

A (RE) CONSTRUÇÃO DO DIREITO A PARTIR DE UM IDEAL DE JUSTIÇA: A ATUAÇÃO DOS JUÍZES E O CONTRIBUTO A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – UMA DISCUSSÃO ENTRE HABERMAS E DWORKIN¹

THE (RE) CONSTRUCTION OF LAW FROM AN IDEAL OF JUSTICE: THE ROLE OF JUDGES AND THE CONTRIBUTION OF EFFECTIVE FUNDAMENTAL RIGHTS - A DISCUSSION BETWEEN HABERMAS AND DWORKIN

Mixilini Chemin Pires²

Riva Sobrado de Freitas³

RESUMO

Diante da nova sociedade que surge e da necessidade do direito em atender as demandas jurídicas, bem como sociais e humanas, no intuito de implementação de direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana, de cumprir sua exata função social, o presente artigo traz como tema a “A re (construção) do direito a partir de um ideal de justiça: a atuação dos juízes e o contributo a efetivação de direitos fundamentais – uma discussão entre Habermas e Dworkin”. A problemática traçada ao tema proposto pode ser representada pela seguinte pergunta: a re (construção) do direito a partir de um ideal de justiça com base na valoração dos princípios pode promover aos juízes em suas decisões judiciais uma maior efetivação de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito? O presente artigo tem por objetivo verificar a valoração dos princípios como fonte decisória na concretude de direitos fundamentais. Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa bibliográfica,

¹ Este artigo é resultado do Grupo de Pesquisa de Direitos Fundamentais Cíveis do Programa de Mestrado em Direito da UNOESC – Campus de Chapecó/SC.

² Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da UNOESC - Campus de Chapecó/SC, Pesquisadora do Grupo de Direitos Fundamentais Cíveis do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da UNOESC, Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Campus de São Miguel do Oeste/SC e Campi Aproximados de Maravilha e Pinhalzinho. E-mail: mixilini@yahoo.com.br

³ Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (1982); Mestrado (1996) e Doutorado (2003) em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra – Portugal (2007); Professora Assistente Doutora da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1988-2012); Professora e pesquisadora do Programa de Pesquisa, Extensão e Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; tem experiência na Área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, atuando principalmente nos seguintes temas: direito constitucional, direitos humanos, garantias fundamentais, direito do Estado e direito processual civil. E-mail: rivafreit@ig.com.br

buscando-se em um primeiro momento definir o que é o direito a partir de um ideal de justiça, para posteriormente analisar-se a teoria das respostas corretas de Dworkin e do agir comunicativo de Habermas, no intuito de promover o encontro da atuação dos juízes por meio da aplicação dos princípios, mas na promoção de direitos fundamentais, e indubitavelmente negando à estes a possibilidade discricionária de decidir que tanto vigorou e vigora nos modelos jurídicos positivistas.

Palavras-chave: Direito. Princípios. Decisão judicial. Direitos fundamentais.

ABSTRACT

Facing the new society that emerges and the necessity of the right to meet the legal demands as well as social and human, in order to implement fundamental rights for the dignity of the human person, to fulfill your exact social function, this paper brings as theme "The re (construction) of right from an ideal of justice: the role of judges and the effectiveness contribution of fundamental rights - a discussion between Habermas and Dworkin." The problematic outlined the subject can be represented by the following question: re (construction) of right from an ideal of justice based on the principles valuation can promote the judges in their judgments greater realization of fundamental rights in a Democratic State of Right? This paper aims to verify the valuation of principles as a source in the concrete decisions on fundamental rights. Therefore, it will use the bibliography research, seeking in the first moment to define what is right from an ideal of justice, to subsequently analyze the theory of correct answers from Dworkin and communicative action of Habermas, in order to promote the meeting of the performance of judges through the application of the principles, but the promotion of fundamental rights, and undoubtedly denying them the discretionary possibility to decide that both models prevailed and prevails in legal positivists model.

Key words: Law. Principles. Legal decision. Fundamental Rights.

1 INTRODUÇÃO

Permitir que regras jurídicas prevaleçam sobre os princípios, é desvincular o conceito de justiça à lei e ao direito. É permitir, sem qualquer receio, que os dogmas positivistas sobrevivam como verdades absolutas por toda a história e evolução jurídica, e acima e antes de tudo, ignorar ao ser humano as garantias e deveres de um sistema que deve albergar o ideal de justiça em prol dos "seus". É neste sentido e com este afínco que se pretende lançar no presente artigo, uma discussão em torno das decisões judiciais como mecanismos de

atualização e efetivação de direitos fundamentais, se representado pelo tema “A re (construção) do direito a partir de um ideal de justiça: a atuação dos juízes e o contributo a efetivação de direitos fundamentais – uma discussão entre Habermas e Dworkin”.

Da temática traçada pode-se extrair a seguinte problemática: “a re (construção) do direito a partir de um ideal de justiça com base na valoração dos princípios pode promover aos juízes em suas decisões uma maior efetivação de direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito”?

Para tanto, a fim de obter da análise bibliográfica construída uma resposta satisfatória ao problema tem-se por objetivo analisar, a formação do conceito de direito a partir de um ideal de justiça bem como o poder de decisão que envolve a atividade jurisdicional prestada pelos juízes de direito na concretude e efetivação de direitos fundamentais e a valoração dos princípios como caminho uniformizador de decisões que devem seguir o mesmo prumo, sem, contudo, caracterizar a discricionariedade ou o livre arbítrio por parte dos magistrados e gerar aos direitos e diretamente aos seres humanos insegurança jurídica na efetivação de direitos que lhes são fundamentais.

2 A RE(CONSTRUÇÃO) DO DIREITO FORMULADA A PARTIR DE UM IDEAL DE JUSTIÇA

O mais difícil de tudo, não é descrever o direito, contudo, distorcer as imagens falsas existentes. Isto porque, as relações entre Direito e Justiça representam muitas nuvens ideológicas que recobrem a realidade das coisas, e nem sempre trazem a noção daquilo que se está disposto a aceitar como Direito. Pode-se, então, apresentar o direito não como um conjunto imutável de regras, mas como atividade em permanente transformação (LYRA FILHO, 2012).

O direito não pode ser de forma alguma um “conjunto fixo de padrões de qualquer espécie” (DWORKIN, 2010, p. 331). Sob este argumento, devem os juízes em suas decisões levar em consideração as proposições dotadas da forma e da força dos princípios (DWORKIN, 2010).

A iniciar e ratificar a problemática que envolve o conceito de direito na atuação judicial, Raz (apud DWORKIN, 2010, p. 332), aduz que:

[...] como os juízes são seres humanos, estão sempre sujeitos às exigências da moral em tudo que fazem, exatamente como qualquer outro ser humano, inclusive quando

têm de julgar uma causa. Em circunstâncias normais, uma das responsabilidades dos juízes consiste em aplicar as leis criadas pelas autoridades competentes, e essa responsabilidade geralmente eclipsa outras responsabilidades morais que ele teria na ausência de uma legislação pertinente. Esse eclipse, porém, pode se parcial: a luz moral pode continuar a brilhar sobre o problema através ou em torno do direito criado por essas autoridades.

Desta forma, na busca de definir o que é o direito, necessário primeiro estabelecer o que é ideologia, eis que é nas ideologias que a essência do Direito vai transparecendo, embora de forma incompleta ou distorcida (LYRA FILHO, 2012).

Para Dworkin (1999, p. 10) “o direito existe como simples fato, e o que o direito é não depende, de modo algum, daquilo que ele deveria ser”. Assim, inconcebível as divergências teóricas que ainda permeiam a atuação de juízes e advogados sobre o que é o direito permitindo-os por diversos momentos discutir não sobre o que é o direito, todavia, como ele deveria ser (DWORKIN, 1999).

Tal pensamento sopesa as interferências da ideologia, das ideias preconcebidas e modeladas conforme os posicionamentos clássicos, de forma mais simples, de uma série de opiniões que não correspondem, de maneira alguma, à realidade (LYRA FILHO, 2012).

“A ideologia, portanto, é uma crença falsa, uma evidência não refletida que traduz uma deformação inconsciente da realidade” (LYRA FILHO, 2012, p. 19). E enquanto, crença falsa, leva o indivíduo a falsa consciência que é tão mais forte, que faz com que surjam então as evidências, que passam a guiar os raciocínios, as atitudes.

Por derradeiro, em todos os casos, as ideologias absorvidas, definidas por este ou aquele sujeito, não são por ele criadas, mas recebidas. E é, por este motivo, que a ideologia precisa ver vista como instituição, que se cria e se manifesta na sociedade, e não como conceito individual criado na mente de cada um. A ideologia é fato social, antes de um fato criativo e mental de cada indivíduo (LYRA FILHO, 2012).

E mais do que isso, é preciso entender de que a crise econômica e mais ainda, a social determinam rachaduras nas paredes institucionais e rompem o verniz das ideologias, afastando a concretude das antigas crenças de que “cada um tem o seu lugar” (LYRA FILHO, 2012).

A crise entre o idealismo constitucional e o materialismo, o positivismo da ordem jurídica, especialmente de um direito econômico, refletido da distribuição desigual do poder social, vai refletir-se nos discursos filosóficos sobre a justiça e sociológicos sobre o direito (HABERMAS, 2003).

Neste ápice, à medida que as crises sociais desenvolvem as contradições do sistema, emergem as conscientizações que apontam os seus vícios estruturais e surge um pensamento de vanguarda, que vê mais precisamente onde estão os rombos, superando a ideologia e fazendo avançar a ciência. “Um jurista atual não pode mais receber seu rubi de bacharel repetindo, com serenidade, “a cada um o que é seu”, como se fosse a serena verdade do Direito” (LYRA FILHO, 2012, p. 24).

A ciência nunca será perfeita e nunca haverá verdades absolutas. Estas são apenas ideais almejados. Contudo, é necessário buscar a verdade mais completa possível, a fim de que não haja intelectuais que contestem sem saber bem o quê nem por quê. É necessária a conscientização de uma práxis libertadora, que depende de uma participação ativa e consciente, pois não basta ver que o mundo está errado, é necessário fazer algo (LYRA FILHO, 2012).

Porquanto, as ideologias jurídicas, além de traduzirem elementos da realidade, encerram outros aspectos particularmente interessantes. Reluta a ideia de que o Direito somente é aquele legalismo apregoado, e que com o desaparecimento das leis desaparecerá o Direito (LYRA FILHO, 2012).

Por consequência, duas grandes concepções marcam a cisão das ideologias jurídicas: o positivismo e o jusnaturalismo, fundados em duas grandes palavras-chaves, o primeiro na ordem e o segundo na justiça. Contudo, embora o jusnaturalismo seja a posição mais antiga é o positivismo que predomina na atualidade entre os juristas e, que insiste em não inserir em sua teoria a possibilidade de uma norma injusta, mas sim, justifica que a norma contém toda a justiça possível ou que o problema da injustiça da norma não é jurídico (LYRA FILHO, 2012).

Entretanto, foi o jusnaturalismo a doutrina filosófica de maior destaque, tendo em vista de que a doutrina natural pressupõe uma concepção mais individualista da sociedade, e conseqüentemente, do Estado, tida em alguns momentos, por seus próprios fundamentos, como fomentadora da desunião, da ruptura da ordem constituída. Isto porque, para uma concepção individualista, primeiro vem o indivíduo e depois o Estado, já que este é feito por aquele, permitindo-se assim, nesta ordem, a inversão de valores, se deve iniciar pelo indivíduo, então primeiro se teria uma relação de direitos e depois uma de deveres. O mesmo se daria em relação a justiça, pois para o direito natural, justo é que cada um seja tratado de modo que possa satisfazer suas necessidades atingindo suas finalidades, dentre elas, por excelência, a felicidade (BOBBIO, 1992).

Mas, de qualquer forma, o positivismo não deixa de se apresentar como uma redução do Direito a ordem estabelecida¹ enquanto que o jusnaturalismo se desdobra em dois planos, o primeiro que se apresenta nas normas e o segundo que nelas deve apresentar-se para que sejam consideradas boas, válidas e legítimas (LYRA FILHO, 2012).

Neste ápice, para o positivismo, o Direito seria o conjunto de normas (normas da classe dominante, pois outras não são aceitas), padrões de conduta, impostos pelo poder social, com ameaça de sanções organizadas. De um modo geral, as preceituações legais de comportamento, de condutas, representariam a vontade da sociedade, pois entendem que o Estado reflete esta vontade de que a positivação traria uma maior segurança jurídica (LYRA FILHO, 2012).

Ao criticar este formato, Radbruch (apud LYRA FILHO, 2012) adverte que uma legalidade não é suficiente, pois, em situações comuns, ela é, em todo caso, o revestimento de uma estrutura de dominação.

Ademais, a idolatria da ordem, como destaque ao positivismo, não consegue eliminar o problema da Justiça, questão preocupante e relevante para o direito natural que procura um padrão para validar as normas produzidas ou explicar porque elas não são válidas.

Conservam, ainda, os positivistas a tendência a enxergar todo o Direito na ordem social estabelecida por classe e grupos dominantes, enquanto que os jusnaturalistas insistem na necessidade de um critério de avaliação dessas mesmas normas, para medir-lhes a “Justiça”; entretanto, não conseguem determinar satisfatoriamente o padrão da medida (LYRA FILHO, 2012).

Nesta senda, esta antítese ideológica (positivismo e direito natural) somente se resolverá com uma análise dialética buscada no processo histórico-social, ou seja, a essência do Direito depende de uma ponderação científica entre os movimentos históricos, de um diálogo entre o positivismo e o direito natural (LYRA FILHO, 2012).

Assim, “aplicando-se ao Direito uma abordagem sociológica será então possível esquematizar os pontos de integração do fenômeno jurídico na vida social, bem como perceber a sua peculiaridade distintiva, a sua essência verdadeira” (LYRA FILHO, 2012, p. 61). Mas antes disso, é necessário distinguir Sociologia do Direito de Sociologia Jurídica, pois embora na maioria das vezes sejam tratadas como sinônimos, a abordagem do Direito por elas realizadas é completamente diferente.

Ao que tange a Sociologia do Direito esta tem por objetivo estudar a base social de um direito específico. Enquanto que a Sociologia Jurídica examina o Direito de um modo geral, como um elemento do processo sociológico em qualquer estrutura dada, versa sobre o aspecto

jurídico da vida em sociedade. De qualquer forma, há diferentes orientações, que correspondem ao posicionamento do cientista no processo histórico-social, em que ele é, simultaneamente, ator e observador. Neste contexto, qualquer tipo de mudança social é limitada e controlada.

Desta maneira, “a tarefa a realizar numa visão dialética social do Direito, exige, portanto, que se delineie, ainda que toscamente, um modelo sociológico dialético” (LYRA FILHO, 2012, p. 75).

Para tanto, a filosofia pragmática busca a partir da experiência, investigar logicamente as respostas aptas a solucionar o problema, não como uma verdade absoluta, entretanto, como uma solução dada para aquele problema, naquele determinado momento (PISKE, 2011), ou seja, é necessário que as decisões em direito carreguem o peso de suas consequências e efeitos práticos, visando certa prudência, que permitirá harmonizar valores da sociedade.

Afinal, o importante, o Direito buscado, não são as normas em que se pretende moldá-lo, todavia, perceber que existe Direito fora das leis.

Lyra Filho, então, ratifica a ideia de que o ângulo certo é aquele que privilegia uma abordagem global sobre a essência do Direito, enquanto parte da dialética social. E partir desta análise dialética conclui que o Direito não se limita ao aspecto interno do processo histórico, mas sim, tem raiz internacional e por este motivo, não pode se afastar de instituições internacionais (pactos, tratados, etc), considerando o Direito Internacional como não jurídico, consubstanciada em um ideal de soberania.

Cada sociedade ao tempo em que estabelece seu modo de produção também organiza e define sua dialética jurídica. Até mesmo uma sociedade socialista tem problemas de conflito de direitos. Em outros termos, tanto o sistema capitalista quanto o socialista não esgotam a problemática do Direito na questão classista – permanece da mesma forma a opressão de grupos – comportamento muitas vezes traduzido na negação de direitos humanos.

Por isso, o grande equívoco dos jusnaturalistas está em oscilar entre a rendição ao “direito positivo” e a oposição irresolúvel entre direito natural e direito positivo como se fossem duas coisas separadas (LYRA FILHO, 2012).

A organização social que define os grupos dominantes também adquire um caráter jurídico na medida em que se apresenta como legítima ou ilegítima, opressora, etc. Entretanto, é na garantia democrática que parte do problema da realização do Direito se encontra. Por isso, relevante saber qual a participação que as classes têm na determinação do sistema, eis que, a grande inversão do Direito está necessariamente em tomar as normas como Direito e definir o Direito pelas normas, limitando-se estas a vontade do Estado e do grupo dominante.

Por este fato é que Direito e Justiça caminham juntos, todavia, lei e Direito já não segue a mesma ordem. Por isso pode-se afirmar de que a justiça verdadeira não está nas leis, mas no processo histórico de que é resultante, pois é nele que se realiza progressivamente.

No mais, a desordem é um processo histórico, e o reino da liberdade (para o qual não há um modelo fixo), ideal de progresso, passa obrigatoriamente por um processo democrático. Neste contexto, a própria utopia pode ser considerada fato histórico e conter em si a função social de inspirar a reestruturação dos padrões assentes, essencialmente quando representa o sinal de inquietação dos espoliados e oprimidos (LYRA FILHO, 1986).

E continua o autor a referir que:

Justiça é Justiça Socialⁱⁱ, antes de tudo. É “atualização dos princípios condutores, emergindo nas lutas sociais, para levar à criação de uma sociedade em que cessem a exploração e opressão do homem pelo homem; e o Direito não é mais, nem menos, do que a expressão daqueles princípios supremos, enquanto modelo avançado de legítima organização social da liberdadeⁱⁱⁱ” (LYRA FILHO, 2012, p. 99).

Por fim, Direito é processo dentro de um processo histórico. É algo em mutação. Não está pronto e acabado. É o resultado dos movimentos de liberdade das classes e dos grupos. É, em uma visão dialética, na Justiça que se encontra a sua fonte atualizadora – uma perspectiva progressista do processo histórico presente. É o Direito, a positivação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais. É a formulação dos princípios da Justiça Social. E porque não assim dizer, é o reino da libertação, cujos limites são determinados pela própria liberdade.

E é nesta liberdade, na liberdade de cada um que se encontra a essência do Direito, “tudo o mais ou é consequência, a determinar no itinerário evolutivo, ou é deturpação, a combater como obstáculo ao progresso jurídico da humanidade” (LYRA FILHO, 2012, p. 104).

Assim ao procurar estabelecer quais as relações entre Direito e Justiça, Direito e Ideologia, Direito e conflito social, discute-se as várias dimensões do direito, apresentando-o não como um conjunto imutável de regras, mas como atividade em permanente transformação.

Desmistificar a ideia desenvolvida nas universidades de um Direito positivista, de que Direito é um conjunto de normas, na sociedade atual, é algo a ser trabalhado, a ser desenvolvido. A interpretação que se dá ao direito como sinônimo de leis, precisa e deve ser alterada. É preciso resolver o inconformismo fundado num processo histórico e em uma

interpretação dialética social e humanística do Direito. Afinal, o Direito deve e existe fora da lei.

É necessário alternar a ordem jurídica positivada para uma interpretação constitucional, mais social, mais humanística, dentro de uma sociedade em constante evolução. Saber o que é direito e a noção de justiça, estabelecida por um conflito dialético social, envolto a um direito positivo e a um direito natural, é essencial para a compreensão de sua função social.

Não estagnar o Direito a uma ordem posta é a essência e a necessidade de se fazer do Direito a melhor justiça, de com urgência alterar a ordem das coisas, pois nenhuma ordem, por melhor que seja, pode eternizar-se. Caso contrário, todo o processo de libertação humana estará fadado ao insucesso.

Porquanto, para mudar a ordem das coisas, é necessário, além de indignar-se, ter argumentos suficientes e embaixadores para esta alteração, e tal deve partir essencialmente da conceituação do que é o direito que envolve e permeia toda a problemática jurídica vigente. A versão do mundo de outrora, ao ideal de um mundo atual. A necessidade de um Direito com função social. E, um Direito com função social, não pode parar no tempo, contudo, deve ser feito ao seu tempo.

3 A BASE TEÓRICA E FILOSÓFICA A QUE AS DECISÕES JUDICIAIS DEVEM HOMENAGEAR: UMA DISCUSSÃO A PARTIR DE HABERMAS E DWORKIN

Surge no decorrer dos conceitos e princípios abalizadores do Direito a necessidade de fundamentar as decisões judiciais ao nível de respostas corretas. Contudo, a resposta correta depende necessariamente do contexto ao qual se insere o fato, do destinatário da norma, e essencialmente da função constitucional a que a norma se destina na realização de direitos fundamentais. Não pode a decisão, em hipótese alguma, em casos similares, ser diferente em seus efeitos, se os princípios que a homenageiam são os mesmos. A mudança de julgador, não permite diferentes decisões. A mudança de julgador deve promover a melhor e mais correta decisão, e esta, inevitavelmente, dentro de sua isonomia, deve ser a mesma para todos.

Neste ápice, o Estado Democrático de Direito permeia os juízes de possibilidades decisórias “justas”, o que não significa discricionariedade, ou qualquer risco a ordem jurídica instaurada, contudo, a vinculação a princípios mais altos, a vinculação a um Direito mais justo, a vinculação acima de tudo a uma ordem jurídica vigente em prol do ser humano, de sua dignidade. O abandono a aplicação de normas prontas, inadequadas a sua época. A deserção a um positivismo exacerbado, sem qualquer finalidade social ou humanística.

O Direito foi criado no intuito de organizar a vida social e os comportamentos humanos, todavia, não foi concebido para ofender ou restringir em sua extrema legalidade a dignidade da pessoa humana.

Assim, outorgar aos juízes possibilidade de um ideal de justiça, não está em autorizar ao juiz “decida como entender melhor”, contudo, permitir aos juízes que sabiamente abandonem os catálogos positivistas de seu tempo universitário, para adentrar na sensibilidade geral de “justiça”, limitada sem risco algum, pela ordem constitucional posta.

Neste enredo, ao caracterizar cientificamente o Direito o positivismo se apresenta como um conjunto de normas que estabelece comportamentos previamente amparados por uma estrutura normativa e que supostamente dariam sentido jurídico às ações sociais.

Contudo, tal pensamento, bem como o direito e o ato decidir, passam a ser questionados por alguns pensadores como Habermas (Alemanha) e Dworkin (Estados Unidos), ao apresentarem um discurso crítico ao padrão dominante na busca de superar teorias conservadoras do saber jurídico instituído. Filósofos contemporâneos ao seu tempo e de origens completamente distintas, mas que trazem em comum, a angústia de se estabelecer qual é a melhor resposta em direito.

Assim, para dar concretude ao exposto alhures, inicia-se referida abordagem teórica, pela ética da discussão, uma das grandes teorias filosóficas contemporâneas, surgida quando todos questionavam as possíveis bases da normatividade. Neste enfoque, traça por objetivo, não somente esclarecer quais são as condições de intercompreensão, mas, sobretudo, demarcar pressupostos pragmáticos da linguagem, identificar os termos de uma fundamentação intersubjetiva e racional das normas (HABERMAS, 2007). Pela ética da discussão, Habermas pretende promover pretensões normativas que permitam a legitimação de um Estado Democrático de Direito, elaborando uma teoria muito mais normativa que propriamente descritiva.

Por conseguinte, procura proporcionar “uma nova formulação do projeto kantiano de estabelecer um fundamento objetivo das normas práticas. Uma nova formulação na qual o paradigma kantiano da subjetividade seja substituído pelo paradigma da comunicação” (HABERMAS, 1991, p. 13).

Neste aparato, pode-se dizer que a ética do discurso é um método de argumentação moral que almeja substituir o imperativo categórico, ou seja, para Habermas, as únicas normas válidas são aquelas que possuem a anuência de todos os participantes envolvidos no discurso e, no caso de normas em vigor, estas terão de poder ser aceitas por todos

(HABERMAS, 1991). Revela, sobremaneira, pelo agir comunicativo, a tensão existente entre a facticidade e a validade (HABERMAS, 2003).

A ética do discurso se caracteriza pelo abandono da teoria dos dois mundos: o do inteligível (dever e vontade) e do fenomenal (motivos subjetivos e instituições do Estado e da sociedade); bem como, pela conciliação acerca da capacidade de generalização de interesses unicamente enquanto resultados de um discurso público organizado intersubjetivamente. Pretende enquanto “diálogo” solucionar o problema da fundamentação e ampliar o conceito deontológico de justiça (HABERMAS, 1991).

Isto tudo porque, “é só na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso que somos chamados a exercer a virtude cognitiva da empatia em relação às nossas diferenças recíprocas na percepção de uma mesma situação” (HABERMAS, 2007, p. 10).

Na realidade, o que pesa na decisão dos participantes do discurso prático, é a força obrigatória dos argumentos fundados não na razão do “eu” ou de “qualquer outra pessoa”, todavia, nas razões que todos os participantes podem descobrir juntos por meio do diálogo. Contudo, não há que se discutir, de que para que isso aconteça deverá a pessoa estar disposta a deixar-se afetar e motivar, em decisões que concorda ou não (HABERMAS, 2007).

Nesta senda, a ética da discussão somente poderá alcançar seus propósitos, se realizada mediante duas condições, quais sejam, a primeira (liberdade comunicativa) de que cada participante seja livre individualmente, para que possa concordar ou não com as razões que serão construídas; e a segunda (busca do consenso), que as razões/soluções escolhidas sejam racionalmente aceitáveis para todos os envolvidos e todos os que por elas forem afetados. Nenhuma destas condições pode suprir ou preceder a outra, mas devem atuar simultaneamente, em busca do consenso (HABERMAS, 2007).

Nestes moldes, cabe à ética do discurso provar que a necessária dinâmica de “cada qual ver o que o outro vê” está embutida nos pressupostos pragmáticos do próprio discurso prático. O que confirma a ideia de que o Estado de Direito não é possível sem democracia participativa.

Neste sentido, pretende proporcionar uma justificação do Estado de Direito Democrático na qual, direitos humanos e soberania popular, desempenham papéis distintos, irreduzíveis, porém, complementares.

Melhor dizendo, o princípio discursivo está na base da moralidade e do direito. Ao passo que os princípios da moral e da democracia são complementares.

Assim, da teoria do discurso, surge “a pretensão de ajustar definitivamente a proposta de Habermas à filosofia da linguagem, de forma a se enquadrar em uma linha de pensamento alternativa ao irracionalismo e suas objeções à razão como parâmetro para a civilização” (MELEU, p. 48).

Neste contexto, pretende Habermas reconstruir as funções do direito a partir de uma teoria discursiva, devendo a modernidade ser analisada tanto na perspectiva do aumento da racionalidade do mundo da vida quanto da complexidade do sistema^{iv}.

Melhor dizendo, para Habermas a evolução social deve ser analisada, vista, a partir do mundo da vida, não estando subsumido a sistemas. Tendo o direito então, papel fundamental, pois a integração social só ocorrerá satisfatoriamente se direito e moral estiverem em um alto grau de evolução. O que não significa o fechamento operacional do sistema, pois não desabriga a ideia e necessidade à racionalidade comunicativa, contudo, entende que os sistemas devem estar ligados ao mundo da vida pelo direito formal (MELEU, 2013).

Ao mesmo tempo em que “o direito pode ser instrumento de colonização do mundo da vida, também atua como meio de codificação de garantias” (HABERMAS, 1999, p. 263 apud MELEU, 2013, p. 50).

Para Habermas “é por meio da emancipação humana que os homens podem se libertar das situações de alienação e despolitização, tornando-se capazes de participar da gestão comunicativa do poder, assumindo, desta forma, o poder político pela própria cidadania” (MELEU, 2013, p. 51). E é justamente na compreensão da ação comunicativa que estão às bases normativas da teoria social crítica que distancia Habermas do paradigma positivista dominante, estabelecendo como fundamento do direito, como ponto de partida a teoria do discurso ou do agir comunicativo que se desenvolve sob uma perspectiva de uma teoria sociológica do Direito e de uma teoria filosófica de justiça, ou seja, com a ação comunicativa os sujeitos se obrigam a sair do campo do egocentrismo para partir para a busca de interesses além dos individuais, dos interesses próprios – há que surgir um indivíduo dotado de civilidade emancipatória e humanista (MELEU, 2013).

“O princípio do discurso e a forma jurídica de relações interativas não são suficientes, por si mesmos, para a fundamentação de qualquer tipo de direito”, todavia, é necessário que o discurso assuma uma forma de princípio da democracia (MELEU, 2013).

Para tanto, Habermas dissocia a moral e o direito^v, mas cinge seu ponto de encontro no momento em que há o processo de formação democrática da legislação, conferindo ao direito um caráter sociológico ou cultural.

Para a teoria habermasiana, “uma decisão jurídica de um caso particular só é correta quando se encaixa num sistema jurídico coerente” (HABERMAS, 2003, p. 289) e “todos os participantes do processo, por mais diferentes que sejam seus motivos, fornecem contribuições para um discurso, o qual serve, na perspectiva do juiz, para a formação imparcial do juízo. Somente essa perspectiva é constitutiva para a fundamentação da decisão” (HABERMAS, 2003, p. 288).

E, se não bastasse, acredita-se ainda, que a utilização de princípios somente poderá ser feita quando estes decorrerem do processo democrático que forma a legislação, quando se tornam jurídicos e deontológicos.

Em outros moldes, a teoria Habermasiana propõe uma visão procedimentalista do direito, em que a Constituição seria responsável por determinar os procedimentos políticos pelos quais as pessoas podem perseguir o projeto de produzir as condições justas de vida, pois somente estas estariam aptas a legitimar o Direito, em decorrência de seu elemento democrático.

A somar Dworkin vem com as teses dos direitos e da resposta correta, estabelecendo a preponderância dos princípios sobre as regras positivadas, levando principalmente em consideração o fato de estas comporem um conjunto exaustivo, de tal modo, que se um caso não possuir uma regra não poderá ser decidido pelo direito, deliberando-se assim o poder discricionário dos juízes, com base em seu discernimento criando nova regra jurídica ou complementando uma já pré-existente (MELEU, 2013).

Para Dworkin os juízes não decidem somente por regras eis que o direito não compreende apenas regras, mas também por princípios. Além de que, ao decidir os juízes também utilizam mão de outros aspectos, pois para o filósofo o direito é composto não apenas de regras válidas ou não, mas, sobretudo, por princípios (MELEU, 2013).

Desta forma, se o juiz se encontrar diante de um “caso difícil” ao qual o direito positivo não consegue resolver, tanto os positivistas quanto os antipositivistas auferem ao julgador a necessidade de decidir, contudo, ao que tange os positivistas, esta decisão estaria vinculada a um poder discricionário, enquanto que para os antipositivistas, seria necessário criar-se um novo modo de decidir (DWORKIN, 2010).

Dworkin alberga uma reviravolta interpretativa, partindo da compreensão do direito como um conceito interpretativo da prática jurídica, no qual sempre haverá uma resposta certa, e as decisões judiciais neste íterim devem ser baseadas nos princípios, pois os direitos individuais precedem aos coletivos (MELEU, 2013).

Ademais, é a partir da integridade (forma pela qual Dworkin define o Direito) enquanto princípio adjudicativo, que o juiz encontrará as respostas corretas, prestando legitimamente a jurisdição (LUIZ, 2013).

Dworkin de modo explicativo compara o Direito a literatura, eis que se vários autores compuserem a sua elaboração, cada um deverá retomar de onde o autor anterior parou para que se mantenha a coerência, não havendo espaço algum para que os autores interpretem a história, cada qual a seu modo. Assim, deve o juiz em suas decisões “ler a história toda”. Entender a história institucional do direito, pois as decisões judiciais devem ser dadas de acordo com a sua história jurídica (DWORKIN, 2005).

E complementa referindo que:

[...] O senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição, e essa concepção irá tutelar e limitar sua teoria operacional de ajuste – isto é, suas convicções sobre em que medida uma interpretação deve ajustar-se ao Direito anterior, sobre qual delas, e de que maneira [...] (DWORKIN, 2005, p. 241).

Não admite, então, a possibilidade de os juízes decidirem de forma discricionária, pois até mesmo nos “casos difíceis”, eles estariam vinculados a julgar com padrões prévios de conduta, considerados como princípios jurídicos, que servirão para fundamentar e justificar a decisão, levando o magistrado a proferir a resposta correta ao caso que lhe compete decidir. E, tais princípios poderão ser decisivos nas decisões, pois somente eles possuem a dimensão de peso ou importância, isto porque, um bom juiz prefere a justiça à lei, aplica os princípios e os valores constitucionais, atuando de forma determinante na efetividade da prestação jurisdicional, garantindo aos cidadãos suas prerrogativas constitucionais (MELEU, 2013).

Pode-se dizer, então, que a função do juiz é “retroceder ao passado”, “ter a visão do todo antes de decidir”, recompor o Direito enquanto prática social, não como um conjunto de casos distintos e apartados, e para isso, deve o juiz, em suas decisões judiciais, fundamentadas em princípios, ajustar-se a esta prática (LUIZ, 2013).

Ao viver em uma comunidade de princípios, a jurisdição deve, como papel vetor, dar-lhes efetividade, o que na ordem jurídica aparece juridicizado através dos direitos fundamentais (LUIZ, 2013).

Pode-se afirmar, então que a teoria do Direito de Dworkin visa, antes de qualquer coisa, afastar qualquer possibilidade de discricionariedade nas decisões judiciais, isto porque, “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando

encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação [...]” (DWORKIN, 1999, p. 305).

Porquanto, para Dworkin “as decisões jurídicas apenas seriam verdadeiras se advindas de princípios de justiça, de equidade e do devido processo legal, sob pena de carência de integridade” (apud MELEU, 2013, p. 68). Estabelecendo ainda, que “o dever do juiz é interpretar a história jurídica que encontra, não inventar uma história melhor” (DWORKIN, 2005, p. 240).

4 A VALORAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E AS DECISÕES JUDICIAIS: UM CONTRIBUTO A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A opinião é o tribunal dos tribunais. Ante ela se examinam e reveem as sentenças da justiça ordinária. As suas correntes, na atividade incessante da vida, são as forças morais, a cujo contacto benfazejo se avigora, nos conflitos entre interesses poderosos, a independência das grandes magistraturas.

Rui Barbosa

O debate entre a Filosofia e o Direito, melhor dizendo, entre o filósofo e o jurista, constitui o melhor meio, ao menos em uma sociedade democrática de se estabelecer as diversas dimensões da dignidade e a sua praticidade voltada para cada ser humano. Assim, não há como afastar o papel importante que o Direito realiza na proteção e promoção da dignidade (SARLET, 2009). Afinal, os direitos humanos e a soberania popular ainda permeiam as ideias justificadoras do direito moderno, mesmo que entre si, apareçam como elementos concorrentes (HABERMAS, 2003).

Ademais, o fundamento de um direito depende necessariamente do direito que se tem ou do direito que se gostaria de ter. Na primeira situação é necessário saber se a ordem jurídica reconhece este direito e qual é esta norma. Na segunda, procura-se defender a legitimidade deste direito e convencer o maior número de pessoas de sua legitimidade, da necessidade de seu reconhecimento. Até porque, estabelecer o fundamento de um direito é ultrapassar o campo do positivismo e adentrar muito mais nas questões racionais ou críticas (ou de direito natural), tudo isso, partindo-se da análise de que os direitos são coisas desejáveis, mas nem sempre, necessariamente reconhecidos pelo direito positivo (BOBBIO, 1992).

Assim, desta busca incessante pelo encontro de um fundamento, pode-se “acreditar” na existência de um fundamento absoluto – baseado em razões e argumentos irresistíveis, sob

os quais ninguém poderá recusar a aderência. Visão esta por muito tempo comum aos jusnaturalistas, mas que hodiernamente torna-se infundada (BOBBIO, 1992).

Observa-se deste modo, com base no exposto até aqui, de que os problemas de Justiça e de Direito não são metajurídicos, mas se expõem como decorrência das lutas sociais pela libertação humana.

E neste enfoque, é que procura atuar o Humanismo Dialético, sugerido por Lyra Filho, abordando o Direito em sua visão global e em movimento. Seu ponto central é o homem e um de seus objetivos é quebrar com as antinomias. E, a essência do homem não é a liberdade, mas a possibilidade de libertação. Há que se dizer ainda, de que a liberdade não é um dom, mas uma tarefa que se realiza na história, porque não nos libertamos sozinhos, mas em grupos.

Mas, se a liberdade não existe em si, porém se realiza no processo, dentro dos indispensáveis limites jurídicos, “o Direito é, então, um processo dentro de um processo, porque a sua afirmação histórico-social acompanha a conscientização de liberdades antes não pensadas e de contradições entre as liberdades estabelecidas” (LYRA FILHO, 2012, p. 308).

Por fim, o Direito não é ele se faz. Por este motivo, não há mais como manter, essencialmente nas universidades, a ideia positivista de que o Direito é um conjunto de normas. A essência do Direito não está nas leis, a essência do Direito está no homem, no seu poder de libertação e determinação, por este motivo que o Direito deve e existe fora da lei (LYRA FILHO, 2012).

Neste escopo, embora o direito vigente garanta de um lado a segurança jurídica, implementando a vontade do Estado, realizando os comportamentos sancionados e tidos por corretos por parte deste mesmo Estado, de outro, se resgata a legitimidade destes comportamentos, sobrelevando ainda mais, a necessidade de que as decisões judiciais abarquem simultaneamente as condições de aceitabilidade racional e da decisão consistente, implementando de tal forma, a função social e integradora da ordem jurídica (HABERMAS, 2003). “Os julgamentos dos juízes, que decidem um caso atual, levando em conta também o horizonte de um futuro presente, pretendem validade à luz de regras e princípios legítimos” (HABERMAS, 2003, p. 246).

Para um jurista conservador, as normas de direito positivo são dogmas indiscutíveis dos quais não há como fugir, formando-se assim, a ficção criada pelo jurista de transformar a realidade com amparo na lógica formal e no raciocínio dedutivo.

O dogma, então atravessa os tempos, desde a antiguidade remontando a ideia, em qualquer de suas épocas, de verdade absoluta, acima de qualquer debate, na intenção de evitar qualquer contestação sobre (LYRA FILHO, 1980).

Em outros termos, o medo de fragilizar as verdades absolutas, e a rejeição aos dogmas da metafísica tradicional, faz com que até mesmo Kant desenvolva o dogmatismo racionalista, abrindo passagem ao positivismo naturalista e posteriormente ao positivismo lógico (FERRATER, 1969 apud LYRA FILHO, 1980).

Por derradeiro, para um positivista a Ciência do Direito não seria nada menos que um saber dos dogmas estatais ou, mais amplamente, dos padrões impostos pelas classes sociais que tomam as decisões cogentes (BLOCH, 1961 apud LYRA FILHO, 1980).

Poder-se-ia, ainda, em uma visão jurídica também positivista comparar o Direito a um conjunto de regras, capazes de atuar no campo da subsunção ou legitimamente, quando da ausência desta, na possibilidade de discricionariedade do juiz em decidir (FACCINI NETO, 2011).

Justifica-se então, sob a ótica da formação positivista e do engajamento político, o fato de um jurista ver na formação jurídica um obstáculo ao progresso. Ainda, mesmo que se troquem as normas estatais por decisões judiciais a estrutura continuará a mesma (LYRA FILHO, 1980).

A par disso, deveria o positivista jurídico em relação a sacralização que este opera com os dogmas do Estado promover uma reviravolta em relação a ciência do direito, levando a formação da uma ciência jurídica de libertação, preocupada muito mais com problemas deste mundo, e não com ficções jurídicas (LYRA FILHO, 1980).

Melhor dizendo, o novo direito que se exige, sem dogmas, sem ficção jurídica, deve estar atrelado a realidade jurídica enquanto advinda de uma práxis e pluralidade de ordenamentos, em perspectiva libertadora, com sentido político bem definido (LYRA FILHO, 1980).

Para tanto, é necessário afirmar, e ao mesmo tempo convencer-se, de que o Direito não é apenas um conjunto de regras como os bancos kelsenianos apregoaram num método autorizativo de discricionariedade judicial, contudo, é formado principalmente por princípios, princípios vetores que poderão ostentar as referidas decisões judiciais o grau de coerência sugestionado pela ordem jurídica vigente.

Segundo Streck (2008, p. 287 apud FACCINI NETO, 2011, p. 83):

Os princípios, no que introduzem o mundo prático no direito, não abrem a interpretação; ao contrário, os princípios desnudam a capa de sentido imposta pela regra e direcionam a atuação do juiz à obtenção da resposta correta. Neste sentido, insista-se que os princípios “passam a representar a efetiva possibilidade de resgate do mundo prático (faticidade) até então negado pelo positivismo”.

Contudo, por mais relevantes que sejam os princípios, arrancar das decisões judiciais, os dogmas herdados do positivismo jurídico não é tarefa fácil. Verdades absolutas têm de dificuldades de serem quebrantadas. E, embora o Estado ostente uma Constituição Federal principiológica atinente e voltada a concretização de direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana, conforme bem destaca Mattos (2006, p. 16) estabelecer regras de hermenêutica constitucional sobre as demais normas do ordenamento, enquanto ato de decidir, não é tarefa fácil, se quer, simples:

[...] os impactos da nova ordem constitucional sobre as normas recepcionadas por ela traduzem-se, sobretudo, na necessidade de se impor uma releitura dessas mesmas normas, de modo a aplicá-las de conformidade com aqueles primados acolhidos pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Assim, parece possível afirmar que todos os ramos do direito foram afetados por esse imperativo de ordem hermenêutica, o que certamente provocou – e ainda hoje vem provocando – dissensos de toda sorte na interpretação de tais normas, seja na seara da gestão administrativa, seja na esfera das decisões judiciais.

Para Alexy (apud MATTOS, 2006, p. 31) “o julgador deve buscar, por meio da interpretação, a “melhor” decisão para o caso concreto, o que pressupõe gradações entre os valores envolvidos no conflito”.

Este pensamento não é diferente do preconizado por Sarlet (2001, p. 335):

No que concerne à vinculação aos direitos fundamentais, há que ressaltar a particular relevância da função exercida pelos órgãos do Poder Judiciário, na medida em que não apenas se encontram, eles próprios, também vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, mas que exercem, para além disso (e em função disso) o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais, de tal sorte que os tribunais dispõem – consoante já se assinalou em outro contexto – simultaneamente do poder e do dever de não aplicar os atos contrários à Constituição, de modo especial os ofensivos aos direitos fundamentais, inclusive declarando-lhes a inconstitucionalidade.

Em outras palavras devem os Tribunais e juízes por meio de suas decisões darem a maior efetividade possível às normas de direitos fundamentais, mesmo que para isso, tenham que dar interpretação não literal ao texto normativo. O que se repita, não significa herdar do positivismo jurídico a tão famosa “discricionariedade”, ou modernamente, coadunar com o ativismo judicial. Todavia, permitir que casos sejam avaliados não somente pelos fatos, mas

pelo valor que a norma possui e pelo contexto em estão inseridos, pela finalidade social que deve vigorar em cada decisão. Julgar “o todo” e não “em partes”.

Cabe aos “Tribunais interpretar e aplicarem as leis em conformidade com os direitos fundamentais, assim como o dever de colmatação de eventuais lacunas à luz das normas de direitos fundamentais, o que alcança, inclusive, a jurisdição cível” (CANOTILHO apud SARLET, 2001, p. 335). Assim ocorrendo, estar-se-ia, neste momento, adentrando-se no campo da efetivação das “respostas corretas” - os pensamentos e teses de Dworkin começariam a valer à pena, bem como o consenso de Habermas, eis que decidir em prol dos direitos fundamentais é respeitar a democracia participativa, é antes e acima de tudo, alimentar o “povo” de vontades e direitos que em sede de representatividade, referem sua própria vontade – a vontade de uma maioria – a confirmação do consenso em um Estado democrático de direito.

Deve-se estabelecer como os Tribunais e juízes, com suas decisões, devem contribuir para que a história do Direito continue sendo contada (FACCINI NETO, 2011). Isto não significa a existência de uma resposta absoluta no Direito (verdades absolutas são perigosas e capazes de promover a injustiça social e humana), mas a possibilidade de uma verdade mais próxima – a preservação/proteção do ser humano enquanto titular de direitos fundamentais, enquanto destinatário dos deveres de justiça do Estado.

Dworkin (apud SARLET, 2009)^{vi}, parte do pressuposto de que a dignidade possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas, de tal sorte que é no valor intrínseco (na santidade e inviolabilidade) da vida humana de todo e qualquer ser humano, que encontra-se a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada.

Neste prospecto, a teoria dos direitos de Dworkin procura estabelecer formas para que as decisões judiciais possam satisfazer simultaneamente tanto as exigências de segurança quanto a aceitabilidade racional (HABERMAS, 2003). Resgata sua contrariedade ao positivismo reconhecendo a possibilidade e a necessidade de decisões judiciais corretas, cujo conteúdo seja legitimado pelos princípios. Avalia que os direitos devem ser reconhecidos sob o ponto de vista da justiça.

Neste enredo, destaca Dworkin (2002, p. 238 apud FACCINI NETO, 2011, p. 65) que:

[...] ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual as inúmeras decisões pretéritas,

estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele fez agora.

Desta forma, a discussão sobre o positivismo, o jusnaturalismo e outras posições não pode estabelecer-se em ângulo abstrato. Eles trocam de sinal, conforme o processo histórico e função, nele, da classe que os cooptou (BLOCH, 1961 apud LYRA FILHO, 1980).

Revela-se, então, que o grande problema não está na interpretação do termo direito, que não há problemas de ordem substancial ou conceitual, contudo, a questão que envolve conflitos desta ordem está na opção ontológica falseada, no artificialismo que envolve a questão (LUKIC, 1974 apud LYRA FILHO, 1980). Melhor explicando, o reducionismo de todo o direito a direito estatal ou institucional paralisou a dialética social do direito. “O positivismo passou a constituir a muralha conservadora oposta ao espírito crítico” (BOURJOL, 1978 apud LYRA FILHO, 1980).

E neste contexto, ao retomar a ideia de dogmas, não está a se criar qualquer tipo de imortalidade a dogmática, todavia, a classificar-lhe como um vício recorrente no pensamento jurídico, que acaba por obstruir o progresso da teoria do direito e perturbar a visão dialética social das normas, “a qual abrange, não apenas a formação jurídica visando estabelecer padrões de controle social, mas impulso jurígeno, que visa delinear uma postura crítica e fixar padrões de mudança (LYRA FILHO, 1980, p. 31)”.

O homem demonstra com tudo isso a preferência à lei do menor esforço, criando verdades absolutas, de consumo tranquilo. Assim, o erro mais escandaloso do positivismo é imaginar que disse tudo. Aliás, para Kelsen o direito é dever-ser, e se opõe ao fato; mas o que produz a norma fundamental é um fato, numa perspectiva não jurídica (LYRA FILHO, 1980).

Deste modo, ao abordar-se a possibilidade de respostas corretas em direito, deve-se entender estas como sendo àquelas em que se compreende o direito como integridade – a análise deve partir do todo e não em partes isoladas como se pertencessem a outro momento, a outro fato.

Então, de nada adianta substituir a dogmática das leis pela dogmática da jurisprudência, a ponto de encontrar o verdadeiro e autêntico direito. Pois o grande e maior erro está na redução do direito a um simples produto estatal, legislado e consuetudinário (LYRA FILHO, 1980).

Devem e podem os juízes ao decidir harmonizar e estruturar suas decisões segundo os princípios, pois assentar o direito como integridade, é concebê-lo “como uma totalidade coerente, constituída do conjunto de disposições contidas nos documentos legislativos e nos precedentes, reunidos sob um esquema de princípios de moralidade política, ou seja, de

justiça, de equidade e de devido processo legal” (SAGNOTTI apud FACCINI NETO, 2011, p. 63).

A base de toda esta dialética social e eficaz há de ser uma ontologia dialética do direito, sem eiva de idealismo intrínseco e sem compartimentos estanques, entre a síntese filosófica, a análise da dialética social das normas, em ordenamentos plurais e conflitivos e sob o impulso da práxis libertadora (LYRA FILHO, 1980).

Importa dizer que para Dworkin não é o sujeito que forma os princípios, todavia, são os princípios que moldarão as práticas do sujeito, por este fato, devem ser entendidos como unidade de uma prática social, compartilhada pela comunidade política. Isto porque os princípios são formados pelo mundo, e ao mesmo tempo, de acordo com Lenio Streck, formam o mundo (LUIZ, 2013).

Por este motivo, decidir com base nos princípios, não é “abrir espaço” para a discricionariedade, ativismo judicial ou arbitrariedade como já referido, ou simplesmente “fugir de uma dogmática positivista”, contudo, permitir os verdadeiros e reais limites à atividade judicial – ao ato de decidir; um contributo fiel do dever de justiça e satisfação de direitos inerentes ao ser humano.

A somar, de acordo com Luiz (2013, p. 168):

Logo, se as regras – pela indefinição semântica ou lacunas – davam ao julgador várias opções de interpretação, os princípios, como resgate do mundo prático que aponta em que direção seguir conforme as práticas sociais, “fechará” estas possibilidades. Por isso mesmo não será um princípio específico que irá reger o caso, senão o conjunto deles, enraizados na história da comunidade [...].

Neste ápice, qualquer resposta que se pretenda correta em Direito será necessariamente uma resposta adequada à Constituição, e uma norma – que é sempre o produto da interpretação de um texto – somente é válida se estiver de acordo com a Carta Constitucional (MELEU, 2013).

Outrossim, compete ao juiz a interpretação dos preceitos constitucionais consagrados nos direitos fundamentais, através da sua aplicação em casos concretos, pois o Estado Democrático de Direito, introduzido pela Constituição Federal de 1988, acentuou esse novo papel dos juízes, mediante a fixação de objetivos vinculados a princípios bem definidos, que acabam por representar, ainda, “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça e equidade” (FERRAJOLI apud MELEU, 2013, p. 106).

No mais, há que se permitir outorgar ao Judiciário a tarefa de atualização da Constituição de forma essencial para a estabilidade e continuidade da ordem constitucional, não se ignorando é claro, que o maior entrave está justamente em encontrar-se um modo de compatibilizar tal função com o regime democrático de direito (DIAS, 2012).

A atividade jurisdicional deve prestigiar o próprio Direito estando antes de qualquer outra circunstância voltada e preocupada em defender o caráter normativo da Constituição (LUIZ, 2013).

Ademais, os princípios de que tanto se fala e se sustentou neste artigo, não servem para “abrir” a atividade interpretativa, contudo, servem para “fechá-la”, apresentando-se como antagonistas da discricionariedade (FACCINI NETO, 2011). Buscar respostas corretas em Direito, adequadas a Constituição, é, sobretudo caminhar em lado oposto ao positivismo, pois sabiamente onde este estiver impossível será a funcionalização de princípios na arte de decidir.

Isto tudo porque, “depende da discricionariedade é desacreditar no próprio Direito, em sua autonomia, e na Constituição, na sua força normativa, jogando-se fora importantes conquistas da humanidade” (LUIZ, 2013, p. 173), dentre elas a garantia e preservação de direitos humanos, hoje também reconhecidos pela ordem jurídica interna em seu caráter fundamental.

5 CONCLUSÃO

Não se pode perder de vista que cumpre ao Poder Judiciário nas decisões que profere sujeitar-se aos preceitos constitucionais, dentre os quais, possibilitar a realização de um Estado Democrático de Direito na concretude de direitos fundamentais. Constitucionalizar o direito não pode ser apenas mais um “jargão” das salas de aula. Constitucionalizar o direito funcionalizando sua base e essência principiológica é permitir que dentro das salas de aula, decisões judiciais futuras saiam amadurecidas para um novo direito, um direito que busca na sua concretude promover a segurança jurídica não nos falseados de interpretação, mas na interpretação segura e isonômica dos princípios. A releitura do direito a partir de um ideal de justiça. A promoção de direitos fundamentais em prol da dignidade da pessoa humana.

Nesta senda, se pela interpretação pode-se justificar a presença de vários sentidos para uma mesma norma, quando isto acontece por parâmetros constitucionais, embora a personalidade do julgador seja distinta, seu critério de julgamento será único e exclusivo, e, portanto, o mais “verdadeiro” e “justo” frente aos anseios humanos, aos anseios de uma

política jurídica constitucional – o que era diferente ficará agora, completamente homogêneo – cada caso é sem sombra de dúvidas, um caso, mas cada caso, sem qualquer tentativa de parecer reincidente, merece o máximo possível alcançar ao seu destinatário a efetivação da dignidade humana, por intermédio da garantia e realização de direitos fundamentais.

Porquanto, diante da problemática lançada com base no tema proposto, pode-se, afirmar que os juízes têm em suas decisões a grande e essencial tarefa de atualizar a Constituição, mesmo que a maior dificuldade esteja em encontrar-se um modo compatível com os ditames estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito.

Contudo, embora tal modo de compatibilização ainda seja controverso e discutível, a ponto de não caracterizar-se discricionariedade ou atribuir funções máximas e absolutas de legislador a poder diverso, necessário, que mesmo diante destes percalços, mantenham-se decisões judiciais contemporâneas ao seu tempo, ao tempo de um Estado Social Democrático de Direito, que clama todos os dias por direitos fundamentais efetivos a qualidade de vida e dignidade da pessoa humana.

Isto porque, a arte de decidir é a arte de conceber ao ser humano o que há de melhor, nada que lhe coloque em uma situação de desigualdade perante os demais, ou que reconheça subjetividade de interpretação por parte do julgador, mas tudo aquilo que constitucionalmente lhe é garantido em um “contrato” firmado desde 1988. Nada, além disso.

Portanto, reconhecer aos princípios constitucionais sua função social, interpretar constitucionalmente os fatos não caracteriza decidir de qualquer jeito ou sem “freios”, “fora da lei”, todavia, caminhar rumo a uma atualização constitucional, que embora sábia e indiscutível, muitas vezes, continua omissa por parte das decisões que envolvem o Judiciário, no medo constante de fugir “da lei”, do “direito posto”. Contudo, fugir relativamente dos preceitos kelsenianos é a máxima que se procura, não para ratificar uma “desordem”, mas para se estabelecer efetivamente a “ordem”, uma ordem voltada antes de tudo “ao” e “para” o ser humano.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

DIAS, Cibele Fernandes. **Decisões intermediárias e mutação na justiça constitucional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FACCINI NETO, Orlando. **Elementos de uma teoria da decisão judicial: hermenêutica, constituição e respostas corretas em direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Instituto Piaget, 1991.

_____. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. I. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Organização e introdução de Patrick Savidan; tradução Marcelo Brandão Cipolla. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1980.

_____. **O que é direito**. 11 ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

LYRA FILHO, Roberto. PARTE II – Desordem e Processo: um posfácio explicativo. In:

LYRA, Doreodó Araujo (org). **Desordem e processo: estudos sobre o Direito em homenagem a Roberto Lyra Filho**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1986.

MATTOS, Liana Portilho. **Nova ordem jurídico-urbanística: função social da propriedade na prática dos tribunais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MELEU, Marcelino da Silva. **O papel dos juízes frente aos desafios do Estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

PISKE, Oriana. Pragmatismo jurídico: o diálogo entre a filosofia pragmática e o direito (p. 20-23). **Revista Bonijuris**. Julho de 2011. Ano XXIII, n. 572. v. 23, n. 7.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ⁱ [...] que se garante diretamente com as normas sociais não legisladas (o costume da classe dominante, por exemplo) ou se articula no Estado, órgão centralizador do poder, através do qual aquela ordem e classe dominante passam a exprimir-se (nesse caso, ao Estado é deferido o monopólio de produzir ou controlar a produção de normas jurídicas, mediante leis, que só reconhecem limites por elas mesmas estabelecidas) (LYRA FILHO, 2012, p. 34).

ⁱⁱ A contradição entre justiça real das normas que apenas se dizem justas e a injustiça que nelas se encontra pertence ao processo, à dialética da realização do Direito, que é uma luta constante entre progressistas e reacionários, entre grupos e classes espoliados e oprimidos e grupos e classes espoliadores e opressores (LYRA FILHO, 2012, p. 95).

ⁱⁱⁱ O que é essencial no homem é a sua capacidade de libertação, que se realiza quando ele, conscientizado, descobre quais são as forças da natureza e da sociedade que o determinariam, se ele se deixasse levar por elas (LYRA FILHO, 2012, p. 94).

^{iv} O conceito “mundo da vida”, da teoria da comunicação, também rompe com o modelo de uma totalidade que se compõe de partes. O mundo da vida configura-se como uma rede ramificada de ações comunicativas que se confundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas que se difundem em espaços sociais e épocas históricas; e as ações comunicativas não somente se alimentam das fontes de tradições culturais e das ordens [...] (HABERMAS apud MELEU, 2013, p. 49).

^v [...] o discurso jurídico não pode mover-se auto-suficiente num universo hermeticamente fechado do direito vigente: precisa manter-se aberto a argumentos de outras procedências, especialmente a argumentos pragmáticos, éticos e morais que transparecem no processo de legislação e são enfeixados na pretensão de legitimidade de normas do direito. [...] **a correção de decisões judiciais mede-se pelo preenchimento de condições comunicativas da argumentação que tornam possível uma formação imparcial do juízo** (grifo nosso) (HABERMAS, 2003, p. 287).

^{vi} Para Dworkin cada sociedade civilizada tem seus próprios padrões e convenções a respeito do que constitui a indignidade, critérios que variam conforme o local e a época (apud SARLET, 2009, p. 31).