviventes em uma mesma sociedade, o justo se reduz à análise da fundamentação de quais preceitos morais são importantes para cada sistema moral. Assim, se determinado direito é considerado justo por um sistema moral, por outro, com outros valores, poderá ser injusto, tal como afirma Kelsen (2009, p. 72-74). Portanto, a tentativa de justificação do Direito positivo pelo Direito natural, ou seja, pelos valores morais (variados), acaba por extinguir a função do primeiro, de modo que “se a norma de um direito positivo vale apenas na medida em que corresponde ao direito natural, então o

que vale na norma de direito positivo é apenas o direito natural” (KELSEN, 1998, p. 6).

Dito de outro modo, guardadas as diferenças entre o jusnaturalismo e o jusmoralismo, considerando que ambos assumem a moral como corretora do conteúdo do Direito, o que vale, de fato, é a moral e não o Direito, caso seja adotado o sistema jusmoralista (como também o jusnaturalista). Isto porque o Direito somente é considerado válido se condizer com a moral que o corrige, portanto, deve repetir seus fundamentos. Logo, o que verdadeiramente se impõe é a moral e não o Direito. Há impossibilidade de dois soberanos sobre a mesma temática, ou seja, ou a moral ou o Direito se impõe.

Assim, se considerada a possibilidade de afastar a qualidade jurídica de determinada normativa fundamentando-se no argumento da injustiça, tendo em vista a relatividade moral, certamente seria proporcionada insegurança jurídica, uma vez seriam afastadas normativas para sistemas morais divergentes, ainda que sob a mesma sociedade e Direito. Este modelo fere gravemente a ideia de Direito como consenso e generalidade, dado que poderia ser afastado por ideias de justiça fundadas em morais relativas. É a representação de um direito *ad hoc*.

Ainda neste tema, Streck explana as diferenças e semelhanças entre sua teoria (Crítica Hermenêutica do Direito) e o direito como integridade, tese defendida por Dworkin. Assim, para ambas, a decisão do julgador se diferencia de escolha, porque não há critério valorativo (discricionariedade) para escolher entre variadas teses que se aplicam no caso que está sob julgamento. A decisão judicial, nestes termos, passa a ostentar responsabilidade política. Afirma que “no caso da decisão jurídica (sentença), é possível adaptar a fórmula proposta por Rombach, para dizer que ela pressupõe um comprometimento por parte do agente judicante com a moralidade da comunidade política” (STRECK, 2020, p. 387-388), de modo a não escolher, mas decidir, através da interpretação, quais critérios interferem na questão, inclusive os substanciais (moralidade).

Assim, o autor afirma que sua teoria, baseada na integridade dworkiniana e hermenêutica filosófica gadameriana, tal como as bases retromencionadas, se caracterizam como “antirrelativistas e antidiscionárias, apostando, respectivamente, na tradição, coerência e integridade para conter as ‘contingências’ do Direito” (STRECK, 2020, p. 389).

Tal como argumentando no item 3.1, para que estes parâmetros pudessem levar

à uma resposta correta/adequada ou qualquer outra forma de se atingir uma certeza, necessário que se apontasse qual tradição está a ser referida. Já constatado que não há tradição universal, não mostrando-se coerente buscar objetividade, certeza, na relatividade ou interpretatividade. Ainda que a hermenêutica gadameriana aponte para a interpretatividade, como classe entre o subjetivismo e o objetivismo, é cediço que deverá ser realizada por intérpretes, com suas condicionantes. Mesmo que inseridos no círculo hermenêutico, tais pré-conceitos, conscientes ou inconscientes, nunca poderão ser completamente aniquilados, como afirma Gadamer (1997, p. 405, 415-416).

Portanto, apoiar-se na tradição, similarmente como ocorre com a moral, não representa forma peremptória de eliminar subjetivismos, posto que tanto o objeto a ser interpretado (tradição/moral) é relativo quanto o intérprete possui condicionantes, que podem ser amenizadas, mas nunca eliminadas.

Assim, como verificado na vertente fraca da tese da vinculação, a utilização da moral como forma de correção do direito, na via judicial, é propensa a causar insegurança jurídica, no sentido de afastar a certeza do direito, dado que possibilita maior discricionariedade ao julgador, embora não seja este seu objetivo.

Do mesmo modo ocorre com a tradição. Certamente a busca pelo comportamento social sedimentado na historicidade contribui para melhor interpretação do Direito. Para isto já se tem o método histórico. Contudo, para que a tradição pudesse servir como fecho do sistema interpretativo do Direito, necessário seria que ela se mantivesse e se robustecesse no transcorrer da temporalidade, tal como se vê em maior intensidade em países adotantes das leis consuetudinárias (*common law*). Observando a história nacional é possível constatar que não há forte apego à tradição pátria, bastando perceber os movimentos políticos de revoluções, passando de uma monarquia para uma república, através de um golpe militar; após para uma ditadura (varguista); a seguir para uma nova república; posteriormente para outra ditadura (militar); e novamente para uma república. Certamente várias tradições foram iniciadas e interrompidas, dificultando o processo de sedimentação de uma tradição que serviria como estabilizadora do sistema.

Para tanto, basta observar que vige a sétima Constituição em território nacional em, aproximadamente, duzentos anos de independência. Ainda, a Constituição Federal de 1988 já restou emendada mais de cento e vinte vezes em, aproximadamente, trinta e cinco anos de vigência. Certamente o processo de sedimentação da tradição não é

favorecido por esta sistemática, comprometendo seu uso como mecanismo substituto da moral para a interpretação do Direito.

Deste modo, para que a tradição pudesse servir como estabilizadora do sistema deve-se fortalecer sua manutenção no ambiente público, bem como incentivar sua observação no campo da individualidade dos cidadãos. Se houver tantas tradições quantos sistemas morais vigentes em sociedade, sua utilização padecerá da mesma problemática da relatividade moral.

Dito isto, passa-se à análise quanto a legitimidade. A utilização da moral como meio de correção do Direito, em âmbito judicial, tem a potencialidade de interferência do Judiciário em assuntos políticos tipicamente pertencentes aos outros Poderes. Se apontado que a utilização da moral para o fim da correção do Direito, na via judicial, geralmente ocorre quando em casos difíceis e estes, não raramente, tangenciam diretamente questões políticas, bastando ver os numerosos casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, pode-se bem delinear um argumento sobre a ilegitimidade, em face da (in)viabilidade da moral como correção.

De início, tal como Cambi afirma, “não há nenhuma garantia de que um governo dos juízes seria moralmente melhor que ao de representantes eleitos, uma vez que os valores e princípios constitucionais são maleáveis, por conta de sua tessitura aberta” (CAMBI, 2023, p. 492). De fato, nada impede que um governo de juízes não recaia em uma oligarquia corporativista, que despreza a vontade popular, ou outras formas de deformação do fim estatal.

É fenômeno cada vez mais comum a judicialização da política, devido ao extenso rol de direitos, especialmente sociais, garantidos pela Constituição Federal/88, bem como o princípio da inafastabilidade da jurisdição, dentre outros tantos variados motivos. Entretanto, a judicialização da política não pode traduzir-se em politização da Justiça (no sentido de Judiciário).

Ocorre que a Constituição Federal vigente determina que todo Poder emana do povo. Evidente que o Judiciário não retira sua legitimidade diretamente da vontade popular, uma vez que ausentes eleições para suas investiduras, mas sim da própria Constituição. Com isto, necessário que a atuação do Judiciário seja moderada, comedida, ou seja, havendo dúvida a melhor solução é conter-se. A movimentação deste Poder está alheia à vontade popular, em sentido *lato*, justamente para garantir maior neutralidade

(considerando que a neutralidade total é utópica) em sua atuação. Inconscusamente que nenhum Poder democrático está alheio ao controle social e da interdependência com os demais Poderes, contudo, o Judiciário se vê menos sensível à vontade popular. E isto não é um problema a ser corrigido, é justamente seu objetivo. Nada obstante, se possui esta prerrogativa, também deve observar o ônus da autocontenção.

É justamente a possibilidade de politização do Judiciário, que pode ocorrer precisamente pela sua análise corretiva do Direito mediante uma moral, que o arrasta para o campo político. Nesta seara ele estará em desvantagem, dado o mencionado déficit de legitimação mencionado.

Não é sem motivo que Cambi faz ressalvas quanto à contenção em face da vontade popular, a fim de que não se recaia em um pragmatismo jurídico ou em um populismo jurídico. Mencionando questões acerca de políticas públicas, entendendo pelo controle judicial destas normativas, sustenta que, precisamente pela complexidade da questão, a fim de “evitar que o juiz simplesmente se substitua o administrador público, é necessário a formulação de regras adequadas ao controle de constitucionalidade e a intervenção judicial em políticas públicas” (CAMBI, 2023, p. 493-498).

Por vezes, considerando a crise da representatividade democrática, desconfiança social em face de atores políticos e dificuldade de concretização plena do ordenamento jurídico (por diversos fatores, inclusive por uma programaticidade excessiva), apresenta-se a ideia de que uma maior gestão do governo pelo Judiciário poderia trazer melhores resultados. É afirmação meramente opinativa. A crença pela eventual superioridade moral de juízes ou sua incorruptibilidade ante à política é especulativa. Uma vez adentrado o campo político, as mesmas complexidades e incentivos à comportamentos não desejados pela vontade popular se farão presentes aos juízes, com a agravante de que não respondem ao crivo da responsabilização perante esta vontade popular, como o exercício do poder por mandatos, tal como os outros Poderes.

Neste sentido, Cunha corrobora que há uma falta de confiança do povo ante as instituições, pontuando que “salvar-se-ão em alguns países as Supremas Cortes, e decerto um pouco mais... E mesmo o judiciário, sobretudo se se expuser muito politicamente, pode perder o prestígio que de algum modo por natureza do recato e distanciamento tem” (CUNHA, 2018, p. 99).

A exemplo, tem-se a atuação do Supremo Tribunal Federal nas investigações

iniciadas por ele próprio em face de eventuais crimes contra a honra dos ministros e eventuais ameaças contra suas vidas. Assim também ocorreu no Inquérito nº 4.781, de 14 de março de 2019, em que o Supremo Tribunal Federal passou a investigar a existência de notícias falsas (fake news), ameaças, entre outras possíveis condutas criminosas que atingiram a “honorabilidade do STF, de seus membros e familiares”, investigação essa movida em face do ex-Procurador-Geral Rodrigo Janot. Ora, o referido inquérito foi instaurado de ofício pela Corte Constitucional, ferindo gravemente o sistema acusatório e as garantias constitucionais dos cidadãos. O procedimento de investigação criminal é dever do Ministério Público, tal como sustenta Cambi (2023, p. 488-489).

Aqui identifica-se uma correlação direta entre segurança jurídica e legitimidade, como mencionado no início deste capítulo. A Corte Constitucional não detém competência/legitimidade para assim proceder, de modo que sua decisão causa insegurança jurídica. Como afirma Cambi, “as decisões judiciais não devem promover insegurança jurídica, que é um dos fatores que contribuem para o estado de exceção” (CAMBI, 2023, p. 489).

Ocorre que o próprio desenho institucional da Suprema Corte brasileira contribui para a politização do Judiciário. Isto porque congloba três funções que normalmente encontram-se separadas, quais sejam, a de tribunal constitucional, a de foros judiciais especializados e tribunais recursais de última instância. Somado com o tratamento prolixo dado pela Constituição aos mais diversos pormenores da vida em sociedade, propiciam o que Oscar Vilhena Vieira denomina de Supremocracia. Em suas palavras, “a equação é simples: se tudo é matéria constitucional, o campo de liberdade dado ao corpo político é muito pequeno” (VIEIRA, 2008, p. 446-450).

Mais gravosa do que a Supremocracia, é a Ministrocracia, que para além do superlativo poder da Corte Constitucional, tem-se que a imensa maioria das decisões da Corte são tomadas individualmente por ministros, monocraticamente (CAMBI, 2023, p. 491).

Inconcusso que certa desconfiança e supervisão dos representantes da vontade popular é saudável para a própria democracia. Entretanto, isto não pode recair em um extremo de apequenar-se o campo político a tal ponto que se culmine em uma “democracia protegida”, como estabeleceu Agamben (2004, p. 29), posto que nestes termos não se trata de uma democracia de fato, assemelhando-se com o paradigma de

uma “ditadura constitucional”, funcionando como uma fase de transição para um regime totalitário<sup>1</sup>.

Dito de outro modo, a negação da política enquanto base do Estado democrático e a transferência de responsabilidade deste campo para o Judiciário incentiva a existência e manutenção de uma democracia de gabinete. Isto possibilita o afastamento entre povo e Poder, com potencialidades de rompimentos democráticos.

Esta legitimação democrática permeia as teorias agregadora e deliberativa. Como aduzem Alves e Souza (2018, p. 110-111), em princípio a tese agregadora, calcada na razão humana, defendia o ideário de participação popular mínima na política, elegendo seus representantes e concedendo-lhes liberdade de atuação, considerando que a população não possuía condições técnicas para controlar esta atividade. De outro lado, a tese deliberativa pretende uma aproximação entre política, representantes e o povo, devendo haver justificção inteligível dos atos políticos, logo, necessário que a população participe do debate político para que se tenha legitimidade.

O modelo da teoria agregadora é criticado pela possibilidade de retroalimentação de um processo de manutenção do poder restrito à um extrato social. Considerando que determinado grupo seria eleito para representação e que a participação popular, basilarmente, se restringiria à eleição, justamente por sua falta de capacidade técnica. A distribuição do poder e renovação de premissas políticas se veria prejudicada. É incentivo para a manutenção desta condição de “atecnicidade” popular para preservação do *status quo* dos representantes políticos, por exemplo. Em simples termos, este modelo tende a recair em uma oligarquia (ALVES, 2013).

As críticas quanto a legitimidade de atuação política do Judiciário, especificamente no campo de políticas públicas, mas que podem ser alargadas para outros âmbitos, são destacadas por Barroso (2009b, p. 24), referindo-se a prerrogativa popular sobre gastos de recursos públicos.

---

<sup>1</sup> Agamben está fazendo referência ao conceito de “ditadura constitucional” utilizado por Schmitt. Vale lembrar que Agamben se debruça sobre o debate entre Carl Schmitt e Walter Benjamin sobre a juridicidade do estado de exceção nazista. Enquanto Schmitt defendia a existência de juridicidade, Benjamin sustentava que não se tratava de um Estado jurídico. Esta “ditadura constitucional” se referia ao incremento de poderes do Estado em casos excepcionais, buscando retirar legitimidade daí. Agamben é um defensor que este estado de exceção não se mostra como incremento de poderes, mas sim a suspensão do Direito, retornando a sociedade ao período pré-jurídico.

Ainda, é cediço que uma das funções do Judiciário, especialmente da Corte Constitucional, é a contramajoritária. Logo, a contenção do ímpeto da vontade popular em favor do desrespeito do que comumente menciona-se como direitos da minoria, embora de maior correição técnica mencionar como direitos fundamentais, posto que estes mesmos direitos também estão presentes em relação à maioria democrática.

Assumindo esta função de correção moral do direito e uma atividade proativa, por vezes ativista, do Judiciário, tem-se a possibilidade do abandono desta função contramajoritária, posto que estaria mais exposto à vontade popular. Frise-se que é dever do Estado, em suas variadas funções, especialmente no âmbito político, estar exposto à vontade popular, sob pena de rompimento democrático. Certamente a conduta do Judiciário politizado, no modelo superlativo que está sendo tratado, que não é sensível à vontade popular estaria próximo de uma ditadura.

Ademais, ainda no campo da legitimidade, questiona-se: quem concedeu legitimidade ao Judiciário para ser guardião da moral, para além de ser da Constituição. Na senda do que declara Cambi, “o Direito não pode ser transformado em um objeto de consumo, onde tudo passaria a ser regido pela relação meio e fim, deixando o Judiciário de ser o guardião ético dos objetos jurídicos” (CAMBI, 2023, p. 496).

Neste mesmo sentido é que se posiciona Ferraz Júnior, sustentando que havendo politização do Judiciário, seu exercício torna-se apêndice de um jogo de estímulos e respostas em que voga mais “cálculo do que sabedoria”, recaindo em um pragmatismo/consequencialismo, posto que passa a ser reverenciada uma visão política do mundo, onde “transforma sua ação decisória em pura opção técnica, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no bom funcionamento” (FERRAZ JÚNIOR, 2007, p. 409).

De fato, a politização do Judiciário tende a torná-lo semelhante aos outros Poderes, por se inclinar à vontade popular ou, se assim não ocorrer, reveste-o de um caráter autoritário, no sentido pejorativo do termo.

De mais a mais, a concepção do Judiciário ser o guardião ético da sociedade mostra-se controversa. Partindo do pressuposto de que a moral é relativa, pergunta-se de qual moral ele passa a ser guardião, inevitavelmente inserindo-o no campo político, posto que deve justificar (politicamente) o porquê determinado sistema moral deve ser elevado ao estado de “a Moral” e não outro, dentre as tantas variantes.

Quando se defende esta função jurisdicional, que se assemelha muito à função sacerdotal, esbarra-se na “paternalização” estatal, no sentido de enxergar-se a sociedade e seus cidadãos como incapazes de se autogovernarem, necessitando da tutela estatal/judicial para a boa convivência social, embora deva-se acrescentar que este conceito de bom é condicionado à posição/opinião dos detentores do poder.

Neste sentido caminham os estudos de Maus, demonstrando que a infantilidade da sociedade vem sendo incentivada, dentre outros motivos, pelo papel que o Judiciário vem exercendo, assumindo “todas as características tradicionais da imagem do pai” (MAUS, 2000, p. 185). Sobre o tema, Fonteles declara: “não se pode divinizar o Judiciário (...) nós, integrantes da sociedade, não somos órfãos à procura de um pai. Pelo contrário, governamos a nós mesmos (...) sobretudo em questões morais e de foro íntimo, o natural é que os cidadãos queiram decidir por si mesmos”. Continua o autor, afirmando que o Estado não pode agir como se seus cidadãos fossem incapazes de criar projetos de vida e se autotutelar. Termina por afirmar que “decidir por si mesmo significa que o Legislativo decida (não o Judiciário), afinal, os mandatários do povo foram sufragados nas urnas para receber um mandato popular” (FONTELES, 2020, p. 48), portanto, quando a lei decide uma questão moral, é decisão do próprio povo, por meio de suas representações.

Interessante apontamento é realizado por Ingeborg Maus. Sustenta a autora que este revestimento moral do Judiciário, tal como ocorre através da doutrina de Dworkin, desta ligação inseparável entre Direito e moral, “não obstante sua melhor intenção”, acaba por servir a “mascarar moralmente o decisionismo judicial”, especialmente em face das inexplicadas relações entre a vinculação do Direito e da moral, “as convicções morais empíricas de uma sociedade e a moral pessoal do juiz”. Isto eleva o Judiciário a um estado superior, alheio às críticas que podem ser realizadas, justamente por esta interpretação judicial alargada da “moral social”, que tem sempre um campo ampliado para “por suas próprias ponderações morais”. Este estado superior em que se encontra o Judiciário, por este modelo teórico, precisamente por ser o julgador da moral social, o subtrai do controle comum a todos os Poderes democráticos, sendo “notória a regressão ao modelo social pré-democrático de integração” (MAUS, 2010, p. 18-19).

Este processo pode representar a substituição de um poder autoritário – uma ditadura ou um império – por outro. Comumente visto em sociedades recém democratizadas, esta desconfiança em face do povo e de seus representantes acaba por incentivar um controle maior pelo Judiciário. Pertinente a indagação de Maus: “há que se

perguntar também: é a justiça, em seu atual modo de funcionamento, não apenas substituta imperial, mas também uma substituta do imperador?” (MAUS, 2010, p. 19) – repisando que se refere ao contexto alemão, porém aplicável ao nacional.

Em outros termos, observável que em jovens sociedades democráticas hajam tentativas de preencher o vácuo de poder deixado pelo autoritarismo recém superado, por meio da desconfiança das capacidades do povo em se autotutelar e dos seus representantes políticos, incentivando a substituição de um *modus operandi* autoritário por outro.

Esta ausência de legitimidade do Judiciário, no sentido da construção e fortalecimento da participação popular democrática no Estado, consoante a sua intensa participação política, acaba por transformar o processo eleitoral, aspectos da própria cidadania e da democracia em si, em uma falácia. A problemática é simples de ser posta e complexa de ser resolvida: se um poder não eleito age ativa e intensamente nas decisões políticas, em detrimento dos eleitos, não se pode denominar como regime democrático. Daí advém os conceitos de *supremocracia*, *juristocracia*, *ministrocracia*, entre tantos outros.

As experiências democráticas demonstram que não se constrói um Estado para depois torná-lo democrático. É um processo concomitante. Incorre-se na problemática de democracia sem povo, de alijamento popular, de falta de sociedade civil organizada, entre outros problemas, brevemente tratados no item 3.3 deste estudo.

O amadurecimento político e democrático da sociedade depende de participação popular ativa e do afastamento desta tutela Judicial ampla sobre aspectos políticos da sociedade. Considerando o desenho institucional e as próprias finalidades idealizadas para o Judiciário, tem-se que ele deve agir em momentos específicos, críticos para a manutenção do sistema, não podendo gerir diuturnamente a política em seus mais diversos campos. Esta ingerência exacerbada é possibilitada pela adoção da moral como corretivo judicial do direito, ferindo a legitimidade, como já exposto.

Portanto, verifica-se que a utilização judicial da moral como ferramenta de correção do direito permite a inserção (demasiada) do Judiciário no campo político, não atendendo, similarmente à segurança jurídica, ao critério da legitimidade. Assim, constata-se a inviabilidade deste modelo.

Por fim, outra questão ganha relevo neste debate sobre a legitimidade e

segurança jurídica da utilização da moral como mecanismo judicial de correção do Direito. Na senda de Hart (1987, p. 35-40), este sistema de correção moral do Direito abre caminhos para a punição da (i)moralidade “em si mesma”, ou seja, punir-se comportamentos que não causam prejuízos à terceiros, porém são tidos como atos de imoralidade que proporcionam uma corrupção da moralidade pública.

Como já se constatou neste trabalho, a moral é relativa, de modo que a sociedade é permeada de inúmeros sistemas morais distintos que se assentam em valores divergentes. A utilização da moral como mecanismo de correção, especialmente na vertente judicial, que é o objeto deste estudo, possibilita a pura perseguição/punição de comportamentos morais diversos do que orienta o intérprete-julgador, ainda que não causem danos à terceiros, em nome da “moralidade pública”. Evidente que este modelo fere a liberdade dos indivíduos, que se verão obrigados a acatar pautas morais pessoais do intérprete.

De outro lado, considerando a relatividade moral, estas punições pela “moralidade legal” (punição da moralidade em si mesma) apresentam divergências, posto que há discrepância entre os intérpretes-julgadores, justamente pela variabilidade moral. Assim, culminaria em efeitos já estudados neste momento, quais sejam, falta de legitimidade e insegurança jurídica. Falta de legitimidade na assunção do Judiciário à posição de “guardião da moral”, prerrogativa que não lhe foi concedida. Insegurança jurídica pela variedade de decisões conflitantes e, inclusive, pela negativa da singularidade dos indivíduos, que se veriam obrigados a não praticar atos permitidos por sua moral, que não causem danos à terceiros, porque “feririam a moralidade pública”, ainda que seja termo extremamente vago.

Sobre o tema, Hart (1987, p. 38), referindo-se a um caso julgado pela Corte Britânica, esclarece que “quanto à ideia excessivamente vaga e obscura de corrupção da moral pública – inspirou uma atitude no sentido de punir a imoralidade, em si”. O que se verificou, no caso, era se os atos tidos como atentatórios à moralidade pública incentivavam que outras pessoas se desviassem da “boa moral”.

Este modelo logrou que “assuntos pertinentes à ciência, literatura e arte, ou pesquisa, devem ser levados em conta e, provado que, em tais áreas, a publicação atende ao interesse público, inexistente ofensa à lei”. Este movimento do Judiciário em autoproclamar-se guardião da moral, “*custos morum*”, ou “*censores e guardiães gerais*”

*dos costumes*” custa um alto preço “em termos de sacrifício de outros valores” (HART, 1987, p. 37-40). O principal destes valores, como acentua Hart, é o da legalidade. Tratando-se da punição, portanto, de matéria criminal, a legalidade exige a prévia definição, de modo exato, da conduta tipificada, a fim de que sejam conhecidas pelos cidadãos, ou seja, quais serão punidas e quais serão lícitas, indiferentes ao campo penal. Contudo, em nome da guarda da moral pública e buscando evitar incentivos à sua corrupção, acaba por criar-se, por exemplo, um tipo penal vago.

### 3.5 CONCLUSÃO PARCIAL

A (in)viabilidade da moral como mecanismo de correção judicial do direito foi analisada sobre variados aspectos, tais como: a possibilidade de uma moral objetiva, o extremo injusto, a linguagem, a efetividade em regimes democráticos e autoritários e (in)viabilidade sobre os aspectos da segurança jurídica e legitimidade.

O principal ponto da (in)viabilidade da moral como ferramenta para este modelo repousa na possibilidade de defesa razoável de uma moral objetiva. É primordial esta constatação, posto que o moralismo jurídico pretende, justamente, superar a discricionariedade do positivismo jurídico utilizando a moral como base. Se se mostra possível o juízo discricionário com base na lei, posta suas lacunas e ambiguidades linguísticas, dentre outros fatores, inconcusso que a solução apresentada não pode redundar em outro mecanismo relativo e que permita interpretações variadas e ambíguas. Seria contraditório e contraproducente desejar substituir um mecanismo por outro de igual categoria e que apresente as mesmas características.

Isto posto, constatou-se que não é possível a defesa de uma moral objetiva, muito menos universal. As estruturas sociais são diversas. As tradições culturais são variadas. Inseridos em uma mesma sociedade, díspares são os sistemas morais que preconizam valores distintos. Em referência a estes valores mesmos não se chega a uma visão objetiva, a exemplo da tão utilizada “dignidade da pessoa humana”.

Em um exercício de aproximação dos conflitos sociais, a constatação da impossibilidade de uma moral objetiva se mostra cada vez mais evidente. Se em um primeiro momento, no campo abstratíssimo das ideias, ainda que se pretenda estabelecer

consensos, já se mostra tarefa complexa, quanto mais próximo às casuísticas da sociedade, tornando-se mais difícil esta tarefa.

Dito de outro modo, se no campo das ideias podem ser defendidos valores morais como universais, no modelo dos imperativos categóricos kantianos, quando se trata de problemas vistos na lente da microssociedade constata-se a complexidade que torna inviável a defesa de uma moral objetiva. A dignidade da pessoa humana, comumente, é invocada por lados opostos em debates políticos/morais. A ideia de justiça social também se insere nesta complexidade. Conceitos como liberdade e igualdade, defendidos em um plano abstrato, são contraditórios dentro de seus próprios conceitos como também na harmonização com outros valores, claramente vistos em tensões sociais concretas, como a liberdade de expressão e a honra, intimidade e notícias falsas (fake news), dentre outras inúmeras problemáticas.

Portanto, defender a existência de uma moral objetiva é simplificação de um complexo debate. Retorna-se ao antigo brocardo latino “Bonum hominem non est opus lege”, traduzido em algo como: “o homem bom não precisa de lei”. Justamente, o Direito nasce porque o conceito de bom é relativo, posto que é moral. Uma das mais valiosas missões do Direito é estabelecer consensos sociais, visando sua pacificação. É última linha de defesa em face ao caos social.

Nesta complexa relação ainda se inserem os argumentos do existencialismo, especialmente da hermenêutica filosófica de Heidegger e Gadamer. A noção de que o ser nunca será neutro em face do objeto, posta sua existência, predecessora de qualquer essência. A ideia de que se atribui sentido ao objeto e não se descobre sua essência. A semelhança com a ideia de Protágoras, de que o “homem é a medida de todas as coisas”. Tudo isto torna mais complexa a tarefa de defender este objetivismo moral.

Dito isto, de fato, constata-se a impossibilidade da moral objetiva, universal. Assim sendo, todos os outros argumentos, corolários desta relação principal entre Direito e moral, acabam por ser afetados.

Não é diferente em face da moral e da linguagem. Se a moral é relativa, como poderia ser objetiva a linguagem. Creditar à linguagem a função de mecanismo de objetivação dos conceitos e discrepâncias sociais também não se mostra possível. O que se verificou é que a linguagem tem a função de promover um sistema procedimental razoavelmente pacificado, justamente pela utilização relativamente semelhante por um

período longo de tempo. Assim, quanto ao procedimento, tendo em vista a sua maior familiaridade entre os cidadãos, permite que se chegue a consensos sociais, mas através de seus procedimentos e não de sua omissão. Logo, afirmações materiais do que venha a ser, por exemplo, dignidade da pessoa humana, que não seja submetida ao procedimento (legislativo/democrático) representa somente a visão de mundo do interlocutor, não revestindo-se de objetividade.

Do mesmo modo se constatou a respeito da efetividade em regimes democráticos e autoritários. Tratando-se de ambiente democrático, há ampla possibilidade de assentamento de consensos sociais e de reforma destas avenças, pelos procedimentos formais. O desprezo pelo procedimento é passo claro em face ao rompimento democrático. Ainda, se a moral é base para o assentamento do consenso, já foi utilizada no processo de construção do Direito, de modo que não faria sentido voltar a corrigir o que é reflexo de sua própria obra. Isto porque o processo legislativo, a criação do Direito, baseia-se no que a sociedade convencionou como bom para seu convívio, evidenciando o critério moral da escolha. Neste sentido, a correção pela via judicial esbarra no problema do procedimento, considerando a legitimidade e segurança jurídica, que serão tratadas posteriormente.

Já em regimes autoritários, esperar que o detentor do poder se contenha pelo uso da moral é comportamento inconsistente e inocente. Muitas vezes, se não em todas, o autoritarismo se instaura justamente em nome da moral. Comum é a apresentação de pontos que agradam os cidadãos, apelos à “boa” moral. De fato, estranho seria a subida de um ditador que prometia a supressão de direitos, perseguição política, mortes, escravidão, entre outros.

De mais a mais, a própria construção teórica de que um Estado autoritário não representa uma “ditadura constitucional”, um incremento dos poderes do Estado, mas sim um retorno ao período pré-jurídico, operando-se um vazio jurídico, portanto, já invalida esta tese. Se nem mesmo há um sistema jurídico de fato, quanto mais a correção do direito pela moral por este sistema. Em outros termos, em regimes autoritários a moral não corrige o Direito porque não há, de fato, Direito, mas atos com força-de-lei, violência despropositada (em sentido agambeniano), ou seja, força ou poder político puro.

Há sempre, ainda, a possibilidade de uma moral ser contrária aos direitos fundamentais/humanos. Afasta-se, deste modo, a falsa ideia de que o direito seria

corrigido por uma moral sempre boa, propiciadora de benefícios e pacificação social. É facilmente constatável através do regime nazista, por exemplo, que houve incentivo ao Judiciário para que interpretasse a lei positivada de acordo com a moral vigente na sociedade. Evidentemente que se tratava de uma moral em desacordo com direitos fundamentais, ou seja, corrompida.

Por fim, quanto a segurança jurídica e legitimidade, de igual modo, não se constata eficácia e viabilidade da moral como mecanismo judicial de correção do Direito. Os dois institutos são interdependentes, de modo que um Estado ilegítimo não proporciona segurança jurídica e a falta desta faz perder a legitimidade existente em um Estado.

A possibilidade de afastamento da lei com base no argumento da injustiça, em última instância, leva à anarquia, considerando que a moral é relativa. Se determinados cidadãos, guiados por um determinado sistema moral, acreditar que uma lei é injusta, e de fato ser na visão deste sistema, possibilitar que ela seja afastada seria potencializar a existência de um “direito *ad hoc*”, ou seja, um direito que flutua ao gosto momentâneo de qualquer cidadão, desrespeitando a ideia de consenso, generalidade e imperatividade legal. Certamente a insegurança jurídica seria insustentável.

De igual modo dá-se com a legitimidade. A ideia de uma correção moral pelo Judiciário implica na questão (política) de indicar-se qual sistema moral será preconizado e porquê este e não outro qualquer. Ainda, proporciona a intensa ingerência do Judiciário na política. Duas são as principais consequências: a) o Judiciário se torna sensível à vontade popular, descumprindo seu papel institucional contramajoritário, deixando vaga a função de contenção dos arroubos desta vontade; ou b) não se sensibiliza com a vontade popular, revestindo-se de um caráter autoritário, posto que não possui legitimidade advinda diretamente do povo, uma vez que não há sufrágio. Não há outro modo de entender um poder alheio à vontade popular que dite a política social que não seja antidemocrático.

A insegurança jurídica e a falta de legitimidade se retroalimentam, esclarecendo a inviabilidade deste modelo. Frise-se que a menor sensibilidade do Judiciário à vontade popular não representa isenção na prestação de contas e controle social, bem como não representa defeito deste Poder, mas sim o objetivo pelo qual foi programado. É justamente por este motivo que se deve manter mais distante do campo político.

Desta forma, as análises apontam para a inviabilidade da utilização da moral como mecanismo judicial de correção do Direito.

#### **4 A MORAL COMO MECANISMO JUDICIAL DE CORREÇÃO DO DIREITO: EFEITOS**

Parte-se, neste momento, para a análise de alguns dos principais efeitos advindos da utilização da moral como mecanismo judicial de correção do Direito, com a finalidade de observar se há benefícios ou malefícios para o convívio democrático em sociedade.

Como é importante para toda ciência, necessário que se observe os efeitos gerados pela teoria, a fim de constatar se ela se concretiza ou se há equívocos teóricos que levam a resultados indesejados. As ciências sociais possuem certa deficiência neste aspecto, justamente por uma maior flexibilidade de resultados e análises, permitindo, por vezes, ainda que não seja científico, a distorção dos resultados a fim de validar a teoria.

É basilar considerar que não são os fatos que se amoldam a teoria, mas sim a teoria que busca explicar os fatos. Portanto, por mais que determinado sistema teórico pareça bom, potencialmente gerador de resultados desejados, o olhar científico impõe uma análise real dos resultados, na pretensão de não ofuscar a visão do cientista ante seu objeto de estudo.

A moralização do Direito, teoria defendida hodiernamente pela corrente jusmoralista do Direito, possui objetivos válidos, tal como a limitação das possibilidades discricionárias das decisões judiciais, uma maior coerência destas decisões e do convívio social e uma legitimação maior desta sistemática, calcada na moral, perseguindo a ideia do bom e do justo, inegavelmente valores desejados socialmente.

Entretanto, em que pese os objetivos legítimos, constatou-se no capítulo anterior deste trabalho a inviabilidade de sua utilização como mecanismo judicial de correção do direito. Assim, necessário que se observe os resultados a fim de validar ou não a construção teórica da inviabilidade desta utilização finalística.

Buscando cumprir este afã, no primeiro subcapítulo serão tratadas questões acerca das regras e princípios, inseridos na teoria da norma, como sistemática imprescindível para o desenvolver jurídico. Analisadas serão as questões que envolvem a moralização neste sistema principiológico.

Em um segundo momento, será analisada a estruturação dos direitos fundamentais por meio de uma estrutura principiológica, consoante ao direcionamento do

Direito rumo à moralização, no objetivo de constatar se, de fato, está-se garantindo direitos fundamentais.

Por fim, este estudo se debruçará sobre a ideia de completude do Direito defendida pelo moralismo jurídico, através da integralização do Direito pela moral, observando efeitos em face da política.

Portanto, passa-se a análise.

#### 4.1 A PRINCIPIOLOGIA CAÓTICA

Os estudos de Alexy no campo da principiologia jurídica são influentes na teoria da norma, com relevo internacional e em âmbito nacional, com expressão ainda mais presente. É notável como o estudo dos princípios realizados no contexto brasileiro se assenta sobre a base alexyana, tanto na doutrina e, principalmente, na jurisprudência.

De início, Alexy (2011, p. 87) trata de esclarecer que as regras e princípios são subitens da norma jurídica, integrantes, portanto, igualmente de seu conceito, especialmente porque ambas as espécies normativas buscam um dever ser, uma permissão ou uma proibição.

Diversas são as características adotadas para a realização da distinção entre regras e princípios. Como mencionado por Alexy, a mais utilizada é a da generalidade, no sentido de que as regras possuem generalidade mais baixa, ao passo que os princípios a possuem em maior intensidade. Outros critérios são: a) a determinabilidade nos casos de aplicação; b) a forma do surgimento, no sentido de “normas ‘criadas’ e normas ‘desenvolvidas’”; c) o conteúdo axiológico evidente; d) a referência à ideia de direito ou “a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica”. Ainda há a classificação no sentido de serem “razões para regras ou serem elas mesmas regras” (ALEXY, 2011, p. 87-89), ou serem normas de argumentação ou normas de comportamentos.

Diante das várias formas de categorização de regras e princípios, Alexy elenca três grandes teses para esta finalidade. A primeira entende que a diferenciação entre regras e princípios seria fadada ao fracasso, considerando que “na possibilidade de que os

critérios expostos, dentre os quais alguns permitem apenas diferenciações gradativas, sejam combinados da maneira que se desejar” (ALEXY, 2011, p. 89).

A segunda tese defende que é possível uma divisão entre regras e princípios, mas que esta diferença se refere somente ao grau, no sentido de grau de generalidade, sendo os princípios mais genéricos e as regras mais precisas. A terceira tese afirma que a diferença entre regras e princípios não se limita ao grau de generalidade, mas também aponta a existência de uma diferenciação qualitativa. Esta última é a adotada por Alexy (2011, p. 90).

Nesta última tese, os princípios cumprem a função de “mandamentos de otimização”, ou seja, devem ser cumpridos da melhor forma possível, ainda que isto compreenda graus variados de satisfação, considerando a existência de dependência do seu cumprimento com as possibilidades materiais e jurídicas. Estas possibilidades jurídicas são determinadas pela colisão entre princípios e regras e princípios. As regras, por sua vez, “são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas” (ALEXY, 2011, p. 90-91), de modo que possuem determinações no campo das possibilidades fáticas e jurídicas, devendo ser cumpridas na exata medida que prescrevem.

Também é desenvolvida uma teoria de princípios e regras por Dworkin. Inicialmente, o autor afirma que o positivismo jurídico é um modelo teórico construído especificamente para regras, de modo a desprezar as importantes funções desempenhadas por princípios. Dworkin diferencia, ainda, políticas e princípios. A primeira categoria refere-se a um “padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado”, como uma melhoria econômica, política ou social. De outro vértice, os princípios representam padrões que devem ser observados, “não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”. Esta diferenciação pode ser afastada quando se defende, por exemplo, um princípio como “expressão de objetivo social” ou “interpretarmos uma política como expressão de um princípio” (DWORKIN, 2002, p. 35-36).

Realizando um parêntese, já se pode notar a importância do aspecto moral para a construção dworkiniana sobre o conceito de princípio, característica que será melhor abordada posteriormente.

Para Dworkin, portanto, a diferença entre regras e princípios é lógica. As regras são “aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada”, ou seja, ou a regra é válida, devendo ser

aceita, ou é inválida, não servindo como base para uma decisão. Continua, no sentido de que pode haver exceções para as regras e, existindo de fato, “será impreciso e incompleto simplesmente enunciar a regra, sem enumerar as exceções”, indicando que “pelo menos em teoria, todas as exceções podem ser arroladas e quanto mais o forem, mais completo será o enunciado da regra” (DWORKIN, 2002, p. 39-40).

De outro lado, os princípios são vistos por Dworkin como direcionamentos, não sendo passíveis de concretização sem uma decisão em particular. Em suas palavras: “enuncia uma razão que conduz o argumento em uma certa direção, mas [ainda assim] necessita de uma decisão particular” (DWORKIN, 2002, p. 41-42). Reforça, ainda, que podem haver outros princípios que levam à outra direção. Deste modo, pode um princípio não prevalecer neste conflito, porém não perde sua qualidade de princípio, posto que em outra problemática poderá ser aplicado novamente.

A partir deste modelo, tem-se a ideia de princípios em sua dimensão de peso ou importância. Isto quer dizer que na ocasião da decisão todos os princípios pertinentes devem ser levados em conta, ressalvando que “esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia” (DWORKIN, 2002, p. 42-43). Ainda assim, conforme o autor, a dimensão do peso é importante, ensejando o questionamento do grau de relevância que determinado princípio ocupa para a resolução de determinada problemática.

Esta dimensão de peso não é presente quando se trata de regras. Embora uma regra possa ser mais importante do que outra para a resolução de um caso específico, todas possuem igual valor no ordenamento jurídico. Isto pode ser visto no conflito entre regras, em que somente uma delas pode ser válida, ou seja, não possui a dimensão de peso que caracteriza os princípios (DWORKIN, 2002, p. 43).

Outra questão relevante é a possibilidade de regras e princípios desempenharem, por vezes, papéis semelhantes, posto que quando há internalização de conceitos abstratos em regras, tais como “razoável”, “negligente”, “injusto” (DWORKIN, 2002, p. 45), sua aplicação dependa, em certa medida, de princípios, embora não se transforme em um princípio de fato.

Tratando-se de temas relacionados à teoria da norma jurídica, importante destacar o que ensina Kelsen, posta a relevância tanto da finalidade da norma quanto do

meio para que se atinja essa finalidade. Nesta racionalização do meio, do instrumento, há possibilidade de divergências, posto que “o fim pode ser desejado sem que o seja o meio: p. ex., porque sua realização é contrária à Moral ou ao Direito” (KELSEN, 1986, p. 13-15).

Destaca-se a importância da racionalização dos meios tanto quanto dos fins, não bastando um forte substancialismo sem um aparato procedimentalista, inclusive possibilitando métodos indesejados por um regime que se pretenda democrático. Neste sentido Kelsen sustenta: “Que uma determinada conduta é um meio, próprio, para realizar um determinado fim, de nenhum modo significa que esta conduta é devida, quer dizer, prescrita por uma norma válida da Moral ou do Direito” (KELSEN, 1986, p. 14).

Portanto, se deseja-se expansão dos meios democráticos e efetividade dos direitos fundamentais, por exemplo, os meios para que se alcance estes fins deve seguir as mesmas premissas, na finalidade de que se mantenha a lógica e se atinja, de fato, o fim pretendido.

Neste contexto, o sistema de regras e princípios criados por Dworkin é alvo de críticas por Alexy, buscando proporcionar maior racionalização para o modelo. Afirma o autor que “este modelo é, contudo, muito simples”, porém a ideia sobre “caráter *prima facie* das regras e princípios deve ser mantido”. Quanto às regras, Alexy entende que é possível estabelecer cláusulas de exceção, inclusive em razão de um princípio, contrariando a afirmativa dworkiniana, no sentido de que estas cláusulas de exceção não são fáticas ou teoricamente enumeráveis. Em seus termos: “nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção” (ALEXY, 2011, p. 104).

No sistema alexyano, embora as regras possam perder sua validade no caso concreto, por meio de uma cláusula de exceção, não adquirem um caráter *prima facie* igual ao dos princípios. Isto porque o caráter *prima facie* dos princípios se relacionam com a dimensão do peso, do grau de importância dos princípios envolvidos em determinada questão, do mandamento de otimização, ao passo que uma regra (que determina o exato cumprimento, um mandamento definitivo, sendo este seu caráter *prima facie*) não pode ser afastada tão somente pela contrariedade de um princípio em face de outro princípio que embasa a regra que pretende-se afastar. O ônus do afastamento da regra é maior, posto que para além do conflito dos princípios envolvidos, também deve

ser enfrentados os princípios que determinam o cumprimento de uma regra criada por autoridades competentes, não podendo se “relativizar sem motivos uma prática estabelecida”. Estes últimos princípios são chamados por Alexy de “princípios formais” (ALEXY, 2011, p. 105).

Estes princípios formais desempenham papel primordial na gradação da flexibilidade ou rigidez de um ordenamento jurídico, ou seja, “em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras” (ALEXY, 2011, p. 105).

Nota-se uma defesa alexyana por um ordenamento jurídica mais rígido, não permitindo que as regras sejam afastadas tão somente por conflitos entre princípios. As regras, para além do princípio que a embasa, conta com o fortalecimento dos princípios formais, ou seja, os que determinam a observação de regras criadas por autoridades legítimas. Este movimento teórico de Alexy busca evitar uma insegurança jurídica grave, decorrente do afastamento facilitado de regras por princípios.

Se a invalidação de uma regra no caso concreto não a faz adquirir características próprias de um princípio, o fortalecimento argumentativo de um princípio, de igual modo, não transforma seu caráter igual a de uma regra. Como afirma Alexy, “o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes da prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte” (ALEXY, 2011, p. 106).

Interessante pontuação é realizada por Alexy em face dos princípios e regras como razões, que podem ser entendidas como fundamentações. A ideia de que um princípio é razão de uma regra (e somente para regras) e que esta regra é a razão definitiva de uma decisão, na visão alexyana, é incompleta. Isto porque uma regra pode ser razão para outra regra. Ainda, um princípio pode ser uma razão direta de uma decisão concreta. Entretanto, a ideia de um princípio como uma razão para uma regra é correta, considerando que ainda que o princípio sirva de razão para uma decisão concreta, desta relação deverá nascer uma regra. Assim, se um “juízo concreto de dever-ser tem como conteúdo a definição de que alguém tem determinado direito, então, esse direito é um *direito definitivo*. Princípios são, ao contrário, sempre razões *prima facie*. Isoladamente considerados, eles estabelecem apenas direitos *prima facie*” (ALEXY, 2011, p. 106-108).

Portanto, o desenvolvimento que é percorrido entre um princípio e um direito

definitivo é uma “relação de preferência”, que se realizará, conforme a lei de colisão alexyana, na definição de uma regra. Desta forma, sempre que um princípio for uma razão para uma decisão definitiva, redundará na criação de uma regra, que é a representante de razões definitivas para os juízos concretos. Assim: “em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas” (ALEXY, 2011, p. 108).

Como é possível perceber, os dois sistemas de diferenciação entre regras e princípios supra elencados buscam racionalizar o funcionamento principiológico em sistemas normativos. A discussão quanto às regras é de menor intensidade, inclusive pelo já extenso desenvolvimento doutrinário de longa data. Porém, em face do exercício dos princípios, tem-se maior polêmica.

Na construção dworkiniana, os princípios seriam direcionamentos para as tomadas de decisões, presente a dimensão de peso e as ponderações sobre os graus de importâncias dado aos princípios. Como o próprio autor afirma, é certo que este julgamento causará desentendimentos, por não ser mensurável de modo indiscutível a relevância de cada princípio nas lides concretas. Buscando estabilizar este sistema, lança mão da ideia do “romance em cadeia”, do Direito como integridade e da moral objetiva da comunidade política como limitação da jurisprudência, como já exposto neste trabalho.

De outro lado, na teoria alexyana, ainda que princípios possam servir como razões de uma decisão definitiva, devem, necessariamente, serem expressos por meio de uma regra, que é a representante por excelência das razões definitivas. De mais a mais, para que haja afastamento de uma regra em nome da colisão de princípios, o ônus é maior para o afastamento, posto que para além do princípio que embasa a regra, tem-se os princípios formais, ou seja, os que determinam o cumprimento de regras oriundas de um processo criativo por autoridades legitimadas. Esta ideia poderia ser expressada por algo próximo de “*in dubio pro regra*”. Nas palavras de Mendes, na construção alexyana tem-se que “é uma questão hierárquica. Sendo regras mandamentos definitivos, do ponto de vista da Constituição há uma primazia do nível das regras. Entretanto, essa primazia não é absoluta” (MENDES, 2017, p. 60).

Esta prevalência de regras sobre princípios também é defendida nacionalmente por Barcellos (2005, p. 165), afirmando que para regras não cabe ponderação, bem como, ante um conflito insuperável entre regras e princípios, já utilizados todos os meios tradicionais de interpretação, os princípios devem ceder.

Os cuidados que buscam tomar ambos os autores se justificam, precisamente, pela possibilidade ampla concedida pelo caráter aberto dos princípios. Se não fosse buscada uma racionalização deste sistema, seria possibilitada uma gravosa insegurança jurídica, bem como a própria deslegitimação do Estado democrático, posto que as normas-regras poderiam ser facilmente afastadas por critérios amplíssimos, por qualquer aplicador do Direito.

Frise-se que a intenção destes sistemas, inseridos no moralismo jurídico, é diminuir ao máximo a discricionariedade judicial, buscando racionalizar as tomadas de decisões. Contudo, a aposta na moral como mecanismo corretor do Direito, especificamente na via judicial, para a finalidade de estabilizar estas relações, não se mostra profícua. Esta busca por estabilização de princípios por conceitos morais, considerando a relatividade da moral em si, não desempenha bem o papel.

Pode ser visto em Barroso (2009, p. 328-329), por exemplo, uma importação da doutrina dworkiniana, embora com diferenças relevantes entre a teoria base e a internalizada. Para Barroso, considerando os sistemas “pós-positivistas”, a reaproximação entre Direito e moral se dá pela internalização de conceitos morais expressos em princípios, especialmente abrigados na Constituição.

De início, este conceito não parece sustentar-se. Nos termos postos, faz crer que os princípios, muito mais presentes nos ordenamentos jurídicos influenciados pelo moralismo jurídico, são os únicos mecanismos representantes da internalização da moral. Entretanto, como já visto em Dworkin e Alexy, os princípios são fundamentos das regras jurídicas. Portanto, em um sistema com predominância de regras também há internalização da moral, posto que as regras são construídas sob o que a sociedade considera como “bom” e “justo”.

Ademais, aliado à comum generalidade que caracteriza os princípios, defender-se a moralização por este meio, tendo em vista sua relatividade, é conceder ampla margem de decisão discricionária para o julgador. Assim como argumenta Maus, embora louvável a intensão deste sistema moralista, acaba por servir de disfarce moral para o “decisionismo judicial” (MAUS, 2010, p. 18-19).

O posicionamento kelseniano é rígido sobre o tema. O autor diferencia princípios de Direito das normas de Direito, de modo que os princípios não fazem parte da norma, ao lado das regras, como a doutrina majoritária entende hodiernamente. Isto porque os

princípios de “Direito” representam “os princípios que interessam à Moral, Política ou Costume”, influenciando as autoridades que criam o Direito (legislador e julgador), porém permanecem sendo relativos à Moral, Política e Costume. Kelsen destaca que “o limite do Direito positivo e o de Moral, Política e Costume é sempre confundido”, especialmente pelos cientistas do Direito que enxergam sua missão não somente como conhecimento do Direito positivado, mas, para além, justificar “sua validade político-moral”, de modo que “sob a bandeira de objetivo *conhecimento* do Direito procedem a uma *avaliação* extremamente subjetiva do Direito” (KELSEN, 1986, p. 148-149).

Esta conglobação de princípios da Moral, Política e Costume e da Norma Jurídica, para Kelsen, deve ser rechaçada, posto que, deste modo, “despoja-se de todo limite ante os da Moral e da Política”, ensejando que “todos os fatores que efetivamente influenciam a produção do Direito, assim, particularmente, interesses de partido ou de classe, podem ser qualificados ou justificados como ‘Direito’” (KELSEN, 1986, p. 150).

Dito de outro modo, para Kelsen, quando se admite estes princípios de Direito como integrantes da norma jurídica, justamente por desfazer qualquer diferenciação entre Direito e moral, possibilita que interesses particulares se tornem, se qualifiquem, como Direito.

Sobre o tema, Habermas desenvolve seu pensamento no sentido de que na sociedade “hipercomplexa” a inserção de princípios ao lado das regras no conceito de norma jurídica é tema pacificado. Os caminhos para os debates morais dentro do Direito permanecem abertos, especialmente pelo fato de que os antigos princípios morais do Direito natural foram positivados nas Constituições modernas. Entende, ainda, que a legitimidade do Direito depende de uma interseção com a moral, uma vez que o sistema formalista burguês, de cunho puramente liberal, não é bastante para suportar o peso da sociedade atual, demandante de atuações estatais mais específicas, que objetivem maior justiça social. Isto pode ser visto tanto pela crescente internalização de princípios jurídicos e cláusulas gerais do Direito, quanto pelo próprio *Direito reflexivo*, em que há delegação de poderes para que as partes resolvam seus conflitos de forma negocial. Vê-se uma certa tendência de exaustão do Direito resolver conflitos sociais de forma mais clara e uma busca por meios abstratos e flexíveis, empurrando para o caso concreto a resolução do embate. Contudo, este modelo, conforme aduz Habermas, depende de uma procedimentalização racional, tanto do Direito quanto da própria moral (HABERMAS, 1997b).

Assim, observa-se uma erosão do conceito de hierarquização de normas, operando-se um sistema constitucional dinâmico, onde “os conflitos entre bem particular e bem comum têm que ser solucionados sempre *ad hoc*, à luz de princípios constitucionais superiores e à luz de uma compreensão holista da constituição” (HABERMAS, 1997b, p. 211). Deste modo, tem-se que todos os direitos podem ser limitados a partir de considerações sobre princípios, ou seja, a depender do contexto, pode ser interpretado de modo diverso.

Esta extensa maleabilidade causa uma “grande insegurança para o direito”. Inclusive já se fala em uma “dissolução do poder legal” (HABERMAS, 1997b, 211), ou seja, do poder que se sustenta pela lei, incorrendo em um poder apoiado nos juízes.

Argumenta-se que, justamente pelo injusto regime nacional-socialista, deve-se ter uma ordem legal, uma Justiça, orientada por “princípios suprapositivos”, a fim de formar uma oposição ao “positivismo do poder e dos fins”. Assim, considerando que, para esta visão, a democracia foi sobrepujada pelo positivismo, a legislação deve submeter-se, para além do controle legal, aos princípios morais superiores que guiarão este sistema jurídico. É neste ponto que Habermas afirmar a conformação das suspeitas de Max Weber sobre a desformalização do Direito e de como ela abre caminho para “orientações materiais discutíveis, cujo núcleo é irracional”. Este modelo torna ambíguo o processo decisório e indica que do choque “entre essas preferências valorativas, não racionalizáveis, privilegia o interesse dos mais fortes”, de modo a tornar claro o motivo para ser “relativamente fácil prever o final de processos judiciais quando nos apoiamos em princípios da teoria do poder e dos interesses” (HABERMAS, 1997b, p. 211-213).

Neste ponto, destaca-se as considerações realizadas no item 3.1.1, a fim de verificar que foi justamente a moral que possibilitou o referido regime nacional-socialista.

Isto torna evidente que o Judiciário, quando se depara com um direito desformalizado, incorre invariavelmente em uma clara moralização do Direito. A aplicação deste “Direito natural” é complexa, visto que existem diferentes sistemas morais vigentes na sociedade. Portanto, “somente as teorias da justiça e da moral ancoradas no procedimento prometem um processo *imparcial* para a fundamentação e a avaliação de princípios” (HABERMAS, 1997b, p. 213).

Em continuidade, ao se debruçar sobre a interpretação constitucional, Barroso afirma que sempre deve ser iniciada pelos princípios incutidos na Constituição,

identificando-se o “princípio maior que rege o tema a ser apreciado” (BARROSO, 2009, p. 155), descendo desta normativa mais genérica até a regra que regerá o caso concreto.

Questiona-se: se há uma regra que rege o caso concreto, há, de fato, necessidade de sempre acessar-se o abstrato do princípio?

Em que pese as tentativas de equacionar a relação de princípios, como conceitos abertos por natureza e fortalecidos por serem entendidos como representantes da moral – acrescentando tratar-se de uma moral relativa – no fundo é uma escolha, uma decisão, uma vontade que determina o porquê este princípio deve prevalecer e não os muitos outros que se relacionam com os problemas sociais e as demandas judicializadas.

É justamente por este motivo que as correntes moralistas buscam um objetivismo moral. Pretende-se um maior grau de certeza, posto que os princípios são considerados, como se viu, acessos mais intensos da moral para o Direito.

Para além, esta ideia de moralização através de princípios possibilita um contato direito do Judiciário com o campo político, permitindo tomadas de decisões políticas e revestindo-as de um desejado caráter jurídico. É atalho ao devido processo legislativo. Aponta Streck que a doutrina nacional, sustentando-se no neoconstitucionalismo nascido na Espanha e na Itália, acaba por redimensionar a função dos princípios, de modo a fortalecer o ativismo judicial, “na medida em que os princípios passaram a ser concebidos como um modo de abertura interpretativa” (STRECK, 2020, p. 254).

Sobre o tema, Streck é claro, ao sustentar que, de fato, parte da doutrina defende a ideia de que os princípios representam o mecanismo que internaliza a moral no ordenamento jurídico, bem como, em sua visão, “tal circunstância fragilizou sobretudo o necessário grau de autonomia que o Direito necessita preservar em uma democracia”. Entende, ainda, que tal tese deveria ser rejeitada pelos juristas, não permitindo-se que “um *standard* qualquer tenha o condão de balizar o Direito aprovado democraticamente pelo parlamento”. Como aduz, o Direito, hodiernamente, especialmente o nacional, vem recebendo cada vez mais *standards* valorativos, “álibis teóricos” que permitem “dizer qualquer coisa sobre a interpretação da lei” (STRECK, 2020, p. 253).

Aqui encontra-se um dos principais pontos de tensão apontados por Kelsen. Conforme aduz o autor, a grande problema do Direito natural, portanto do acesso direto aos valores morais, é a questão do que fundamenta o Direito positivo. Para aqueles que

procuram uma resposta adentrando o campo do Direito natural, ou da moral, não encontrará, na visão kelseniana, uma verdade metafísica absoluta ou um conceito objetivo de Justiça. Em suas palavras: “Quem levanta esse véu sem fechar os olhos vê-se fixado pelo olhar esbugalhado da Górgona do poder” (KELSEN, 1998, p. XX).

Portanto, consoante a visão kelseniana, a busca pela moralização do Direito, ou seja, pela tentativa de justificação do Direito positivado pelo Direito natural ou pela moral, não incorre no encontro de uma “panaceia”, da essência da Justiça, mas sim na constatação de que, por este caminho, culmina-se no irrestrito poder político. Em outros termos, o que que o Direito positivado mantém encarcerado não é a verdade absoluta ou a essência da moral - libertada com o acesso ao Direito natural ou à moral -, mas o ilimitado poder político.

Evidencia-se o esforço teórico para a racionalização da sistemática, na busca de evitar a situação supra narrada. É neste sentido que caminha a lei da colisão alexyana. Como ensina o autor, considerando que todos os princípios possuem a mesma relevância abstrata, necessário que haja sopesamento para a resolução de conflitos entre princípios à luz do caso concreto, a fim de que se observe qual deve prevalecer naquela ocasião específica, considerando que os princípios não podem ser invalidados (no caso concreto) como quando ocorre um conflito entre regras. Nesta colisão, deve-se considerar que são observadas condições em que há violações de direitos fundamentais, de modo a ensejar a criação de uma regra, no seguinte sentido: “se uma ação preenche as condições C, então, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida” (ALEXY, 2011, p. 94-98).

Esta variante C é a condicionante da ação que pode configurar ou não uma infração a direitos fundamentais. É a condição de precedência. Portanto, esta condição de precedência é o “suporte fático de uma regra” (ALEXY, 2011, p. 98). Repise-se, a precedência de determinado princípio sobre outro somente estará presente havendo a condicionante C, ou seja, em outros casos, em que a condicionante C for outra, poderá haver outra precedência entre princípios.

Nas palavras de Alexy:

Essa lei, que será chamada de “*lei de colisão*”, é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações

que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores (ALEXY, 2011, p. 99).

Tendo em vista que os princípios são considerados, por Alexy, como mandamentos de otimização, devem ser cumpridos na máxima efetividade dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. Para tanto, na construção alexyana, utilizam-se três níveis para buscar esta desejada otimização, quais sejam, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (MENDES, 2017, p. 61).

A máxima da adequação refere-se ao meio adequado para a concretização de determinado princípio. Assim, se o meio para a realização de determinado princípio não se mostra eficaz para sua concretização e causa dificuldades para a concretização de outro, não é considerado meio eficaz. Alexy apresenta exemplo de um caso julgado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, onde em determinado Estado exigia-se comprovação de “expertise” para a venda de produtos. O Tribunal considerou que exigir expertise para a simples venda de mercadoria não é meio adequado para a resolução do conflito entre os princípios da liberdade profissional e proteção do consumidor. Isto porque o meio escolhido não fomenta o princípio da proteção ao consumidor, posto que não é necessária expertise para a simples venda de mercadoria, porém atrapalha a realização do princípio da liberdade profissional. Assim, a medida tomada pelo Tribunal em afastar a exigência de expertise não causa prejuízo para nenhum dos dois princípios. Portanto, os dois princípios são concretizados em maior grau com o afastamento da exigência legal inadequada. O mandamento de otimização, neste primeiro nível, exclui aquilo que não é adequado, que causa embaraços injustificados (ALEXY, 2011, p. 588-590).

Quanto à máxima da necessidade, faz exigência de que entre dois meios que se mostrem adequados, seja escolhido o que “intervenha de modo menos intenso”, ou seja, cause menos prejuízos aos princípios conflitantes, que lhes restrinja a máxima otimização na menor medida possível. O exemplo apresentado por Alexy é o seguinte: Se é pretendido evitar o consumo de determinado alimento por pessoas alérgicas, duas medidas são adequadas, quais sejam, a proibição da comercialização e a informação dos ingredientes. As duas solucionam a necessidade de defesa do consumidor, mas a menos gravosa ao princípio da liberdade profissional, o outro princípio colidente, é a determinação de informação e não a proibição da comercialização (ALEXY, 2011, p.

590).

Este nível da necessidade não busca, necessariamente, o ponto máximo de eficácia de determinado princípio, mas sim a “vedação de sacrifícios desnecessários a direitos fundamentais” (ALEXY, 2011, p. 591-592). Ressalve-se que este exercício de adequação e necessidade nem sempre é tão facilmente verificado, como vistos nos exemplos supracitados. Uma das dificuldades é justamente no campo da necessidade, posta a possibilidade de identificar-se um caminho que seja considerado mais adequado e necessário que esbarre em outros princípios que eventualmente interajam com este novo caminho encontrado, tanto em relação às condições fáticas quanto jurídicas.

O nível da proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, segue a máxima da lei de colisão ou sopesamento, qual seja: “quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2011, p. 593-594). Assim, três são os graus da lei do sopesamento: a) avalia-se o grau da não-satisfação ou afetação dos princípios; b) avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente; c) deve ser avaliada se a importância da satisfação do princípio que está colidindo justifica a ingerência no outro princípio.

A crítica habermasiana seria justificável a este modelo, como aponta Alexy, se não fosse possível todos estes passos para a racionalização das intensidades e intervenções na colisão entre princípios. Nas palavras de Alexy, “afora as eliminações levadas a cabo por meio das máximas da adequação e necessidade, os direitos fundamentais compreendidos como princípios permitiriam qualquer solução. Não haveria nenhuma moldura, já que não existiria nenhum limite” (ALEXY, 2011, p. 594).

A busca por uma forma de objetivação é inconcussa, inclusive procurando suporte em fórmulas matemáticas. Como aduz Cambi, na ponderação alexyana usa-se a fórmula “ $W_{ij} = W_i \cdot L_i \cdot R_i \cdot W_j \cdot I_j \cdot R_j$ ”, onde “ $W_{ij}$ ” é o peso relativo do princípio; “ $W_i$ ” e “ $W_j$ ” referem-se aos pesos abstratos dos princípios em questão; “ $L_i$ ” lastreia-se no grau de interferência da condicionante C; “ $R_i$ ” referem-se as evidências sobre a interferência de um princípio sobre o outro e “ $R_j$ ” as evidências da interferência do segundo princípio sobre o primeiro. “Além disso, é necessário estabelecer graus de interferências (leve, moderado e sério), colocando pesos para cada um destes graus: 1,2 e 4” (CAMBI, 2023, p. 968-970).

Através desta fórmula busca-se qual princípio deve prevalecer no caso concreto.

Contudo, ainda que pretenda objetividade, evidencia-se a discricionariedade na própria indicação do grau de interferência, ou seja, se leve, moderado ou sério. O próprio Alexy, quando referindo-se à dimensão de peso dos princípios menciona que “esses interesses não têm um peso quantificável. Por isso, é necessário indagar o que se quer dizer quando se fala em ‘peso’” (ALEXY, 2011, p. 97). Este “peso” será verificado no caso concreto.

Portanto, ainda que necessárias as construções alexyanas para que sejam restringidas as possibilidades discricionárias neste modelo de sopesamento principiológico, permanece um elevado grau de liberdade nesta escolha. Potencializa-se esta possibilidade através da moralização do Direito, que é causa e fim deste modelo principiológico.

Como afirma Alexy (2011, p. 594), sem estas racionalizações qualquer decisão seria possível, posto que ausente uma moldura para a discricionariedade. Ocorre que se esta moldura for fortemente alargada, o efeito de sua ausência será o mesmo.

Nacionalmente a lei de colisão e o construto teórico alexyano sobre a racionalização deste sopesamento, insuflado por uma moralização do Direito, especialmente proporcionado pela corrente neoconstitucionalista, culminou em resultados relevantemente diversos do que previa Alexy.

Através dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como aduz Silva, busca-se “aquilatar a conformação das atividades legislativa, administrativa e judicial do Estado (...) impondo total vinculação não apenas a lei em sentido estrito (...) mas de todo o ordenamento normativo (também princípios, valores, moral e a ética)” (SILVA, (2018, p. 65).

A necessidade da hermenêutica constitucional para a resolução de conflitos entre princípios, alicerçado no modelo alexyano, é destacado por Massaue, posto ser “essencial conhecer qual vai se sobrepor ao outro” (MASSAQUE, 2017, p. 75).

Hercúlea tarefa é buscar o estreitamento discricionário do Judiciário quando pretende-se vincular o sopesamento de princípios à razoabilidade e proporcionalidade (conceitos abertos), calcadas em valores, moral e ética. É justamente este o ponto de complexidade que Alexy busca superar, ou seja, como racionalizar a internalização da moral que, inegavelmente, mostra-se díspar, relativa. Embora Alexy defenda um objetivismo rudimentar da moral, como já demonstrado neste trabalho, é certo que há

grande variação entre sistemas morais, caso outro não seria necessária a elaboração de sua complexa construção doutrinária para a estabilização da colisão entre princípios. Neste caso, bastaria vincular-se à moral objetiva, universal, que é o caminho tomado por Dworkin e sua ideia de moral política da sociedade.

A internalização da ponderação alexyana pela jurisprudência nacional evidenciam-se, em grande medida, equivocada. Neste sentido mostram-se valiosas as constatações indicadas por Costa, em análise das ponderações realizadas pelo Supremo Tribunal Federal, com recorte para o ano de 2018. Isto porque, ainda que algumas decisões das analisadas pela autora busquem fundamentação na ponderação principiológica, não aplicam corretamente os mecanismos criados por Alexy. Como constata a autora, estes equívocos se mostram no “emprego impreciso da terminologia”, pela inobservância ou incorreta observância dos “critérios procedimentais teóricos”, resultando em uma “abertura para a discricionariedade e subjetivismo”, culminando, inclusive, em uma “nova perspectiva ideológica”, colocando “em risco a credibilidade e a legitimidade do poder jurisdicional” (COSTA, 2019, p. 85).

Conclui a autora que “a teoria não se apresenta aplicada na prática jurisdicional brasileira de modo a garantir a racionalidade da decisão judicial, mas como um instrumento de argumentação legitimador de escolhas subjetivas do órgão julgador” (COSTA, 2019, p. 85).

De fato, tal como aponta Neves, este sistema de ponderação de princípios, da “principiologia jurídico-constitucional”, foi tomado com fascínio pela doutrina nacional. Conforme afirma o autor, “uma atitude que, com destacadas exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referentes à relação entre princípios e regras” (NEVES, 2019, p. 171).

Os princípios, propriamente pelo seu caráter aberto, têm sido usados como forma de flexibilizar o Direito em face das contingências fáticas, políticas, econômicas e sociais. Como ensina Neves, a autonomia do Direito frente aos outros campos sociais é representativa para a forma como ele se desenvolverá. Se o Direito e a Constituição se submetem facilmente às eventualidades da sociedade, as regras e princípios perdem relevância para a garantia de direitos e a função limitadora do poder. Como sustenta o autor: “ou há autocracia (autoritarismo e totalitarismo), ou, apesar de haver Constituição cujo modelo textual corresponde ao Estado constitucional, impõe bloqueios difusos

(econômicos, políticos, relacionais, familiares etc.) contra a sua satisfatória concretização e realização” (NEVES, 2019, p. 189-190).

Neste contexto, quando privilegia-se a submissão do Direito às eventualidades sociais, através de uma inconsistência entre a dogmática jurídica e sua prática, rejeita-se às regras, justamente por sua inflexibilidade, e privilegia-se os princípios, por sua maleabilidade, permitindo moldar o Direito de acordo com “interesses particularistas que pressionam a solução do caso”, de modo que “os princípios são mais apropriados a abusos no processo de concretização, pois eles estão vinculados primariamente ao momento de abertura cognitiva do direito” (NEVES, 2019, p. 190-191).

A função e benefício jurídico-social da utilização de princípios mostra-se dependente do grau de consistência jurídica do Estado. Se este Estado ostentar maior grau de consistência jurídica, os princípios possuem “um papel fundamental para adequar o direito à sociedade”, ao passo que se o contexto jurídico for vítima de constantes exceções e inconstitucionalidades praticadas por agentes públicos, uma “doutrina principialista pode ser fator e, ao mesmo tempo, reflexo de abuso de princípios na prática jurídica”. De mais a mais, fortalece-se esta problemática com uma “ponderação desmedida” (NEVES, 2019, p. 191).

Precisa a intervenção de Neves:

Os remédios para o excesso de consistência jurídica que decorria do funcionamento do regime de regras tornam-se venenos (ou drogas alucinógenas) no contexto de uma prática juridicamente inconsistente, que atua ao sabor de pressões sociais as mais diversas. No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões “justas”: a consistência (NEVES, 2019, p. 191).

É justamente por esta ampla abertura e acesso ao campo da decisão política, que os princípios proporcionam, que se nota a elevada criação de novos princípios, que ocorrem frequentemente. É possibilidade de o Judiciário tomar decisões políticas através da maleabilidade do sistema jurídico, por meio de princípios e da ponderação, que, como se viu, não é realizada com todos os critérios idealizados por Alexy e, mesmo que o fosse,

ainda permaneceria elevado grau de discricionariedade.

Barroso é claro ao afirmar que os princípios constitucionais reverberam em todo o sistema jurídico. Vai mais longe. Afirma que os “grandes princípios” do Direito estão enunciados em textos positivados, porém não se limita a isto, uma vez que “tem-se, aqui, como fora de dúvida que esses bens sociais supremos existem fora e acima da letra expressa das normas legais” (BARROSO, 2009, p. 157-158). Portanto, os princípios nem mesmo estariam limitados à Constituição, poderiam ser identificados na supraconstitucionalidade.

Na própria teoria de Alexy sobre os princípios já se nota a possibilidade de subjetivismos. Isto porque um princípio somente se materializaria no mundo fático através de sua conversão em regra. Este procedimento, por conseguinte, deverá ser realizado pelo intérprete que, embora buscando racionalidade pela sua construção, permite uma atividade volitiva. Como aduz Morais, “com Alexy a passagem do mundo ideal para o mundo real abriria um espaço para que o intérprete preenchesse o conteúdo dos princípios com as mais variadas coisas” (MORAIS, 2010, p. 124-125).

Porém, no modelo nacional isto é potencializado. Neste sentido é a crítica de Streck a respeito do que chama de “pamprincipiologismo”. Na esteira do que aduz, nacionalmente os princípios foram tomados como aberturas interpretativas, de modo a se justificar as decisões voluntaristas por um pretenso critério “jurídico”, servindo como álibi retórico, transformando-se em uma “verdadeira fábrica de princípios” (STRECK, 2020, p. 253-254).

Como identifica o autor, este pamprincipiologismo é um “subproduto das teorias axiologistas que redundaram naquilo que vem sendo chamado de neoconstitucionalismo e que acaba por fragilizar as efetivas conquistas que formaram o caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988” (STRECK, 2020, p. 254).

Nesta sistemática, há extensa criação de princípios sem densidade jurídica, precisamente com a intenção de revestir de juridicidade as decisões voluntaristas do Judiciário. É uma combinação adequada para o solipsismo, no seguinte sentido: a) princípios são mecanismos de internalização da moral (relativa); b) Assim, possuem uma textura aberta e amplíssima; c) que pode ser manuseada livremente pela ponderação (considerando que à rigor não se cumpre os aspectos formais de Alexy para esta ponderação).

Já mencionado que Alexy busca racionalizar esta ponderação por meio de sua lei de colisão, que já apresenta aberturas para a ampla discricionariedade, porém “no Brasil, os pressupostos formais – racionalizadores – são integralmente desconsiderados na maioria dos casos”. Toda esta situação pode ser vista na compreensão equivocada de que os princípios são feitos para uma “abertura interpretativa”, ao passo que, verdadeiramente, são idealizados para um “fechamento interpretativo” (STRECK, 2020, p. 255-256).

Para ilustrar, tem-se o que Barroso defende, ou seja, que para o intérprete constitucional cabe identificar os princípios em cada caso, bem como a sua “generalidade, abstração e capacidade de expansão dos princípios permite ao intérprete, muitas vezes, superar o legalismo estrito e buscar no próprio sistema a solução mais justa” (BARROSO, 2009, p. 164).

Recorrente, para os defensores deste modelo de doutrina principiológica, uma visão relativamente crítica à legalidade. Se em algum momento histórico a legalidade foi vista como sustentáculo de uma democracia, para esta corrente passa a ser, por vezes, elemento a ser superado.

Neste ponto é importante ressaltar o que Kelsen (1986, p. 35) sustenta sobre norma jurídica. A fim de diferenciar uma ordem qualquer de uma ordem jurídica (norma) é necessário que se observe sua autorização. Assim, o que diferencia uma ordem de um criminoso de uma ordem jurídica ou uma ordem moral é justamente a autorização que lhe dá sustentáculo.

Entretanto, se expandido em demasia a autorização para a ordem jurídica, por exemplo, acaba perdendo seus efeitos e sua razão de existir, posto que torna extremamente complexo o ato de controle a fim de se ter ciência se determinada ordem é jurídica ou não. Logo, esta abertura do Direito à moral (relativa), por meio dos princípios jurídicos, acaba por diluir perigosamente a autorização para que uma ordem seja entendida como jurídica, dificultando – ou impossibilitando - o controle a fim de saber se ela é, de fato, jurídica ou se não possui este caráter.

Este problema da ampla discricionariedade (ou arbitrariedade, por vezes) é mencionado por Barcellos, no sentido de que, de fato, “a ponderação é metodologicamente inconsistente, enseja excessiva subjetividade e não dispõe de mecanismos que previnam o arbítrio” (BARCELLOS, 2005, p. 53).

A problemática é vista, inclusive e especialmente, no grau de maleabilidade do ordenamento jurídico. Se houve crítica ante o “engessamento” do Direito pelo sistema de regras, não acompanhando o desenvolvimento e desejos sociais, acabou-se por flexibilizar tanto o sistema jurídico que ele pode ser o que o intérprete desejar.

Isto é visto na criação de princípios que não se baseiam em evoluções históricas de conceitos e comportamentos sociais. Ausentes de historicidade. Neste sistema pamprincipiologista, possibilita-se o entendimento do princípio como uma criação “*ex nunc*”, embora a identificação de um princípio seja um processo “*ex tunc*”. As críticas a este modo de enxergar os princípios apontam que não se *cria* um princípio, como se fosse possível estabelecer, através de princípios, em um olhar para o futuro, como a sociedade deverá se comportar, mas sim *identifica-se* princípios, já consolidados pela vivência social, pela histórica.

Neste contexto é que Streck (2020, p. 389) afirma que um dos elementos que compõe sua teoria é justamente a tradição, no sentido de olhar para o passado, para a historicidade.

Embora haja condicionantes no intérprete ou estudioso desta tradição, no modelo da hermenêutica filosófica gadameriana, não sendo esta identificação histórica tão objetiva quanto se deseja, tal como já mencionado no item 3.4, deste trabalho, certamente apresenta um grau maior de objetividade do que o lastreamento na moral.

Importante explicar, neste momento, que esta tradição também pode ser variada, não sendo universal. Determinados princípios são seguidos socialmente de formas diferentes, a depender da época social. Porém, como já dito, este modelo teórico possui maior grau de objetividade (ainda que não seja plenamente objetivo) do que a sustentação de princípios na moral. Na história, as variantes são observadas em menor número do que em crenças morais relativas.

De outro lado, o próprio problema da subjetividade do método como indicado por Gadamer (1997) e, nacionalmente, por Streck (2020, p. 246) e por Fernandes (2017, p. 163), entre outros, é vista na própria identificação dos princípios que são pertinentes à problemática.

Acreditar que a ponderação ocorrerá materialmente como nos exemplos ilustrados em manuais de Direito é utopia. Em uma lide, por exemplo, não há colisão

somente entre dois princípios, o que por si só já seria problemático.

Como alude Barroso, o intérprete constitucional deve identificar os princípios que são pertinentes à discussão jurídica. Afirma o autor que o princípio da unidade da Constituição impõe que “a ordem jurídica é um sistema, o que pressupõe unidade, equilíbrio e harmonia” (BARROSO, 2009, p. 164 e 373-374).

Assim, considerando que a Constituição Federal nacional é analítica, bem como ocorrendo o fenômeno do pamprincipiologismo, beira a impossibilidade afirmar que em uma lide somente dois princípios estarão em conflito. Em verdade, neste sistema, diversos princípios colidirão, o que torna mais complexa – e subjetiva – a ponderação. Acreditar que é possível a resolução deste problema por julgadores únicos ou em número reduzidíssimo é defender as capacidades hercúleas do aplicador do Direito.

De mais a mais, não é cognoscível, ou seja, não possui a racionalidade desejada a indicação de quais princípios comporão a lide. A indicação dos princípios já está sob o critério volitivo do intérprete-julgador. Inclusive pelas próprias incapacidades humanas podem não ser observados todos os princípios colidentes.

Toda esta complexidade leva à constatação de que um dos efeitos da correção moral, em âmbito judicial, do Direito potencializa as discricionariedades próprias do sistema de ponderação de princípios, ensejando uma aparente juridicidade, embora se analisada detidamente vê-se justamente sua ausência, favorecendo voluntarismos judiciários.

Já analisado em vários pontos desta pesquisa que este caminho possui contornos antidemocráticos e é vetor para estados de exceção. Não há como classificar como democráticas decisões voluntaristas tomadas por agentes públicos não eleitos, especialmente quando de difícil controle, como é corolário da posição de garante da “moral correta” em meio social. É cediço, como amplamente já apontado em literatura pertinente, que deve haver controle recíproco entre os Poderes estatais, bem como do próprio povo, a fim de que se mantenha um regime democrático. É necessária a relação independente e harmônica entre os Poderes. A moralização do Direito, nestes termos, abre caminho para atalhos neste sistema de freios e contrapesos, permitindo que o Judiciário invada os campos de atuação dos outros Poderes. Mais gravoso, que detenha o monopólio da posição de garantidor da “moral correta”. Portanto, maléfico este efeito para a democracia.

#### 4.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIOS: DE FATO GARANTIDOS?

Tendo em vista a elementaridade dos direitos fundamentais para o ordenamento jurídico e para a sustentação de um Estado democrático, necessário que se observe os efeitos da moralização do Direito em face da proteção deste núcleo essencial.

Como é cediço, contemporaneamente, especialmente em âmbito nacional, é majoritariamente defendida a estruturação de direitos fundamentais no ordenamento jurídico através de princípios. Conforme aduz Cambi (2023, p. 271), sendo os direitos fundamentais estruturados na forma de princípios, adotando-se o sentido de “mandamentos de otimização”, destacada é a necessidade de agir-se com proporcionalidade. Concordam com este posicionamento Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 181), robustecendo a ideia de que os direitos fundamentais são exteriorizados em estruturas principiológicas.

A reverberação dos direitos fundamentais para todo o ordenamento jurídico, assim como ensina Silva, parte da ideia de que os princípios representam mandados de otimização, podendo ser concretizados em níveis diversos, a depender das condicionantes. Para o autor, mais correto é a fundamentação dos direitos fundamentais, especialmente na horizontalidade ocorrida entre particulares, como mandamentos de otimização do que como valores absolutos, posto que não engessa o sistema jurídico, ou seja, “não implica uma dominação do direito infraconstitucional por parte dos valores constitucionais, pois o próprio conceito de otimização já enuncia que a produção dos efeitos é condicionada às condições fáticas e jurídicas existentes” (SILVA, 2005, p. 146).

Pelo modelo apontado por Silva, busca-se uma maior flexibilização do Código Civil através da concretização dos direitos fundamentais como mandamentos de otimização, posto que suas estruturações no modelo de regras impediriam “*prima facie*, uma aplicabilidade direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares” (SILVA, 2005, p. 147).

Observando a teoria alexyana, pontuando que o autor se refere à Constituição alemã, tem-se que as normas de direitos fundamentais não se limitam à estruturação do Estado e direitos referentes às liberdades individuais, posto que restringiria a

configuração do Estado à uma visão liberal. Defende o autor que as normas de direitos fundamentais são aquelas destacadas formalmente como pertencentes à esta categoria, tanto as constantes em capítulo constitucional próprio, quanto “disposições periféricas associadas” (ALEXY, 2011, p. 66-68), que são desdobramentos das normas formalmente apontadas como fundamentais.

Ainda, conforme ensina Alexy, necessário identificar um critério para a delimitação da norma atribuída (que não está no rol de direitos fundamentais, mas é seu desdobramento) seja, de fato, norma fundamental. Busca-se evitar que toda e qualquer normativa, seja advinda da legislação ou de decisões judiciais, represente uma norma fundamental. Portanto, para que se identifique uma norma fundamental atribuída deve ser observado o seguinte: “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*” (ALEXY, 2011, p. 69-74).

Perceptível que para o funcionamento deste modelo é necessária a adoção da teoria da argumentação. Assim, para que se identifique uma norma fundamental atribuída é necessária uma carga argumentativa correta quanto aos direitos fundamentais formalmente destacados na Constituição.

A ligação entre os princípios e a moral é clara no *modus operandi* adotado hodiernamente pelo Direito, especialmente o pátrio. Conforme aduz Barroso, tratando-se de uma fase “pós-positivista” do Direito, “a constituição e os princípios constitucionais, expressos ou implícitos, desempenham uma função central”, concluindo que o Judiciário, frequentemente, deve recorrer à “moralidade política com a finalidade de aplicar os princípios corretamente” (BARROSO, 2014, p. 63).

Como já amplamente discutido neste trabalho, a moral é revestida de relatividade e alcunhas como “moralidade política” buscam conceder uma objetividade inexistente à moral. São os já mencionados “álbis retóricos”.

Este modelo principiológico do Direito, calcado na dimensão de peso idealizada por Dworkin, carente da ponderação construída por Alexy, foi recepcionado na doutrina nacional e internacional, sendo amplamente aceito e difundido. Ainda, nacionalmente também se percebe uma segunda forma de ponderação, ausentes de critérios metodológicos mais rígidos, servindo para um proceder ponderativo mais amplo, não

restrito aos princípios, ou seja, “sem maiores preocupações dogmáticas”, buscam um modo de “solucionar qualquer conflito normativo, relacionado ou não com a aplicação de princípios”. Também se identifica uma ponderação amplíssima, concernente às decisões racionais e fundamentação da teoria da argumentação, não avaliando somente os enunciados normativos, mas todas as “razões e argumentos relevantes para o discurso, ainda que de outra natureza (argumentos morais, políticos, econômicos etc.)” (BARCELLOS, 2005, p. 24-27).

As concepções alargadas de ponderação acima descritas são criticadas por Barcellos, no sentido de que os métodos de resolução das antinomias jurídicas anteriores à técnica da ponderação, tais como os critérios “temporal, hierárquico e da especialidade continuam a ser de grande utilidade e dão conta de boa parte dos problemas envolvendo conflitos normativos” (BARCELLOS, 2005, p. 28-33). Outras técnicas clássicas de interpretação, tal como o modelo sistemático e teleológico, contribuem para serem alcançadas resoluções de conflitos. O modelo de ponderação alargada é criticado por ser excessivamente abrangente. Como aduz a autora, os primeiros métodos de interpretação e de resolução de antinomias jurídicas se relacionam com a técnica da subsunção, ao passo que a ponderação opera na impossibilidade da subsunção, por não existirem premissas verdadeiras, sendo este o papel da ponderação, ou seja, indicar uma premissa verdadeira (BARCELLOS, 2005, p. 28-33).

A evolução da conceituação dos princípios, conforme apontado por Ávila (2004, p. 30-31) culmina na ideia de quatro distinções em comparação às regras: a) o caráter hipotético-condicional, ou seja, as regras possuem hipótese e consequência, no modelo “se, então”, ao passo que os princípios somente indicam um fundamento para o intérprete encontrar uma regra; b) modo final de aplicação, no sentido de que as regras são absolutas, cumprem-se no “tudo ou nada” e os princípios são graduais, concretizando-se no “mais ou menos”; c) relacionamento normativo, de modo que havendo antinomia no conflito entre regras, uma será declarada inválida ou haverá uma exceção, ao passo que a colisão entre princípios, justamente por sua dimensão de peso, se soluciona por ponderação; d) fundamento axiológico, logo, os princípios, diversamente das regras, servem como fundamentos axiológicos para uma decisão.

Apontado por Clève e Lorenzetto como um dos avanços doutrinários a respeito dos direitos fundamentais, encontra-se, justamente, a “compreensão renovada sobre as normas que compõe a ordem jurídica, que identifica o caráter não absoluto dos princípios,

implicando impossibilidade de prevalência antecipada para situações concretas” (CLÈVE; LORENZETTO, 2016, p. 217-220), considerando que também podem ser objetos de restrições. Com aduzem, as normativas constitucionais que tratam de direitos fundamentais, comumente, carecem de especificação.

Neste mesmo sentido é que Mendes, Coelho e Branco sustentam que “tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 120). Reforça-se o caráter de efetivação casuística dos direitos fundamentais, que sempre necessitam da observação das possibilidades fáticas e jurídicas, no caso concreto e somente a partir dele é que se declarará os reais limites da esfera de defesa de cada direito fundamental.

Consoante ao exposto, é possível notar algumas características relevantes sobre direitos fundamentais adotados em âmbito nacional: I) Direitos fundamentais, comumente, são vistos na forma de princípios; II) Princípios representam mandados de otimização, devendo ser concretizados na máxima possibilidade fático-jurídica; III) Não há prevalência abstrata entre princípios, necessitando, sempre, através da lei do sopesamento, observar a concretude da lide para apontamento de uma solução; IV) Há discricionariedade alargada neste processo, robustecendo-se, ainda mais, quando em sinergia com a moralização do Direito.

Ocorre que destas constatações exsurge uma questão, qual seja: há, de fato, algum direito fundamental garantido no ordenamento jurídico? Se sim, em que medida?

Isto porque, nesta sistemática, *a priori*, o indivíduo nunca saberá, de antemão, qual o limite de seus direitos fundamentais, que somente serão apontados no caso concreto. Nunca terá plena ciência se suas condutas estão albergadas pela legitimidade e defesa do direito fundamental ou se ferem o ordenamento jurídico e outros direitos fundamentais. É contexto de insegurança e constante alarmismo, calcados no medo de qualquer ação ser considerada, posteriormente, como impositora de danos e desrespeitadora de direitos.

Esta questão se deve ao fato da concretização dos direitos fundamentais, vistos como princípios, que não possuem prevalência abstrata, somente serem concretizados na lide, analisando-se as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, há possibilidade de punibilidade sem determinação anterior, recaindo em direitos fundamentais que variam

ao temperamento da casuística e da discricionariedade judicial. Consoante, há vetorização desta discricionariedade pela contemporânea marcha do Direito rumo à moralização, eivada de relatividades e subjetividades.

A título de exemplo, tem-se o direito fundamental à liberdade de expressão e a proteção da intimidade e honra dos indivíduos. Considerando que são estruturados como princípios, abstratamente não há prevalência de um sobre o outro, dependendo do caso concreto para a identificação dos limites destes direitos fundamentais e de possíveis infrações. Portanto, o indivíduo somente sabe o limite de seus direitos e deveres fundamentais posteriormente à sua ação. Como se nota, neste sistema, não há, de fato, limites claros dos direitos fundamentais, sendo maleáveis pela ponderação, que é discricionária, sempre observando a lide concreta.

Através deste sistema, por exemplo, um discurso de ódio pode ser tomado como liberdade de expressão, assim como um discurso legítimo e albergado pela liberdade de expressão pode ser tomado como discurso de ódio. Tudo isto permanece na discricionariedade ponderativa em consonância à moral (relativa) do intérprete-aplicador do Direito.

Em última instância, não há direitos fundamentais garantidos efetivamente quando estruturados no modelo principiológico, porque os conceitos concretos sempre serão construídos *a posteriori* e sempre voltados para lides específicas. Portanto, embora pretendam-se fundamentais, estes direitos são restringidos ou alargados a depender de ponderações posteriores. Em suma, o cidadão, ostentador destes direitos fundamentais, não sabe, de fato, quais direitos lhe são garantidos e em que medida efetivamente os são.

Esta maleabilidade de direitos fundamentais através dos princípios representa abertura para autoritarismos. Não é sem motivo que Neves (2019, p. 173) aponta que regimes autoritários preferem um sistema voltado mais aos princípios do que às regras, precisamente por esta flexibilidade e abertura do Direito à moral, de modo a dirigir o Estado para os fins que se deseja.

Uma das problemáticas se reflete justamente nos temas tratados no item anterior deste trabalho, ou seja, a expansão descontrolada da criação de princípios jurídicos, sem observar o *standard* histórico necessário para que um princípio seja, de fato, considerado um princípio, recaindo no que Streck (2020, p. 253-254) entende por pamprincipiologismo.

Assim, esta criação exacerbada e com falta de densidade histórico-jurídica para estes princípios, conjugado à estruturação dos direitos fundamentais por meio de princípios, acaba por incentivar a banalização dos próprios direitos fundamentais, tal como sustenta Ferreira Filho: “a multiplicação de direitos admitidos como fundamentais, ou seja, a ‘inflação’ de tais direitos ameaça a importância da própria ideia de direitos fundamentais” (FERREIRA FILHO, 2010, p. 91).

Esta falta de densidade normativa é apontada por Dimoulis e Martins como um dos pontos críticos dos direitos fundamentais. Considerando que a Constituição possui uma linguagem extremamente aberta, possibilita “interpretações conflitantes” entre suas normas. Portanto, encontra-se séria dificuldade em interpretar, por exemplo, a garantia ao “direito à vida”, ausente uma explicação do que “é vida, seu começo e fim, e o que significa respeitar tal direito fundamental à vida?”. Ainda, o direito à vida compreende somente o exercício positivo ou também possibilita a disposição deste direito, ou seja, é um dever-direito ou somente um direito, tal como a liberdade de ir e vir? No caso do direito à vida, entendem os autores que o indivíduo pode dispor, em exercício negativo do direito, através do suicídio. Estas dificuldades apontam a necessidade de construção de “critérios concretos” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 47 e 138-139) pela doutrina e jurisprudência.

Sobre o tema, os autores fazem menção ao modelo tripartite para a observação da proporcionalidade no conflito entre direitos fundamentais. Assim, este processo possui uma natureza, primeiramente, classificatória, identificada com a adequação; em um segundo plano, tem-se a natureza eliminatória, consoante a necessidade; por fim, na terceira esfera, tem-se a natureza axiológica, identificada como a “proporcionalidade em sentido estrito” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 182). Faz referência ao modelo de ponderação de Alexy.

O procedimento supra mencionado está inserido no princípio da proporcionalidade, tal como idealizado por Peter Lerche, ao lado do princípio da necessidade. Desta feita, o procedimento contemplado pelo princípio da proporcionalidade incorre na diversidade de medidas de intervenção nos direitos fundamentais que podem ser adotadas, posto que este princípio se preocupa somente com o relacionamento “correto de duas grandezas, entre o objetivo da intervenção legislativa e o meio empregado” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 182). Entretanto, dentre todas as medidas consideradas adequadas, somente uma deverá passar pelo crivo da

necessidade.

Os autores mencionam que o “conceito atual de proporcionalidade em sentido estrito”, ou seja, o terceiro momento da ponderação entre princípios colidentes, necessita de um apuramento metodológico, posto que hodiernamente a ponderação acaba por corresponder à uma faceta axiológica entre os princípios conflitantes, estando “carregada de subjetivismo” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 182).

A recepção da proporcionalidade pela doutrina brasileira é alvo de críticas por Dimoulis e Martins, justamente porque recai na ideia de proibição do “exercício de um poder de polícia arbitrário”, devendo observar a proporção “razoável do direito individual atingido”. Como sustentam, nacionalmente o critério da proporcionalidade é reduzido à “mero instrumento (retórico)” do conhecido e “sempre questionado” método da interpretação teleológica objetiva. Entendem os autores que “uma relação ‘meio-fim’ no âmbito da tutela de bens jurídicos em conflito será *sempre*, mesmo na pior das ditaduras, ‘objetivamente demonstrável’”. A concepção de que a proporcionalidade pode representar materialidade para a interpretação teleológica transfigura o sentido próprio da proporcionalidade, dado que passa a ser apta a “ampliar a margem de ação da medida estatal limitadora ou restritiva do direito individual” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 183-185).

Em outros termos, buscar corroborar determinada interpretação teleológica da lei, na tentativa de encontrar a vontade do legislador, através da proporcionalidade, falha por não haver limite materialmente palpável, servindo como álibi retórico ao intérprete no afã de restringir direitos fundamentais, sob as escusas de harmonizar o cumprimento do ordenamento jurídico. A questão da proporcionalidade, em última instância, é subjetiva, permitindo interpretações “proporcionais” de direitos fundamentais em conflito. Como dito, mormente em um sistema normativo muito aberto às interpretações variadas, carregado de princípios – e de pamprincipiologismo – permite que se fundamente razoavelmente uma decisão para qualquer lado do debate.

Neste sentido é que Dimoulis e Martins resumem: “como consequência de tais incertezas e imprecisões, vislumbra-se o risco a segurança jurídica da aplicação de um princípio aberto que só exige a aplicação da ideia de justiça ao caso concreto por meio da ponderação de bens ou valores jurídicos” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 185).

Como já estudado neste trabalho, a Justiça é um conceito eminentemente moral,

portanto, relativo. Variadas foram as ideias de Justiça defendidas no decorrer da história da filosofia do Direito, não encontrando conceito objetivo, mesmo na contemporaneidade. Portanto, proporcionalidade, especialmente quando lastreada na moral, como método de ponderação calcada na Justiça, é clara abertura à discricionariedade na interpretação e aplicação do direito. Em suma, desta forma, os direitos fundamentais são aquilo que a moral relativa do intérprete-aplicador entender que são. Evidentemente este conceito não representa a melhor das seguranças jurídicas que se espera de um alcunhado Estado democrático, tampouco tão democrático quanto se espera de um Estado de Direito que visa a proteção de direitos fundamentais.

Isto porque, tal como ensina Dimoulis e Martins, quando a interpretação do ordenamento jurídico vigente não produz uma resposta concreta à problemática, torna-se dependente de uma decisão política, incorrendo nas preferências do Legislativo, em seu papel de representação popular. Esta decisão entre valores e opções políticas é de “competência *exclusiva* do legislador”, não podendo o aplicador do Direito substituí-lo e decidir diferentemente, de modo que “se o fundamento da proporcionalidade em sentido amplo não é o princípio do Estado de direito, mas sim o vínculo do legislador aos direitos fundamentais”, não pode em sentido estrito servir como fundamento para a desvinculação destes direitos fundamentais, ensejando que a “exclusão da proporcionalidade em sentido estrito encontra respaldo no princípio do Estado de direito (império da lei), assim como no princípio democrático e no princípio democrático-funcional” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 186-187).

Portanto, se o legislador se vincula aos direitos fundamentais, justamente representando a base de um Estado democrático, não podendo eliminar ou desrespeitar estes direitos basilares em nome da proporcionalidade ou ponderação, também não é permitido que o intérprete-aplicador do Direito o faça, sob risco à democracia.

Deste modo, se não há espaço ou permissão constitucional para que se censure uma decisão do legislador, também não se mostra possível pela ponderação ou qualquer outro método o fazer, a “não ser que se deseje oferecer uma roupagem jurídica a uma opção político-subjetiva, em violação aos princípios constitucionais supra mencionados” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 186).

É neste contexto que a utilização da ponderação representa a resignação do Direito, especialmente da dogmática referente aos direitos fundamentais. Se, por este

modelo, permite-se chegar a uma resposta que fuja às normas dispostas, a própria argumentação desclassifica-se como jurídica e passa a ser uma discussão política e/ou moral, “por órgãos que não são legitimados constitucionalmente para tanto” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 187-189). Assim a proporcionalidade encontra maior materialidade no campo específico do controle das ações estatais quando restringirem direitos fundamentais em detrimento de outros de mesma espécie, devendo preservar o máximo possível suas eficácias e não como um mandamento amplo à toda e qualquer área do Direito e do Judiciário, posto que destituiria a competência da Corte Constitucional.

Neste contexto nota-se com mais precisão a ideia kelseniana da construção de uma Corte Constitucional com contornos mais políticos do que jurídicos, posto que trataria de questões limítrofes entre o Direito e a política. Kelsen afirma, em referência à estruturação da Constituição Austríaca de 1920, da Corte Constitucional e da Corte Administrativa, que há uma diferença de matiz entre ambas. A Corte Constitucional é constituída, ao menos em parte, por “indicações dos partidos políticos”, de modo a adquirir um “caráter arbitral”. De outro vértice, a Corte Administrativa é composta por “juizes de carreira”, onde “tal matiz partidário não é possível nessa medida”, ressaltando que “tampouco é necessário com respeito à competência em questão” (KELSEN, 2013, p. 18).

Esta divisão se mostra profícua quando se entende que a Corte Constitucional não se limita à análise da conformidade dos atos administrativos às leis, mas da própria constitucionalidade dos atos jurídicos. Portanto, “questões de constitucionalidade refere-se também ao conteúdo das leis” (KELSEN, 2013, p. 19-21), de modo que o controle de constitucionalidade recai sobre a lei, através de sua jurisdição própria. Assim, a Corte Constitucional analisa a constitucionalidade das leis, adentrando seu conteúdo, bem como, eventualmente, pode analisar atos administrativos, quando verifica a legalidade destes atos, especialmente quanto aos decretos fundamentados em leis ordinárias e, excepcionalmente, na própria Constituição.

Assim, há uma divisão entre a Corte Constitucional, que adentra o conteúdo da norma e, portanto, assume feições políticas, inclusive com representação partidária em sua composição e a Corte Administrativa, que assume feições jurídicas e se limita à análise da conformação das leis. Barroso afirma que “para Kelsen, o controle de constitucionalidade não seria propriamente uma atividade judicial, mas uma função constitucional, que melhor se caracterizaria como atividade legislativa negativa” (BARROSO, 2012, p. 41).

Logo, o uso da ponderação ou proporcionalidade, no sentido de harmonização de limites aos direitos fundamentais, tal como já visto, estaria adstrito à Corte Constitucional, considerando seu caráter político e sua função de atividade legislativa, frise-se, unicamente negativa. Assim sendo, havendo ponderação entre direitos fundamentais pelo Legislativo, com produção de uma norma jurídica, poderia haver controle de constitucionalidade pela Corte Constitucional, servindo politicamente como um legislador, porém somente na faceta negativa. Repise-se a necessidade do matiz político dos integrantes desta corte, no modelo kelseniano, por exemplo, para que se tenha legitimidade em seus atos.

Ocorre que pelo modelo misto de controle de constitucionalidade adotado na sistemática nacional, bem como a simbiose de funções que gera hipertrofia no Supremo Tribunal Federal, que age como Corte Constitucional e como Corte Recursal, consoante ao incentivo jurisprudencial e doutrinário para a adoção da ponderação em toda e qualquer análise judicial, sob o argumento da falência da subsunção, culmina-se no Judiciário ponderando a todo momento e servindo como legislador, não meramente negativo, mas “superpositivo” em várias oportunidades. É comportamento que restringe o Legislativo, inclusive indo além, possibilitando decisões que ultrapassam ao próprio direito posto.

Neste sentido Dimoulis e Martins aduzem: “se todo juiz pode deixar de aplicar norma por entendê-la inconstitucional, surgem as mais diversas fundamentações que dificilmente podem ser trazidas a um sistema fechado que as legitime” (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 188). Portanto, o modelo deve ser repensado.

A construção de uma Corte Constitucional com feições políticas e voltadas somente para o controle de constitucionalidade, assumindo a faceta de legislador negativo, contribui para a mitigação da problemática. Busca ser uma solução razoável para a ideia de limitação do Direito em si. O Direito não resolve todas as questões sociais, devendo atentar-se para a necessidade do campo político. Frise-se, esta faceta legislativa desta Corte Constitucional deve ser negativa, a fim de que não represente uma oligarquia que submeta o Legislativo, considerando ser o órgão com maior representação popular.

Pertinente notar a pontuação de Hart sobre a diferença entre sua teoria positivista do Direito e a teoria não positivista de Dworkin. Para o autor, as regras e princípios jurídicos possuem uma “textura aberta”, bem como, em determinados casos, não oferecem qualquer resposta sobre a aplicação de determinada normativa ao caso concreto.

Não se trata de um “hard case”, onde há opiniões fundadas em sentidos opostos, mas na pura ausência de resposta normativa aplicável à lide. “O direito é, nesses casos, fundamentalmente *incompleto*: não oferece *nenhuma* resposta aos problemas em pauta”. Assim, estes casos não são regulamentados juridicamente, carecendo da ação legislativa dos Tribunais, de modo limitado, recaindo no que Hart denomina de “discricionariedade”. Como informa o autor, Dworkin rejeita esta ideia de incompletude da lei, que permita lacunas a serem supridas pela discricionariedade. Para Dworkin, estas lacunas podem ser discutidas, devendo ser fundamentadas, ao passo que as proposições jurídicas somente podem ser verdadeiras “conjuntamente com outras premissas, dos princípios que ao mesmo tempo se adequam à história institucional do sistema jurídico e oferecem a melhor justificativa moral para ela” (HART, 2009, p. 326-327).

Em outros termos, enquanto o positivismo hartiano entende pela incompletude do Direito, havendo texturas abertas, lacunas e incertezas a serem supridas, em sua teoria, pela discricionariedade dos Tribunais, que é representada pela atividade legislativa limitada, para Dworkin o Direito é completo e essa completude se deve à integralização pela argumentação que se fundamenta em uma justificativa moral, que deve ser a melhor possível.

Portanto, com base nestas disposições, tem-se que a teoria positivista contemporânea entende pela finitude e incompletude do Direito, necessitando estar acompanhado da política, ao passo que o moralismo entende pela completude do Direito, integralizado pela moral.

Tal como visto, a moral é relativa e a integralização do Direito pela moral acaba por apresentar, ainda que aparentemente, uma roupagem jurídica para uma opção política e subjetiva do aplicador do Direito, que não detém a competência constitucional para tanto. Mesmo no sistema hartiano, em que os Tribunais complementam a textura aberta do Direito pela discricionariedade, esta pretende-se limitada por critérios para que se verifique sua legitimidade, especialmente costumes e pela norma de reconhecimento, ou seja, aceitação popular dos meios decisórios.

Ocorre que pela estruturação de direitos fundamentais na forma de princípios, sempre concretizados pela ponderação, com incentivo para que opere em toda a atividade judicial, consubstanciado na moralização do Direito, acaba por representar restrições ou concretizações dos direitos fundamentais na medida das opções políticas e morais

subjetivas do intérprete-aplicador do Direito. Acaba por ser tão ou mais discricionário do que o sistema positivista hartiano.

Desta forma, necessário que se repense o sistema, para que as incompletudes do Direito, evidentemente existentes, sejam supridas pelo Poder constitucionalmente competente, ou seja, o Legislativo, em maior medida, e a Corte Constitucional como legislador negativo, em menor medida.

No modelo atual, nota-se a discrepância entre decisões quanto à concretização de direitos fundamentais, carente de racionalidade jurídica na fundamentação da decisão, destacando-se, comumente, como opções políticas, ainda que busquem a roupagem jurídica.

Um dos motivos para este estado de coisas é justamente a produção normativa de má qualidade. Leis contraditórias, amplíssimas, que não tratam devidamente o assunto e acabam por trazer insegurança jurídica, não contribuindo para um bom funcionamento do sistema democrático. Se a norma, por sua natureza, já possui a referida “textura aberta”, quanto mais normativas com atecnicidades na produção. Entretanto, a falta de técnica do Legislativo não pode representar argumento para sua exclusão do jogo democrático. Considerando a fundamentalidade deste Poder para a Democracia, devem ser pensadas alternativas para sua melhora e não para sua substituição ou afastamento.

Portanto, como ensina Sarlet, considerando que os conteúdos e alcances dos direitos fundamentais são dependentes de seus limites, quanto mais preciso for o tratamento conferido para esta questão quanto aos limites, “seja por meio da regulação constitucional direta, seja por meio da ação da doutrina e jurisprudência, mais se estará rendendo a necessária homenagem às exigências da segurança jurídica, portanto, do próprio Estado Democrático de Direito”. Este é o ponto central de toda a temática referente aos direitos fundamentais, ou seja, deve-se debruçar sobre seus limites para que efetivamente se conheça a proteção real por eles garantida. No caso nacional, o Constituinte decidiu se omitir quanto aos limites e aos limites dos limites, “ao contrário do que ocorreu na Alemanha, Portugal e mesmo Espanha” (SARLET, 2009, p. 386-387).

O debate entre um controle de constitucionalidade forte e uma maior participação social em uma democracia é dos mais relevantes para a ciência política e para o direito. Assim, de um lado tem-se um controle de constitucionalidade forte, tal como nos Estados Unidos, de outro lado, tem-se uma supremacia do Legislativo, como se vê no modelo

britânico. Parte da doutrina se esforça para encontrar uma solução e indicam que há possibilidade de concretizá-la pelos diálogos institucionais.

Neste ponto, Paulino aponta a experiência canadense, onde há possibilidade parlamentar de estabelecer uma “cláusula não obstante”, tornando determinada normativa imunizada por cinco anos, possibilitando-se renovações por legislaturas posteriores. Este sistema busca harmonizar os defensores da soberania popular e os defensores do modelo de constitucionalização norte americano, posto que “se o legislador não concordar com a posição da corte, ele tem condições de impor-se” (PAULINO, 2018, p. 116-119), embora isto raramente ocorra. Ainda, havendo julgamento da Corte no sentido de entender-se irrazoável uma legislação por restringir demasiadamente direitos fundamentais, pode o Legislativo assentar uma nova lei, considerando os pontos reputados como incorretos. Esta nova normativa poderá ser objeto de novo controle de constitucionalidade, em um ciclo de diálogos entre instituições.

Já no modelo britânico, em uma mudança cultural da superioridade parlamentar mantida por séculos, promulgou-se a Declaração de Direitos Humanos do Reino Unido, codificando direitos fundamentais, inclusive para maior compatibilidade com o direito da comunidade europeia. Assim, a Corte Constitucional pode realizar este controle, porém, quando entenda pela incompatibilidade a legislação não é afastada de plano, continuando vigente até decisão do Parlamento. Na prática, a Corte tem o poder de requerer ao Parlamento que se emende a referida normativa. Entretanto, o Legislativo não tem obrigação de acatar a decisão da Corte (PAULINO, 2018, p. 121-123).

Este novo modelo, como aduz Paulino, apresenta-se como uma terceira via, buscando conciliar o controle de constitucionalidade político com o jurídico, “na medida em que reforçam a legitimidade das cortes na proteção judicial dos direitos, ao mesmo tempo em que deixam a possibilidade do parlamento superar as decisões delas” (PAULINO, 2018, p. 123-126). Nada obstante, este novo modelo pode pender tanto para a supremacia do Legislativo quanto para a do Judiciário, a depender do comportamento político, ou seja, se o Parlamento sempre ignorar as decisões da Corte, tem-se uma supremacia do Legislativo, ao passo que se sempre acatar, recai-se no modelo de controle de constitucionalidade forte.

Evidente que há claras diferenças entre a estrutura jurídico-cultural dos países mencionados, com base na *common law*, e do Brasil, erigido sobre a *civil law*. Porém,

apresenta-se pontos de diálogos entre os Poderes a fim de se evite uma supremacia de um ou outro Poder, incentivando o diálogo institucional, em contribuição para uma proteção de direitos fundamentais calcados na legitimidade popular.

O que se verifica é a necessidade de maior objetividade, critérios mais claros e uma maior rigidez quanto aos direitos fundamentais. A restrição do rol de autoridades competentes para se debruçarem sobre a temática, bem como os contornos políticos que se busca conferir à Corte Constitucional, como idealizado por Kelsen, contribuem para a mitigação do problema, ainda que não o resolvam completamente. Frise-se que a problemática, ainda que mitigada, não se encontra resolvida, considerando que os direitos fundamentais continuarão a ser estruturados por princípios, operando-se por ponderação e eivadas de subjetividades.

#### 4.3 A COMPLETUDE DO DIREITO: DO POSITIVISMO PRIMITIVO PARA O MORALISMO JURÍDICO

A ideia de que o Direito seria produto perfectibilizado, incentivando a defesa de sua permanência em um sistema fechado, indiferente aos outros campos sociais, pode ser vista no positivismo primitivo, tal como o exegético, de origem francesa, por exemplo.

Neste modelo positivista, a base filosófica era o iluminismo e o objetivo primeiro era a criação de um direito simples e unitário. Estes pontos se desenvolveriam na concepção de que o legislador seria apto a criar leis universais, perduráveis ao teste do tempo. Tratava-se da ciência da legislação. Toda esta sistemática culminaria na codificação do Direito, de modo que a simplicidade de o acessar seria tão intensa que aos juízes bastaria o julgamento dos fatos (BOBBIO, 1995, p. 63-67).

Tem-se que a onipotência do legislador era tema de debate entre os intérpretes do Código Napoleônico e seus redatores, calcados na impossibilidade de abstenção decisória do Judiciário, sob os argumentos da insuficiência, obscuridade ou silêncio da lei. Desta impossibilidade de abstenção, culmina-se na seguinte questão: o juiz deve solucionar estes problemas buscando uma resposta no próprio direito, na lei, ou se lhe é aberto campo para buscar solução fora do direito, na moral, por exemplo. Como Bobbio indica, os “modernos teóricos do direito chamam a primeira solução de auto-integração e

a segunda de hetero-integração do ordenamento jurídico”. Portanto, a ideia de onipotência do legislador determina que a resposta deve ser buscada dentro do Direito, ensejando a defesa da completude do ordenamento jurídico. Esta posição foi adotada pelo positivismo primitivo. Os redatores do Código, por outro lado, defendiam que a solução era deixar a integração do Direito aberta ao juiz, ou seja, “livre criação do direito por parte do juiz” (BOBBIO, 1995, p. 73-75).

Como já estudado neste trabalho, o positivismo jurídico se afasta do juízo valorativo do Direito, especialmente na ciência jurídica, buscando uma análise dos fatos, de como o Direito é e não como deveria ser. Isto porque uma análise valorativa eiva de subjetivismo o ato, afastando-se do ideal de objetividade. Neste sentido, por exemplo, encontram-se as posições de Bobbio (1995, p. 135-137) e Kelsen (2009, p. 1-2).

Como já dito, isto não importa dizer que o Direito seja alheio à moral ou outros campos sociais. O Direito é fruto deste caldo cultural da sociedade. O que se defende é que a ciência do Direito, portanto, seu estudo científico, deve ser afastado de valorações, a fim de que não recaia em um “sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto” (KELSEN, 2009, p. 2).

A posição extremada do positivismo jurídico, entende como valoroso (justo) todo o Direito válido, tão somente por emanar-se de uma autoridade competente. Pontue-se que esta não é “a posição típica do positivismo jurídico”. Como ensina Bobbio, é comum a separação positivista entre validade e valor, de modo que pode “haver um direito válido que é injusto e um direito justo - por exemplo, o direito natural – que é inválido”. Entretanto, este juízo de valor se afasta da ciência jurídica, adentrando o campo da filosofia do Direito, posto que “o filósofo do direito não se contenta em conhecer a realidade empírica do direito, mas quer investigar-lhe o fundamento, a justificação: e eilo assim colocando diante do problema do valor do direito” (BOBBIO, 1995, p. 137-138).

O que de mais importante se destaca para o recorte teórico realizado neste momento é a ideia de finitude do Direito. Nota-se em algumas correntes do positivismo jurídico contemporâneo a oscilação entre integrações do direito no modelo de autointegração, lançando mão do próprio Direito, e heterointegração, quando utiliza fontes diversas do Direito, embora a preferência seja pela autointegração.

No positivismo kelseniano, tem-se que o juiz cria o direito dentro da moldura

legal, formada pela ciência jurídica. Nesta atividade criativa, variadas são as fontes do Direito. Assim, como entende Dimoulis (2011, p. 242), o positivismo jurídico não pretende a orientação em si do aplicador do Direito, mas busca indicar, tão somente, o que é o direito válido e as possibilidades interpretativas. O juiz kelseniano não é mera “boca da lei”, aplicador mecânico, mas criador do Direito, ainda que em menor medida, posto que assenta a “norma jurídica individual”, como aduzem Scherch e Alves (2018, p. 71). De fato, a teoria kelseniana é crítica da ideia de ser a lei a única fonte do Direito, devendo entender-se no sentido de ser a norma jurídica esta fonte, como leciona Castilho (2019, p. 274 e 279). O próprio Kelsen (2009, p. 2) é claro ao afirmar que a pureza que se refere é metodológica, portanto, da ciência do Direito e não de sua aplicação, realizando separação nítida entre a face científica e a político-filosófica do Direito.

São claras as aferições de Kelsen sobre as relativas indeterminações da aplicação do Direito, posto que as normas jurídicas superiores não podem prever todas as hipóteses de incidência das inferiores, portanto, a Norma Fundamental e a Constituição não conseguem prever todas as hipóteses das normas infraconstitucionais e estas não conseguem prever todas as incidências quanto ao Direito individualizado pelo Judiciário. Portanto, “tem sempre que ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato” (KELSEN, 2009, p. 388).

Estas indeterminações podem se dar tanto de forma intencional por parte do legislador, quanto de forma não intencional, pela própria “pluralidade de significações”, indicando que “o sentido verbal da norma não é unívoco”, de modo que “o órgão que tem de aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis”. Neste contexto é que Kelsen afirma ser a interpretação a fixadora da moldura legal, admitindo-se todas as interpretações dentro desta moldura como possíveis. Em suas palavras, “dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é *a* norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais” (KELSEN, 2009, p. 389-390), dentro desta moldura legal.

As decisões judiciais, portanto, surgidas neste contexto, para a ciência jurídica, deverão ser analisadas se estão dentro ou fora da moldura. De outro lado, saber se esta decisão é a “correta” não é objeto da ciência do Direito, mas “um problema de política do

Direito” (KELSEN, 2009, p. 392-393).

No positivismo hartiano, como já visto no item anterior, resta clara a incompletude do Direito, especialmente pelas lacunas e a sua “textura aberta”. Ainda, diferente dos “hard cases”, onde há opiniões jurídicas distintas e fundamentadas sobre uma questão, há também a pura e simples falta de resposta jurídica, onde o Direito não fornece qualquer resposta à problemática. Assim, cabe ao Judiciário criar este Direito, atividade que Hart chama de “discricionariedade”. Esta criação ocorre pela analogia, costumes e até mesmo pela própria moral, carecendo de aceitação pelas normas de reconhecimento, ou seja, aceitação popular. A própria atividade judicial demanda escolhas entre as possibilidades jurídicas (HART, 2009, p. 15-16, 323 e 326-327).

Como se nota, a incompletude do Direito é plenamente constatada pelo positivismo jurídico contemporâneo, afastando-se do ideal de completude legal defendida pelo primitivismo do movimento, como presente em sua vertente exegética, por exemplo.

Entretanto, pela manutenção da impossibilidade de abstenção judicial em proferir decisões, o *non liquet*, é que se incentiva a atividade criativa do juiz nos casos de completa ausência de resposta jurídica, bem como havendo liberdade de escolha entre as possibilidades jurídicas fornecidas pelo Direito, dada sua vagueza e incompletude. Embora seja necessário ressaltar a possibilidade de julgamento improcedente da demanda justamente porque não há previsão jurídica para a situação em lide, sob o argumento de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, conforme determina a Constituição Federal vigente.

De certo modo, ainda que reconhecida a incompletude do Direito, busca-se integralizá-lo, completá-lo, ora por meios provenientes da autointegração ora pela heterointegração. Portanto, mesmo na visão positivista, busca-se a complementação do Direito, a fim de que seja bastante em si mesmo.

Sobre este aspecto, o moralismo jurídico não se diferencia, *lato sensu*, do positivismo jurídico, posto que também entende pela suficiência do Direito. Isto não significa que o Direito seja completo ou ausente de lacunas, mas que ele pode ser bastante se utilizada a moral como forma de integralização/complementação.

No jusmoralismo dworkiniano, a moral desempenha papel vital para o Direito, desde a interpretação até a aplicação. Portanto, dois são os critérios essenciais para esta

corrente, quais sejam, a adequação e o valor. Adequação faz menção à correspondência entre a decisão e o texto constitucional. O valor se refere ao bem e justiça proporcionados pela decisão (BEATTY, 2014, p. 46). Embora os valores morais possam ser diversificados e complexos, para Dworkin, formam um “todo integrado”, se aplicando, guiando e exigindo a integridade “nos estágios doutrinário e de decisão judicial” (DWORKIN, 2010, p. 38-39). Dworkin deixa claro que para sua teoria não há ceticismo moral, posto que tratada como uma questão moral, não há como não se chegar a uma resposta correta, “tanto do ponto de vista moral quanto jurídico” (DWORKIN, 1999, p. XIII).

Neste sentido, tem-se a discricionariedade forte e fraca do Judiciário. A forte refere-se ao modelo positivista, posto que o juiz cria o Direito. A fraca é pretendida pelo moralismo, considerando que pretende otimizar e complementar o Direito já existente (ALVES; SCHERCH, 2020, p. 143).

Este movimento pretende trazer maior objetividade para a discricionariedade, considerando que na lacuna legal o juiz não é livre para a criação do Direito, devendo basear-se na moral (MACHADO, 2011, p. 38-39).

Entretanto, como já observado neste trabalho, a moral que apresentaria esta objetividade na verdade é relativa, variável, de modo que não contribui para a finalidade. Se a missão da discricionariedade fraca era limitar a ação criativa do juiz pela moral, não obteve êxito, posto que a moral é relativa, permanecendo campo aberto ao juiz. Em verdade, corrobora com este voluntarismo, uma vez que acaba por “fortalecer” o posicionamento escolhido para a criação do Direito na lacuna legal, dado que se fundamenta em um “valor moral objetivo”.

Esta completude do Direito pela moral, no sistema dworkiniano, é percebido e indicado por Hart, uma vez que ele (Dworkin) pretende suprir as lacunas legais de modo conjunto com “outras premissas, dos princípios que ao mesmo tempo se adequam à história institucional do sistema jurídico e oferecem a melhor justificativa moral para ela” (HART, 2009, p. 326-327).

Considerando o já exposto neste trabalho, especialmente nos dois itens anteriores, os princípios como abertura moral e busca da história institucional permitem interpretações plenamente flexíveis, não contribuindo com o afã de limitar a discricionariedade por meio da apresentação de parâmetros mais objetivos.

De fato, a história dos institutos pode contribuir para um melhor entendimento do Direito, como já visto nos clássicos métodos de interpretação, inclusive o histórico, entretanto, isto não é garantia de decisão futura, especialmente quando aliado à moral (relativa).

Este sistema de obrigatoriedade de decisão judicial tem raízes históricas, como já apresentadas anteriormente, entretanto, a ideia de que o Direito se basta, que é completo por um meio ou outro, ou é possível completá-lo por qualquer mecanismo, como a moral, sem necessidade de adentrar-se de fato no campo político, pode representar uma negação deste último, com consequências graves e historicamente conhecidas. Assim se observa em regimes autoritários.

Ao menos na completa falta de resposta jurídica, tal como indicada por Hart, poder-se-ia entender pela remessa da questão para a Corte Constitucional, que deveria se revestir do caráter político como idealizado por Kelsen, a fim de que promovesse uma “legislação de emergência”. Assim, tendo em vista que é necessária uma resposta célere para questões apresentadas ao Judiciário, bem como considerada a relativa demora no processo legislativo, devendo observar com maior complexidade e representação as grandes questões sociais, seria possível uma resposta com maior legitimidade. Reforce-se, necessário que a Corte Constitucional apresentasse o matiz político, nos termos kelsenianos, como já mencionado neste estudo, sob risco de puro autoritarismo judicial, bem como se desvinculasse das competências administrativas em favor de uma Corte Administrativa.

Isto porque haveria um acesso, ainda que limitado, ao campo político para a complementação do Direito, reforçando a ideia de mútua necessidade entre ambos. Assim, afasta-se da ideia de que todas as mazelas e vicissitudes sociais, as controvérsias da comunidade, seriam resolvidas tão somente pelo Direito, em seu sistema mais ou menos fechado, sem a clara participação popular, observada com maior intensidade no processo legislativo.

Entender que o Direito é autossuficiente, pelos métodos de auto ou heterointegração, apequena o papel político da sociedade, do Legislativo e Executivo, posto que não há necessidade de debate para orientação dos rumos sociais, bastando uma integração do Direito já existente.

Em verdade, o que ocorre é a falsa ideia de juridicidade desta integração, quando

acaba por representar, de fato, o assentamento de decisões eminentemente políticas, porém por atores sociais que não detêm a competência constitucional para tanto, como é o caso do Judiciário. Ao assentar-se uma decisão política nestes moldes, ainda que aparentemente revestida do caráter jurídico, incorre-se em déficit democrático, afastamento da vontade popular e fortalecimento de uma certa forma de “aristocracia” política não legitimada constitucionalmente.

Portanto, a moralização do Direito ou a utilização da moral como mecanismo judicial de correção do Direito potencializa a negação da política e dos Poderes que melhor representam a sociedade neste âmbito. Isto porque o Direito poderia ser “integralizado” pela moral, já na fase de judicialização, não necessitando incorrer no trabalhoso processo de busca do consenso social, pelo Legislativo. Assim, bastaria que o intérprete-aplicador do Direito adentrasse o campo da moral, calcando-se na ampla abertura à moral realizada pela extensa mudança do conceito de Direito em favor dos princípios para que se obtivesse uma resposta às lides, superando dubiedades e lacunas.

Ocorre que este movimento se evidencia antidemocrático, posto que o procedimento para a incursão ao campo político e moral não se dá pela representação da vontade popular, por meio de seus mecanismos democráticos, mas sim por atores sociais sem a prerrogativa da eleição e representação.

Os resultados são ainda mais gravosos quando se observa que estas complementações amplas do Direito, sem respaldo no consenso social visto pelo Legislativo, se revestem do caráter de “garante da moral”, como se objetiva fosse. Deste modo, traz mais complexidade para que os indivíduos critiquem estas decisões, uma vez que estariam em desacordo com esta “moral correta”.

Retorna-se à ideia de uma Corte Constitucional, com viés político, como explanada por Kelsen (2013, p. 19-21). Assim, na atividade regular do controle de constitucionalidade deve a Corte Constitucional agir como legislador negativo. Ainda, quando há completa ausência de resposta legal para a problemática, tal como apontada por Hart, a Corte poderia agir como “legislador de emergência” (HART, 2009, p. 326-327), criando normativa para suprir a lacuna legal.

Esta remessa dos casos judiciais, onde não há resposta legal, para uma Corte Constitucional com base política, tal como pretendia Kelsen, representaria a ideia de finitude do Direito e necessidade de complementação pelo setor político. Ainda que a

representatividade desta Corte fosse mais restrita, se comparada ao Legislativo, cumpriria a função de elo entre os âmbitos jurídico e político, considerando que seu campo de atuação também seria mais restrito, atuando como legislador negativo e de “emergência”. Deste modo a Corte Constitucional assumiria seu caráter político-jurídico, contribuindo para a complementação do Direito pela política, robustecendo a legitimidade destes atos. Contudo, isto não pode significar uma substituição do Legislativo. Necessário que a temática seja tratada por este Poder, legítimo para esta função.

A sustentação da ideia de que o Direito é completo, tanto pelas normas postas quanto pela sua integralização pela moral, abre margem antidemocrática para a negação da política com participação popular, possibilitando assentamento de decisões políticas pelo Judiciário, bem como promovendo uma tentativa de revesti-las de um caráter (pseudo)jurídico.

Portanto, a utilização da moral como mecanismo de correção judicial do Direito fertiliza o campo para possibilidades antidemocráticas, de decisões políticas sem a efetiva participação popular e impostas em nome da “resposta moralmente correta”.

#### 4.4 CONCLUSÃO PARCIAL

Analisando os efeitos irradiados da utilização da moral como mecanismo judicial de correção do Direito, conclui-se que proporciona uma desestabilização do ordenamento jurídico através dos princípios jurídicos, entendidos como aberturas do Direito à moral.

Isto porque, sendo a moral relativa, os princípios representam uma elasticidade preocupante para a caracterização do que é jurídico, permitindo incluir posicionamentos morais pessoais do aplicador-intérprete do Direito como uma possibilidade interpretativa autorizada pelo ordenamento jurídico. Em outros termos, permite uma roupagem (pseudo)jurídica para posicionamentos pessoais e crenças individuais do aplicador do Direito.

Considerando a dimensão de peso dos princípios e seu modo de aplicação como “mandados de otimização”, observando as possibilidades fático-jurídicas, considerando a potencialidade discricionária advinda desta relação, Alexy buscou racionalizar esta problemática pela sua lei de colisão.

Entretanto, como observado no item 4.1, ainda que contribuindo para esta finalidade, a ponderação proposta por Alexy mantém aberta a possibilidade de uma ampla discricionariedade da escolha de qual princípio jurídico terá a precedência no caso concreto.

Assim, há ampla margem de escolha, que mesmo devendo ser justificada argumentativamente, permanece como ato volitivo do intérprete-aplicador do Direito, por exemplo, sobre qual princípio prevalecerá na colisão. Ainda, para além desta liberdade, o conteúdo dos princípios jurídicos em questão, por serem entendidos como elo entre direito e moral, é preenchido de forma discricionária, considerando a relatividade dos sistemas morais. Isto resulta no que se chamou de principiologia caótica.

O efeito deste caos é sentido, especialmente, no ponto mais fulcral do ordenamento jurídico, ou seja, dos direitos fundamentais. Tendo em vista a estruturação destes fundamentais direitos na forma de princípios jurídicos, sendo concretizáveis somente na lide concreta, após a passagem pela lei de colisão alexyana (aberta à discricionariedade), culmina-se na variabilidade dos seus efeitos, caso a caso, na dependência dos preceitos morais particularistas do intérprete-aplicador.

Nota-se uma desnaturalização da própria finalidade dos Direitos fundamentais, qual seja, a proteção do indivíduo em face dos outros indivíduos e do próprio Estado. Isto porque nunca se sabe, de antemão, qual a real extensão da proteção advinda destes direitos. Isto somente será descoberto no caso concreto, através da operação discricionária supracitada. Ainda, há plena possibilidade do indivíduo ser punido por agir para além da proteção destes direitos fundamentais, entretanto, será uma punição sem prévia ciência da ilicitude do ato praticado, uma vez que a indicação real da extensão protetiva desses direitos somente é apontada após o ato ter sido praticado e no âmbito do processo judicial.

Este estado de coisas acaba por fomentar uma autolimitação do exercício destes direitos fundamentais, considerando o medo social de sanção *a posteriori*, uma vez que ninguém possui ciência da real proteção destes princípios ou direitos fundamentais.

Por fim, verificou-se que a ideia de que a moral possa corrigir judicialmente o Direito acaba por incorrer na antiga noção de completude do Direito, defendida pelo positivismo jurídico primitivo.

Esta completude é vista na desnecessidade de reconhecer o limite do Direito, a

sua incompletude e, por conseguinte, a necessidade de utilização dos mecanismos formais de averiguação/construção de consensos sociais. É possibilitado – e por vezes outorgado – que o intérprete-aplicador do Direito solucione esta incompletude através da moral.

Pelas características próprias do Judiciário, por esta pretensa completude do Direito, tem-se uma negação da política pelos meios formais e com maior participação democrática, de modo a arrastar o Judiciário para o campo político, uma vez que passa a prolatar decisões políticas, agindo na incompletude do Direito, porém buscando revesti-las do caráter jurídico, pela moral (relativa). Logo, tem-se a tomada de decisões políticas sem o crivo dos meios formais de participação popular.

## 5 CONCLUSÃO

A interação entre Direito e moral é, certamente, uma das áreas que mais emanam interesse doutrinário quando se trata de estudos jurídicos. Questões complexas e relevantes surgem das mais variadas (re)combinações entre os dois conceitos, de modo que diversas são as possibilidades de organização social, a depender das possibilidades fáticas e escolhas dos indivíduos na construção da vida em comunidade.

A par destas considerações, o presente estudo procurou analisar a (in)viabilidade da utilização da moral como mecanismo judicial de correção do Direito, sempre buscando referência em uma construção de política social calcada em valores democráticos, erigida sobre consensos sociais, advindos de legítimos debates políticos, filosóficos e ideológicos dos cidadãos que compõe o Estado.

Na primeira parte do estudo, dispensou-se atenção quanto à (im)possibilidade de utilização da moral como mecanismo judicial de correção do Direito, tanto para a corrente jusfilosófica do positivismo jurídico contemporâneo quanto para o moralismo jurídico.

Conclui-se que é possível a utilização da moral como corretora do Direito, seja subentendido no pilar da eficácia social para o positivismo normativista de Hans Kelsen, seja através das normas de reconhecimento de Herbert Hart. O positivismo jurídico, como defensor da tese da separação entre Direito e moral, defende a desnecessidade de incorporação da moral no conceito de Direito, entretanto, isto não significa impossibilidade de fazê-lo, ainda que não seja comumente aconselhado.

Neste ponto foram elencados como recortes teóricos os modelos positivistas de Kelsen e Hart, considerando que são numerosas as subcorrentes do positivismo jurídico, cada qual com suas peculiaridades, fugindo do recorte metodológico promovido neste trabalho e não correspondendo com o resultado pretendido. Portanto, pela análise dos dois autores já pode ser concluído que há possibilidade de utilização da moral para este fim.

Quanto ao moralismo jurídico, analisando as correntes de Ronald Dworkin e Robert Alexy, mais do que uma possibilidade, a moral se apresenta, em maior ou menor medida, como uma necessidade no conceito de Direito, de modo que deve ser vista como um terceiro pilar para o referido conceito. Assim, ao lado da normatividade e da eficácia social, tem-se a correção quanto ao conteúdo. Porém, se para Dworkin a moral deve agir

em todos os estágios de interação com o Direito, desde a interpretação até a aplicação, para Alexy a correção moral, ensejadora do afastamento do direito positivado, somente deve ocorrer em casos de extremos injustos.

Neste primeiro capítulo, portanto, conclui-se que há possibilidade de correção do Direito pela moral, na via judicial, tanto para o juspositivismo quanto para o jusmoralismo.

Em um segundo momento, passou-se à análise da (in)viabilidade da moral como mecanismo judicial de correção do Direito. Inicialmente analisou-se a possibilidade de uma moral objetiva, fenômeno que robusteceria as teses jusmoralistas.

Entretanto, concluiu-se que não é possível realizar uma defesa consistente da existência de uma moral universal ou, ao menos, objetiva dentro de uma sociedade. Verificou-se que diversos são os sistemas morais que convivem mutuamente em uma mesma sociedade, defensores de valores distintos e, comumente, contraditórios com outros sistemas morais. Assim, o Direito é construído sobre consensos sociais, advindos de debates pelo procedimento democrático e legislativo.

A correção do Direito pela moral na via judicial, justamente por não deter de um procedimento legítimo para tanto, acaba por possibilitar a imposição de pautas morais individuais, próprias do intérprete-aplicador do Direito, para a sociedade.

Esta relatividade moral pode ser vista em questões limítrofes como abortamento, legalização de drogas, liberação de armas, entre outras. Conceitos morais como a dignidade da pessoa humana aparecem em ambos os lados do debate, aclarando sua variabilidade e impossibilidade de utilização com finalidades objetivas.

Portanto, conclui-se que a tentativa de restrição da discricionariedade judicial pela moral, ainda que assentada em boas intenções, não logra êxito. Em verdade, acaba por contribuir com esta discricionariedade, dada a possibilidade de flexibilização do Direito posto em nome de preceitos morais. Afastada, deste modo, a possibilidade de interpreta-se, corrigir-se e aplicar-se o Direito ancorado em uma moral objetiva.

Neste mesmo capítulo estudou-se a utilização da moral como mecanismo estabilizador da linguagem, na tentativa de apresentar objetividade para o Direito. De igual modo, considerando que o intérprete possui sua existência, predecessora da essência dos objetos, calcado na hermenêutica filosófica heideggeriana e gadameriana, no conceito

de *Dasein* e *Mitsein*, de círculo hermenêutico, tem-se a impossibilidade de acesso à pura essência do objeto.

Deste modo, considerando que a moral mesma não é objetiva, também não consegue desempenhar o papel de estabilizadora dos significados da linguagem, assim não se mostra razoável sustentar que determinada normativa, com expressão linguística, detém determinado significado, posto que representa a melhor interpretação moral.

A título de exemplo, quando se sustenta que a “dignidade da pessoa humana”, expressa em diversos momentos do sistema jurídico, tem o significado “x” quer-se dizer que esta interpretação não é, de fato, objetiva no significado, mas sim a interpretação que o interlocutor deseja, em sua subjetividade, exprimir.

A linguagem assemelha-se, assim, aos casos jurídicos, tal como ensina Hart. Quanto mais familiarizado determinado caso se mostra, mais fácil sua resolução, posto que as variantes já foram analisadas mais vezes e os interlocutores conseguem exprimir e entender melhor os significados.

Com isto, tem-se que a linguagem quanto ao procedimento mostra-se mais objetiva, embora não se possa falar em objetividade plena. Logo, o procedimento legislativo e democrático, por ser utilizado para a criação dos mais variados consensos sociais, expressos em normativas jurídicas, possui mais familiaridade entre os interlocutores, ensejando melhor desenvolvimento. Assim, para consensos sociais é necessário que seja utilizado este procedimento, afastando-se de atalhos que buscam assentar significados objetivos, calcados na moral (relativa), à normativas ancoradas em linguagens vagas. Há maior garantia de democracia quanto busca-se, pela via procedimental do Legislativo, assentar-se o que vem a ser “dignidade da pessoa humana”, por exemplo, do que assentar-se um conceito “objetivo”, calcado em uma moral “correta” (que é relativa), pela via Judicial.

Em continuidade, estudou-se a (in)viabilidade da moral como corretora judicial do Direito em regimes democráticos e autoritários. Quando se fala em regimes democráticos, tem-se que já existem mecanismos legítimos para criação de consensos sociais e, portanto, do Direito. A correção moral pela via judicial possibilita burla deste sistema, uma vez que as mudanças do Direito não passam pela representação da vontade popular. De mais a mais, o próprio Direito se fundamenta na vontade popular, guiada pelo que considera justo e correto, conceitos eminentemente morais, ou seja, já observadores

da moral.

Em regimes autoritários tampouco se mostra viável. Isto porque é evidentemente irrazoável esperar que um ditador limite seu poder em nome da “moral correta”. Na experiência histórica, na larga maioria das vezes, um ditador toma o poder justamente em nome da moral. De outro vértice, tratando-se de regime autoritário, calcado no conceito do estado de exceção de Agamben, não se pode falar em um sistema jurídico de fato. Trata-se de um vazio jurídico, uma suspensão do Direito, um retorno ao período pré-constitucional, operando-se uma violência pura, não-jurídica. Assim, uma vez observado que o Direito já se encontra suspenso e a sociedade rege-se por atos com força-de-lei, de nada adianta tentar corrigir o Direito pela moral.

Estas constatações apontam para a possibilidade da existência de uma moral dissidente em face dos direitos fundamentais, corrompida, afastando a utópica ideia de que a moral que corrigirá o Direito sempre será positiva, correta, ensejadora de benefícios sociais e defensores de direitos fundamentais. Como observado no exemplo do regime nazista, houve incentivo para que os juízes alemães passassem a interpretar o direito posto de acordo com o novo espírito das leis, com a moral social.

A inviabilidade da moral, como mecanismo judicial da correção do Direito, também foi verificada sob a análise da segurança jurídica e da legitimidade. Considerando que ambos os conceitos são interdependentes, ou seja, um Estado sem segurança jurídica tende a incorrer em ilegitimidade e um Estado ilegítimo não garante segurança jurídica, tem-se que o mecanismo da correção do Direito pela moral, na via judicial, desrespeita ambos os institutos.

De início, se o Direito for afastado por ser considerado injusto, considerando a relatividade da moral e a variedade de sistemas morais vigentes na sociedade, qualquer cidadão poderia afastar o direito posto em nome da injustiça calcada em um sistema moral particularista. Assim, as características da generalidade e igualdade legal estariam seriamente comprometidas, culminando, em última instância, em uma anarquia.

Do mesmo modo ocorre com a legitimidade, posto que pela moralização do Direito é possibilitado ao intérprete-aplicador a imposição de visões de mundo particulares, de sistemas morais relativos, sem a legitimação do procedimento legislativo. Sempre permanecerá o questionamento de porquê determinada pauta moral foi imposta e não outra, correta e justa aos olhos de outro sistema moral.

Estas duas problemáticas ferem gravemente alguns dos mais importantes objetivos do Direito, como a pacificação social, organização da vivência em comunidade, defesa dos direitos fundamentais, legitimação das decisões exaradas etc.

Já no terceiro capítulo, estudou-se alguns efeitos desta moralização do Direito e sua correção pela via judicial. Verificou-se que este modelo torna caótica a principiologia jurídica. Considerando que os princípios compõem espécie da norma jurídica, ao lado das regras, bem como são normalmente tomados como aberturas do Direito à moral, possibilita-se, justamente pela relatividade desta moral, a flexibilização exagerada do Direito.

É possível, por este modelo, o direcionamento do Direito para qualquer fim desejado pelo intérprete-aplicador através dos princípios, considerando serem eles pilares axiológicos inseridos no Direito. Assim, potencializa-se a tentativa de revestimento de decisões políticas tomadas pelo Judiciário de um caráter (pseudo)jurídico.

Pela ponderação alexyana, buscando trazer racionalidade para a natureza de peso dos princípios, como idealizada por Dworkin, através da lei do sopesamento, estruturada nos níveis da adequação, necessidade e ponderação estrito senso, ainda permanece alargado campo discricionário ao intérprete-aplicador do Direito. Consoante à moralização do Direito, destaca-se a possibilidade de distorções do direito posto para os objetivos desejados momentaneamente, em nome de pautas morais particularistas.

Isso reverbera, inclusive, nos direitos fundamentais, que não são, de fato, garantidos quando estruturados por este modelo. Isto porque estes direitos são comumente estruturados na forma de princípios, sem prevalência abstrata sobre os demais, de modo que seus conflitos se solucionarão sempre no caso concreto, observadas as possibilidades fático-jurídicas.

Assim, o cidadão nunca sabe, de antemão, quais os reais limites dos seus direitos e deveres fundamentais, de modo a não ter ciência se suas ações estão abarcadas pela proteção destes direitos. Somente saberá se seus atos infringiram ou não direitos fundamentais após realizá-los, no caso concreto, operacionalizado pela lei do sopesamento alexyana, aberta às discricionariedades, bem como por um modelo jurídico que incentiva à moralização, ainda que a moral seja relativa.

Outro efeito causado por esta moralização é a negação do campo político com

participação da vontade popular. Entendendo-se o Direito como completo, seja pela própria norma positiva, seja pela integralização pela moral, abre-se a possibilidade de ampla criação do Direito na via Judicial, representando atalho ao procedimento legislativo.

Há casos em que, para além da dubiedade da “textura aberta” do Direito, não se tem qualquer resposta legal. Embora o jusmoralismo pretenda afastar a discricionariedade forte, em que o juiz cria o Direito, em favor de uma discricionariedade fraca, em que complementa através do Direito já existente, o que se verifica é que na prática o Judiciário ainda cria o Direito, entretanto, agora busca revestir este ato criativo como observador da “resposta moralmente correta”.

Desta feita, possibilita-se avanço do Judiciário sobre áreas reservadas aos outros Poderes, especialmente ao Legislativo. Este exercício judicial se afasta do “legislador negativo”, da Corte Constitucional kelseniana, com matiz política, bem como do “legislador de emergência”, para suprir lacunas legais. O que se observa é a possibilidade de um Judiciário cada vez mais ativo e buscando legitimidade na posição de “garante da moral”.

Este modelo acaba por afastar-se de um ideal democrático, posto que não há um procedimento efetivamente legítimo no Judiciário para apontar ou construir consensos sociais sobre conceitos morais, normativas jurídicas ou quanto aos rumos que se deseja tomar para a sociedade. Assim, permite-se que um Poder não eleito, com características próprias, com menor sensibilidade à vontade popular, passe a tomar decisões eminentemente políticas.

Verificam-se duas possibilidades neste sistema: a) o Judiciário passa a ser sensível à vontade popular, afastando-se do seu desenho contramajoritário, de contenção de excessos da vontade popular e cumprimento do Direito; ou b) o Judiciário não se sensibiliza pela vontade popular, de modo a revestir-se de caráter autoritário, posto que passa a ocupar campo político idealizado para o Legislativo, sem a necessária legitimidade.

O que se constata é que a participação popular na construção de consensos sociais e de normativas jurídicas, do Direito, é essencial para um Estado que se pretenda democrático. A correção do Direito pela moral, na via judicial, afasta esta participação da vontade popular na construção do Direito, uma vez que não detém de meio legítimo para

a construção ou identificação de consensos sociais.

Portanto, a moralização do Direito, a sua correção pela via judicial em nome da moral, permite a imposição de pautas morais individuais à coletividade, assentamento de decisões políticas por órgãos que não detém competência ou legitimidade para tanto, incorrendo em déficit democrático.

## BIBLIOGRAFIA

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ALCHOURRON, Carlos E.; BULYGIN, Eugenio. **Análisis lógico y derecho**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. 3. ed. rev. Porto Alegre: Libreria do Advogado Editora, 2011.
- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria Editora, 2001.
- ALEXY, Robert. **Teoria discursiva do direito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- ALVES, F.B; OLIVEIRA, Guilherme Fonseca de. Um percurso histórico e noções gerais da hermenêutica filosófica de Gadamer: uma análise filosófica para a comunidade jurídica. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**. v. 20, n. 1, p. 9-48, 2019.
- ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Juruá: Curitiba, 2013.
- ALVES, Fernando de Brito. **Para uma fundamentação dos direitos das minorias em tempos de transição paradigmática**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2009.
- ALVES, Fernando de Brito; COURINHO, Ananda do Valle Clavilho. A hermenêutica diatópica como mecanismo de diálogo entre noções multiculturais nas problemáticas envolvendo os direitos das mulheres. **Revista Direito UFMS**, Campo Grande/MS, v.5, n.1, p. 77-96, 2019.
- ALVES, Fernando de Brito; SCHERCH, Vinícius A. Considerações acerca da interpretação e primeiras ideias sobre uma teoria da decisão. **Revista Direito em Debate**, v. 53, p. 141-152, 2020.
- ALVES, Fernando de Brito; SOUZA, Matheus. Democracia participativa: os conselhos gestores de políticas públicas como mecanismo de participação popular. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 28, 2018, p. 107-124.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ASENSI, Felipe Dutra. **Curso prático de argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- ATIENZA, Manuel Rodriguez; AMADO, Juan Antonio Garcia. **Debates jusfilosóficos:**

sobre ponderación, positivismo jurídico y objetivismo moral. 1. ed. Lima: Palestra Editores, 2021.

ATIENZA, Manuel. **Las razones del derecho**: Teorías de la argumentación jurídica. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista de Direito Social**, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009b.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exploração sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BASTOS, Aurélio Wander. **Hans Kelsen**: Resumo biográfico – 1881 – 1973. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2005.

BEATTY, David M. **A essência do estado de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

BERAS, Cesar. **Democracia, cidadania e sociedade civil**. Curitiba: InterSaberes, 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. rev., ampl. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri, SP: Manole, 2007.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra, tradução e notas por Márcio Pugliese, Edson Bino e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. Dissertação (Mestrado em Direito e Sociedade) - Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas. A breve história do positivismo descritivo: O que resta do positivismo jurídico depois de H.L.A. Hart?. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 20, n.1, p. 307-327, mar. 2015. Disponível em <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/view/7204/4100>. Acesso em 05/12/2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 4. ed. Belo Horizonte: São Paulo: D'Plácido, 2023.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra-Portugal: Almedina, 2003.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia geral e jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Governo democrático e jurisdição constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COPELLI, Giancarlo. Linguagem pública e horizontalidade política: pensando a democracia a partir do Wittgenstein das investigações filosóficas. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 33, 2020, p. 277-305.

COSTA, Nívea Andreza de Oliveira. **Princípios, ponderação e pluralismo jurídico: uma análise sobre interpretação e argumentação jurídica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM, Porto Alegre, 2019.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Teoria geral do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

DALLA-ROSA, Luiz Virgílio. **Uma teoria do discurso constitucional**. São Paulo: Editora Landy, 2002.

DIMOULIS, Dimitri. A Relevância prática do Positivismo Jurídico. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. n. 102, Belo Horizonte: jan./jun, 2011, pp. 215-253.

DIMOULIS, Dimitri. Positivismo, moralismo e pragmatismo na interpretação do direito constitucional. **Revista dos Tribunais**, v. 769, pp. 11-27, 1999.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução por Jefferson Luiz Camargo; Revisão da Tradução por Fernando Santos; Revisão Técnica por Alonso Reis Freire. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev. ampl. E atual. - Salvador. JusPODIVM, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FERREIRO FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRO FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FONTELES, Samuel Sales. **Hermenêutica constitucional**. 3. ed. rev., atual., ampl. Salvador: Editora JusPODIVM, 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GREIMAS, A. J. **Semiótica e ciências sociais**. Trad. Álvaro Lorencini e Sandra Nitrine. São Paulo: Cultrix, 1976.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, Vol. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, Vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Pós-escrito organizado por Penelope A. Bulloch e Joseph Raz; Tradução de Antônio de oliveira Sette-Câmara; Revisão da Tradução de Marcelo Brandão Cipolla; Revisão Técnica de Luiz Vergílio Dalla-Rosa. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HART, Herbert. **Direito, liberdade, moralidade**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Parte I, Tradução de Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial**: limites institucionais democráticos e constitucionais. 1. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MASSAQUE, Aristóteles Boaventura da Consta. **A ponderação de valores no contexto**

**da hermenêutica constitucional.** Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte Pioneiro – UENP, Jacarezinho, 2017.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na “Sociedade Órfã”. n. 58, nov./ 2000, pp.183-202. **Novos Estudos, CBRAP**

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da sociedade.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen IURIS, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, André Sposito. **Colisão de princípios no Sistema Constitucional Brasileiro:** uma proposta de fórmula de peso brasileira. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; Branco, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** 26. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:** princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

NIGRO, Rachel. Pressupostos pragmáticos da linguagem e interpretação moral da Constituição. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 21 - n. 1 - jan-abr 2016, p. 215/245.

PAULINO, Lucas Azevedo. **Jurisdição constitucional sem supremacia judicial:** entre a legitimidade democrática e a proteção de direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PENCO, Carlo. **Introdução à filosofia da linguagem.** Petrópolis: Vozes, 2006.

PERELMAN. Chaïm. **Ética e direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito.** 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos.** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SALET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

SANTOS, Bruno Aguiar. **Neoconstitucionalismo:** a ideologia fadada ao fracasso do arbítrio. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

SARTRE. Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo.** A imaginação: Questão de método. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. Tradução de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. 3. Ed. São Paulo: Nova Cultural,

1987.

SCHERCH, Vinícius Alves. **Teoria da decisão judicial e influências das posições jusfilosóficas no cenário jurídico-político brasileiro**. 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

SCHERCH, Vinicius Alves; ALVES, Fernando de Brito. Discricionariedade judicial ou juízes legisladores: anotações sobre o limite e o alcance da atividade interpretacional dos juízes por meio de uma concepção coerente da discricionariedade. **Revista Brasileira de Teoria Constitucional**. v. 4, n. 2, p. 66-87, 2018.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (orgs.). *A constitucionalização do direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, pp. 251-269, 2007.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SILVA, Alexsander Carreiro da. **Colisão de princípios e ponderação no pensamento de Robert Alexy**. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Universidade Católica de Petrópolis – Petrópolis, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Teoria do conhecimento constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

SILVA, Maria Eduarda; COSTA NETO, João. As limitações do silogismo lógico-dedutivo e do recurso à subsunção na argumentação jurídica. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 38, 2022, p. 453-474.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. Constituição, economia e desenvolvimento: **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, 2011, n. 4, Jan-Jun. p. 9-27.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; Letramento; Casa do Direito, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. Rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **A criação do direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

THAMAY, Rennan Faria Krüger; HERANI, Renato Guliano. **Jurisdição constitucional concentrada**. Curitiba: Juruá, 2016.

TOSO, João F.; FACHIN, Zulmar, A. A desobediência civil como direito de defesa da constituição. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 49-67.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, 4(2), jul-dez

2008, p. 441-464.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Editora Nova Cultura, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 10. ed. Madrid: Editora Trotta, 2011.