

## O PROCESSO DE DECISÃO JUDICIAL DIANTE DO PÓS-POSITIVISMO JUDICIAL PROCESSO UNDER POST-POSITIVISM

Danielle Anne Pamplona\*

Danielle Annoni\*\*

### RESUMO

O presente trabalho reconhece que a sociedade está insatisfeita com o trabalho realizado pelo Poder Judiciário. São vários os motivos para tanto, desde a infra-estrutura até a formação e escolha dos juízes. O que se quer demonstrar aqui é que - partindo-se da premissa neoconstitucionalista e pós-positivista de que a Constituição esta a merecer uma nova forma de interpretação - permeada de seus princípios, as teorias de Ronald Dworkin e de Fritjof Capra, conjugadas, podem dar uma boa resposta aos problemas da atividade judicial de decisão. Ronald Dworkin, opondo-se aos positivistas, basicamente resolve os problemas constitucionais pela absorção dos princípios com uma conotação, importância e função diferenciada. Fritjof Capra, por outro lado, dá um norte a respeito da moral necessária para que qualquer indivíduo possa desempenhar bem seu papel de ser-humano, o que se toma como requisito essencial para que seja um bom juiz. Assim, a conjugação das duas teorias faz reconhecer que há um elemento moral, dependente da formação do magistrado, essencial ao processo decisório, e tal elemento é melhor configurado se aceitarmos a teoria de Capra. O que se quer, ao final, é demonstrar como um código de postura fundamentado na sustentabilidade e na compreensão do seu papel no mundo pode influenciar na atividade jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** NEOCONSTITUCIONALISMO; HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL; PRINCÍPIOS; SUSTENTABILIDADE; DECISÃO JUDICIAL; MORAL.

---

\* Doutora em Direito pela UFSC. Professora dos Cursos de Graduação da PUC-PR e IST/SOCIESC-SC e Pós-Graduação da PUC-PR. Autora de obra e artigos acerca do Poder Judiciário e do processo de decisão judicial. Contato: [dapamplona@pamplonaebraz.com.br](mailto:dapamplona@pamplonaebraz.com.br).

\*\* Doutora em Direito pela UFSC. Professora dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da FACINTER-PR e UNOESC-SC. *Fellow* da CAPES na Espanha e Inglaterra no período acadêmico 2003-2004. Autora de várias obras e artigos acerca do direito de acesso à justiça e dos direitos humanos. Contato: [annoni@justice.com](mailto:annoni@justice.com)

## **ABSTRACT**

The author has acknowledge that society is unsatisfied with the job performed by the Judiciary Branch. There are many reasons for this, from the infra-structure to the process of choice and the formation of the judges. Exploring the neoconstitucionalist and post-positivist vision, this work intends to show that Constitution needs to be read in a different manner, giving the principles its right and important position on the process. Using the ideas of Ronald Dworkin and Fritjof Capra altogether, it intends to give a good answer for the problems around the judicial activity. Ronald Dworkin, opposing positivists, solves constitutional problems by giving principles a different meaning, importance and function. Fritjof Capra, on the other hand, makes a standard about the moral principles on any human-being, what is brought to the text as essential characteristics to the good judge. The application of both theories makes one realize that there is a moral element, made by the way the human-being judge is brought up, essential to the judicial process. And this moral element is better conformed if one is ready to accept Capra's premises. At the end, the work affirms that a moral code founded on sustentability and comprehension of its part in the world can have important consequences on the jurisdictional activity.

**KEYWORDS:** NEOCONSTITUTIONALISM; CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE; PRINCIPLES; SUSTENTABILITY; JUDICIAL DECISION; MORAL.

## **1. INTRODUÇÃO**

A atual configuração do Estado brasileiro o faz ser classificado pela doutrina como um Estado Social-Democrático, o que é fundamentado em seu texto constitucional. Alcançar tal estágio de desenvolvimento foi fruto da passagem pelo modelo liberal e pelo modelo preconizado pelas doutrinas socialistas. O modelo da Constituição de 1988 procura agregar o sistema capitalista, vertente econômica do modelo liberal, com a proteção de direitos fundamentais e a participação do povo no processo de tomada de decisões.

Esse modelo, ainda que esteja bem estruturado no campo teórico, não conseguiu refletir, no campo da *praxis*, os anseios de seus elaboradores. Por isso, apesar

da previsão de vários direitos, poucos são efetivamente assegurados à população. O presente texto se ocupa, em especial, do modo com que os julgadores julgam os processos e como isso influencia na concretização dos princípios constitucionais.

## **2. O PROCESSO DE DECISÃO E O ATUAL ESTÁGIO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Escolheu-se partir da avaliação do processo de decisão judicial, da maneira com a qual o juiz se convence da posição que espelha em sua sentença. A adoção de qualquer teoria que tente explicar como o juiz chega a seu veredicto não estará afastada do fato de que, para tanto, é necessário que esse juiz interprete a norma constitucional. A interpretação usual das normas constitucionais tem levado à conclusão de que algumas delas dizem respeito, tão somente, a programas de governo, a indicativos de como o governo deve se portar, e não de regras a serem seguidas e perseguidas por todas as funções do Estado. De fato, não há possibilidade de aplicação de regra sem que se tenha em mente o que ela signifique. Segundo Jorge Miranda, “[N]ão é possível aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação”<sup>1</sup>. Daí a importância da interpretação, expressada pelo autor citado com a máxima: “[I]nterpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição”.

Aceita a supremacia constitucional<sup>2</sup>, a interpretação de regras constitucionais deve ser orientada por métodos específicos, que levem em consideração a especificidade de tais normas. Assim, além dos métodos tradicionais, a Constituição exigirá outros instrumentos interpretativos<sup>3</sup>. Nesse sentido:

Como lei fundamental, sujeita-se aos métodos clássicos de interpretação de qualquer lei – o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático – ao qual se ajunta, com especial relevância, o método teleológico, fundado na finalidade da norma. Mas de parte estas regras tradicionais, avultam no

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 448.

<sup>2</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 71.

<sup>3</sup> Sem deixar de ser interpretação jurídica, como alerta TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 71.

processo de interpretação constitucional determinados princípios, próprios às peculiaridades do Direito Constitucional<sup>4</sup>.

Os princípios basilares que devem ser levados em consideração ao interpretar a Constituição são: supremacia da Constituição, continuidade da ordem jurídica e unidade da Constituição. Eles devem ser avaliados em conjunto com a necessidade de dar efetividade às normas constitucionais, para que a Constituição possa realmente ser concretizada, praticada, o que nada mais é do que valorizar o texto constitucional<sup>5</sup>. Diante da estruturação do texto constitucional brasileiro atual, e diante da avaliação que se tenta aqui fazer do processo de decisão nos casos que envolvem efetivação de direitos, necessário é alcançar um novo patamar hermenêutico constitucional. Para Luiz Roberto Barroso:

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da quais se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido<sup>6</sup>.

E é essa posição que tem sido denominada de neoconstitucionalista, típica do pós-positivismo, exigindo que os princípios tenham um papel a desempenhar na interpretação constitucional. Em especial em países onde o texto constitucional é sintético, ou seja, curto e direto, sem descer às especificidades, o papel do Judiciário é

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 343. No mesmo sentido, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, p. 25.

<sup>5</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 343-344.

<sup>6</sup> BARROSO, Luiz Roberto. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*, tomo III, p. 7.

ampliado eis que, ao decidir, deverá expressar o que a Constituição diz, ainda que não expressamente. Neste sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz alerta:

Observe-se, em primeiro lugar, que quanto mais concisa, sintética e genérica for a Constituição, mais ampla, profunda e extensa é a atividade interpretativa judicial, especialmente onde há possibilidade de contrastar, em juízo, leis e atos de aplicação constitucional frente à Constituição<sup>7</sup>.

Além disto, os conceitos indeterminados devem ser alvo de um grande esforço de determinação ou densificação, devendo ser entendidos na perspectiva de princípios constitucionalmente relevantes; não se pode olvidar que as normas constitucionais precisam ser interpretadas para delas ser extraída a maior eficácia possível<sup>8</sup>.

O texto constitucional deve ser interpretado aproximando o significado de suas palavras ao seu significado comum, eis que, “a interpretação da Constituição deve operar, sempre, o mais próximo possível de seu povo”<sup>9</sup>.

## 2.1. A UTILIZAÇÃO DA TEORIA DE RONALD DWORKIN

O positivismo jurídico tem um importante crítico em Ronald Dworkin. Este autor sempre esteve preocupado com o processo de decisão judicial, de como os juízes chegam aos seus veredictos e nunca conseguiu admitir que o poder do juiz é discricionário. Para desenvolver sua teoria, toma como base a doutrina positivista, desenvolvida por H. L. A. Hart, a quem sucedeu na cadeira de filosofia na Universidade de Oxford.

As idéias de Dworkin em seus principais trabalhos podem ser resumidas pela teoria dos direitos – onde advoga a tese de que os direitos individuais não devem ser preteridos a favor da coletividade; a tese da resposta certa – onde afirma que o juiz, ao decidir, sempre tem a melhor opção, única; o direito em cadeia (*chain of law*) que faz o

---

<sup>7</sup> FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 105.

<sup>8</sup> Estes e outros vetores para a interpretação constitucional estão em MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 452 e ss.

<sup>9</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 73.

direito ser compreendido como um conceito interpretativo<sup>10</sup> e o direito como integridade – abaixo explicado. Dworkin afirma que não se pode furtar do dever de obediência aos princípios. Para os positivistas “cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo”<sup>11</sup>. Para Dworkin, quando o juiz se depara com um caso difícil, utilizar-se-á de princípios e de programas<sup>12</sup>, além das regras. Com isso, restringe o espaço para a atuação discricionária do juiz. Para Dworkin, reconhecer o direito como sistema de normas, como quis Hart, implica excluir os princípios do ordenamento. Nesse sentido, afirma que “lo que quiero es oponerme a la idea de que ‘el derecho’ sea un conjunto fijo de estándares, de la clase que sean”<sup>13</sup> [normas ou princípios]<sup>14</sup>. Todavia, há situações em que os juízes, ao decidir, não encontram norma aplicável ao caso, ou, nas palavras de Dworkin,

[C]uando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez – de acuerdo con esa teoría [o positivismo] – tiene ‘discreción’ para decidir el caso en uno o otro sentido<sup>15</sup>.

Dworkin não admite esta solução e afirma que, quando os juízes se deparam com tais situações, estão realmente diante de um caso difícil, que exige, para sua solução, a aplicação de princípios. Escreve Dworkin:

De repente, o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por

---

<sup>10</sup> CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 68.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 83. Tradução livre da autora: “quando um caso não pode se subsumir a uma norma clara, o juiz deve exercer sua discricção para decidir sobre o mesmo, estabelecendo o que resulta ser um novo precedente legislativo.”

<sup>12</sup> O autor fala em “policies” que também pode ser traduzido como políticas, metas.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 140. Tradução livre da autora: “o que quero é me opor à idéia de que ‘o direito’ seja um conjunto fixo de padrões, de qualquer classe”.

<sup>14</sup> Nota da autora.

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 146. Tradução livre da autora: “Quando um determinado litígio não pode se subsumir claramente em uma norma jurídica, estabelecida previamente por alguma instituição, o juiz – de acordo com essa teoria [o positivismo] tem ‘discricionarieidade’ para decidir o caso em um ou outro sentido.”

alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria ‘progressista’. Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas. São esses os diversos elementos de nossa nova imagem da jurisdição, em corte transversal e ao longo do tempo. A antiga imagem do direito visto como simples matéria de fato [...] dizia para não tomarmos ao pé da letra os votos proferidos pelos juízes nos casos difíceis; essa nova imagem tem o mérito notável de nos permitir, mais uma vez, acreditar no que dizem nossos juízes<sup>16</sup>.

O processo de decisão sempre leva em consideração as decisões do passado, de onde os juízes irão retirar o princípio aplicável ao caso presente, de algum modo, inclusive justificando a decisão passada. O ponto central da teoria é que há, sempre, uma melhor decisão para encontrar o verdadeiro direito da pessoa, mesmo quando a jurisprudência indique que não há uma regra certa a ser aplicada, ou a situação seja controvertida. Assim, não há espaço para a discricionariedade do juiz, eis que não admite que haja, nas leis, qualquer espaço para preenchimento através da atividade judicial<sup>17</sup>.

O juiz sempre encontrará a única resposta correta para o caso se não perder de vista que o ordenamento jurídico é um todo; assim, ao decidir, estará construindo uma teoria que justifique esse todo, e terá chegado à resposta certa. Todavia, a decisão não é determinada pela conclusão acerca de qual princípio seria válido, no caso de conflito entre eles<sup>18</sup>

Para exercer tal atividade, o juiz sofre influência de sua moral e do que o autor chama de “a moral institucional”, que é o conjunto das decisões passadas. Assim, necessário é analisar o papel da jurisprudência e da moral na solução de novos casos. Poder-se-ia dizer que as decisões passadas impõem ao juiz um limite, restringindo sua discricionariedade, e que a moral do próprio juiz e a moral institucional o influenciam. Dworkin resolve essa situação com o que chama de “a tese dos direitos”, querendo

---

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 112.

<sup>17</sup> Essa é a idéia da *chain of law*, sobre isso, ver CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 98.

<sup>18</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 135.

indicar que as decisões judiciais impõem direitos políticos preexistentes. Para esta tese, “[...] en los casos difíciles, las decisiones judiciales se generan, de manera característica, en principios y no en directrices políticas”<sup>19</sup>, os juízes decidiram os casos difíceis “[...] confirmando o negando derechos concretos”<sup>20</sup>.

A percepção de que o ordenamento jurídico é um todo é a base de sua teoria, que vê o direito como integridade. Essa teoria é uma tentativa de explicar o direito enquanto interpretação; ela quer ser um terceiro elemento, ao lado da equidade e da justiça. Explica-se: o juiz, ao decidir casos que não contam com legislação específica, utiliza-se, normalmente, das regras de equidade e de justiça; assim, ao se deparar com um caso, ele pode se indagar acerca de qual seria a solução com maior aceitação na comunidade e qual seria a decisão mais justa perante os princípios que as decisões passadas elegeram. O autor aqui estudado dá mais uma opção para os juízes: afirma que eles devem também analisar o caso sob o ângulo da integridade, o que exige do juiz a análise do conjunto de princípios que pode ser aplicado ao caso, sem se olvidar do assentado pela jurisprudência.

A teoria da integridade na deliberação judicial requer que, “até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”<sup>21</sup>. O direito, como integridade, indica que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”<sup>22</sup>.

Mas a teoria de integridade está intrinsicamente relacionada à moral. E nesse campo há um problema que é o estabelecer a melhor moral para que o juiz possa decidir a contento. Pela teoria explicada, os juízes utilizam a jurisprudência para fundamentar suas decisões; as novas decisões são tomadas com um olhar nas decisões passadas e outro na própria moral do juiz. Todavia, poder-se-ia afirmar que o juiz que assim decide é discricionário, eis que define quais os casos jurisprudenciais em que se apóia e seus

---

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 167. Tradução livre da autora: “...nos casos difíceis, as decisões judiciais são geradas, caracteristicamente, de princípios e não de diretrizes políticas.”

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. *los derechos en serio*, p. 171.

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 261.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 272.

significados e, ainda, deixa-se influenciar por sua moral. Dworkin lembra, entretanto, que os juízes estão submetidos à doutrina da responsabilidade política<sup>23</sup>.

A teoria da integridade exige que a comunidade aja como um corpo político coeso, engajado na realização dos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo<sup>24</sup>. Esta coesão somente pode ocorrer em um quadro de personificação da comunidade. De fato, a comunidade deve compreender a si mesma como um corpo único, como uma verdadeira entidade distinta de seus membros, um agente moral. A integridade implica a aplicação do mesmo rol de princípios a todos. “A idéia de integridade política personifica a comunidade [...] como uma comunidade atuante, pois pressupõe que a comunidade pode adotar, expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos”<sup>25</sup>.

Com Dworkin há de se concordar que o Direito não é somente o conjunto de regras, que os princípios são, ou deveriam ser, os vetores nas decisões judiciais, que há sempre a melhor decisão a ser tomada. Entretanto, há que se ponderar que, na eleição dos valores dos princípios, estarão em jogo os valores do próprio julgador. Nesse ponto, é preciso se distanciar de Dworkin, para buscar complementação e solução em outro pensador.

### 3. O PODER JUDICIÁRIO

Se o foco estiver tão somente na cúpula do Poder Judiciário, pode-se afirmar que as decisões de questões constitucionais passam hoje, necessariamente<sup>26</sup>, por onze cidadãos que compõem o Supremo Tribunal Federal. O conteúdo do presente trabalho só se justifica se a premissa for a de que os membros desse Poder são dotados do poder para aumentar o índice de satisfação da sociedade, já que é o Poder Judiciário que dá a

---

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 154. Essa doutrina “[...] enuncia que los funcionarios políticos no deben tomar otras decisiones políticas que as que puedan justificar dentro del marco de una teoría política que justifique también las otras decisiones que se proponen tomar”

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 204.

<sup>25</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 208.

<sup>26</sup> A menos que ocorra algum tropeço processual (perda de prazo; não-renovação de instância; falta de prequestionamento; falta de peças; falta de assinatura, e tantos outros motivos pelos quais os recursos podem não chegar ao STF).

palavra final sobre os atos dos outros dois poderes, inclusive. O que faz estes indivíduos melhores, ou especiais, ou diferentes, ou o que faz a reunião destes indivíduos diferente ou especial para se lhes franquear tamanha responsabilidade? E mais, nas palavras de Alexandre M. Bickel, citando o juiz da Suprema Corte Thayer, “[w]e cannot know whether [...] our legislatures are what they are because we have judicial review, or whether we have judicial review and consider it necessary because legislatures are what they are”<sup>27</sup>.

Adhemar Ferreira Maciel adverte que “[Q]uer queiramos quer não, estamos sempre refletindo o meio onde nascemos e vivemos; nossa posição social; nossa infância; nossa família; nossa ideologia política. O próprio critério de recrutamento do juiz acaba por influir em sua conduta profissional”<sup>28</sup>.

### 3.1. A APLICAÇÃO DA TEORIA DE FRITJOF CAPRA

Fritjof Capra<sup>29</sup> é um pensador que aplica a teoria da complexidade – de acordo com a qual os seres estão todos conectados – particularmente à análise das redes, ao capitalismo global e ao estado do mundo. As últimas descobertas científicas mostram que todas as formas de vida – desde as células mais primitivas até as sociedades humanas, suas empresas e Estados nacionais, até mesmo sua economia global – organizam-se segundo o mesmo padrão e os mesmos princípios básicos: o padrão de redes, com unidades e sistemas interconectados. O autor desenvolve uma compreensão sistêmica e unificada que integra as dimensões biológicas, cognitivas e sociais da vida e demonstra claramente que a vida, em todos os seus níveis, é inextricavelmente interligada por redes complexas.

O que se pretende aqui é utilizar sua visão de mundo na área jurídica. O autor identifica a tendência do global que contrasta com a tendência do reducionismo

---

<sup>27</sup> BICKEL, Alexandre M. *The least dangerous branch*, p. 25. Tradução livre da autora: “não podemos saber se [...] nossas legislaturas são o que são porque temos a revisão judicial, ou se nós temos a revisão judicial e a consideramos necessária porque nossas legislaturas são o que são.”

<sup>28</sup> MACIEL, Adhemar Ferreira. O papel jurídico, político e social do magistrado a propósito das Constituições brasileira e uruguaia, p. 223.

<sup>29</sup> As idéias de Capra estão expostas em seus livros, e se complementam. Eles são, *O Tao da Física, O Ponto de Mutação, Teia da Vida e Conexões Ocultas – Ciência para uma vida sustentável*.

que permanece dominante dentro da comunidade científica. Ele conecta as origens da vida, da mente, da consciência e da natureza da realidade social, mostrando que a ideia de rede é a estrutura central da vida. Mostra também que a vida, a consciência e a sociedade são propriedades emergentes, em outras palavras, que são, em alguns sentidos, produtos criados por processos mais simples e as redes biológicas são os blocos de edifício da vida.

O grande questionamento do autor gira em torno de valores<sup>30</sup>. A preocupação com os valores emergentes de um mundo globalizado e capitalista onde o dinheiro é a medida das coisas. Mudar este sistema de valor transforma, conseqüentemente, o foco da atenção. Há vários exemplos de comunidades que estão produzindo com consciência ecológica e que inspiram tecnologicamente, mas não mudam os fatos fundamentais da classe, da economia e do poder. São experiências pontuais que ainda precisam ser descobertas.

O grande desafio que se apresenta ao século XXI é o de promover a mudança do sistema de valores que atualmente determina a economia global e chegar a um sistema compatível com as exigências da dignidade humana e da sustentabilidade ecológica. Necessária é a mudança de valores que “[...] será a mola mestra da transformação. Precisamos mudar os valores – isso deve-se insistir –; sem alteração dos valores não se modifica a visão de mundo”<sup>31</sup>. Pois bem, no Direito, evidentemente, há a preocupação de tutela das várias formas de vida. O que se exige é que a aplicação da legislação existente e a criação de novas leis sejam pautadas por princípios éticos, princípios de respeito a si e ao outro, e de solidariedade. A busca por uma sociedade melhor, no sentido aqui apresentado, só pode levar a uma comunidade mais ética. Perceba-se, no entanto, que essa ética é uma só, a ser aplicada diuturnamente, nas relações de trabalho e nas relações pessoais. É a mesma ética que os aplicadores das leis devem ter. Nesse sentido, Paulo Roney Ávila Fagúndez afirma que “[P]ara salvar o Direito, necessita-se dotá-lo de um conteúdo ético”<sup>32</sup>. Em suma, o conhecimento de que estamos todos envolvidos em uma rede e de que qualquer instabilidade gerada tem reflexos não previsíveis deve pautar a conduta dos indivíduos.

Por isso, quando os juízes decidem buscando em princípios soluções, útil é exercitar a filosofia de Capra. De fato, exercita-se o poder de decisão até onde Dworkin

---

<sup>30</sup> CAPRA, Fritjof. *Conexões ocultas*, p. 48 e ss.

<sup>31</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 82.

<sup>32</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo*, p. 22.

o consegue explicar<sup>33</sup>, após isso, necessário voltar os olhos aos ensinamentos de Capra, que trazem sentido à conduta judicial. Em outras palavras, é a consciência do todo que fará com que o juiz eleja os melhores princípios para o caso, os valore corretamente e encontre a melhor solução.

#### 4 AS CONSEQUÊNCIAS DA APLICAÇÃO DE AMBAS AS TEORIAS

Sem se olvidar que “[A]s questões jurídicas estão inseridas na grande teia da vida, como diz Capra. E não há a possibilidade de se puxar um fio sequer que não venha a comprometer toda a estrutura”<sup>34</sup>, faz-se necessário que os indivíduos sofram a influência de uma nova ética, não mais a ética moral, mas sim, uma ética holística, nas palavras de Paulo Roney Ávila Fagúndez:

Pretende-se enfrentar uma ética holística, contida numa ecologia profunda, que vê homens, animais e plantas numa convivência fraterna, porquanto se constituem em células do mesmo grande corpo universal. A ética não é algo dispensável. Sem dúvida, é a regra que disciplinará o futuro da humanidade. O sistema jurídico não traz as respostas para as grandes questões da humanidade. Todo o sistema repressivo parte do pressuposto da irresponsabilidade do ser humano. As normas jurídicas visam tutelar as condutas humanas. *Se os homens fossem realmente responsáveis pelas suas condutas não haveria a necessidade da tutela estatal*<sup>35</sup>.

Na área dos estudos jurídicos, não poderia ser diferente, também se notam mudanças. Os movimentos sociais fazem com que novas leis sejam editadas, e deles surge a necessidade de proteção de minorias (crianças, idosos, consumidores) e de

---

<sup>33</sup> Exatamente quando Dworkin diz que cabe ao juiz encontrar a melhor valoração para os princípios, retirando isso da sociedade.

<sup>34</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 53.

<sup>35</sup> Destaque da autora. FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 27.

cuidados com o meio ambiente (leis protetivas da fauna e flora; de correta destinação de lixo domiciliar ou não).

O Poder Judiciário é o que tem, por essência, a atribuição de resolver conflitos. Neste sentido, para Dworkin

[...] os juízes não só podem como devem realizar – e, de fato, realizam – investidas na esfera do debate moral, a fim de decidir casos concretos. Cláusulas abertas da Constituição – como a do devido processo legal ou da igualdade – remetem o magistrado, obrigatoriamente, à esfera dos conceitos morais; ‘desta forma, uma corte que assume o ônus de aplicar essas cláusulas integralmente como direito, deve ser uma corte ativista, no sentido de que deve estar preparada para enquadrar e responder a questões referentes à moralidade política’<sup>36</sup>.

Sem se olvidar que “O melhor juiz não é aquele que tem maior acúmulo de conhecimentos. É mais importante que tenha consciência do seu papel na sociedade de realizador da justiça”<sup>37</sup>. Uma nova ética precisa, urgentemente, pautar as decisões judiciais, uma ética holística, e mais do que isso, uma ética ecológica. Por isso, pertinentes as palavras de José Renato Nalini: “O quando se afirma em relação à consciência moral de qualquer ser humano, deve ser potencializado no concernente à consciência moral do juiz”<sup>38</sup>. Mais ainda quando se reconhece a importância do seu papel, como afirmou o Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 223/DF<sup>39</sup>: “A submissão plena do Estado ao Judiciário dá concreção efetiva ao princípio tutelar das liberdades públicas e rompe os rígidos círculos de imunidade do poder”.

Mas, em meio a tudo isto, não se pode olvidar que as decisões do Poder Judiciário são tomadas por seres humanos, os juízes, e que destes depende a

---

<sup>36</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein, p. 232.

<sup>37</sup> FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 106.

<sup>38</sup> NALINI, José Renato. A consciência moral do juiz, p. 265.

<sup>39</sup> Em seu voto, às fls. 31.

conformação das decisões ao direito<sup>40</sup> e sua capacidade de eficazmente resolver conflitos no âmbito processual e no material, além de trazer tranquilidade para as partes.

## 5 CONCLUSÕES

Diante do exposto, é correto afirmar que a interpretação positivista da Constituição não mais pode subsistir, necessário é que se insiram os princípios como dado essencial ao resultado final do processo decisório do juiz.

Ronald Dworkin afirma que a interpretação judicial está interligada à moral, eis que o juiz está impregnado de valores. Essa abertura à moralidade da pessoa do magistrado não é resolvida pelo autor. Dworkin afirma que a melhor solução para cada caso é sempre possível de ser alcançada, mas não explica como isso pode ser feito sem que as influências pessoais distanciem o juiz dos anseios da comunidade. Para resolver tal situação, útil é a lição de Fritjof Capra. Esse autor preconiza o que é o ser-humano melhor, dotado de uma moral que reconhece seu papel no mundo, sua responsabilidade com o crescimento sustentável e com a felicidade de cada um dos outros indivíduos.

Assim, conclui-se que as teorias apresentadas podem ser complementares, e se bem utilizadas na formação de magistrados, podem resultar na maior satisfação da sociedade em relação ao Poder Judiciário.

---

<sup>40</sup> E José Renato Nalini sugere, para possibilitar um treinamento moral dos juízes, tornando suas decisões ainda melhores: “o estudo; o hábito da reflexão; a transparência e o pedido de ajuda e conselho”. (NALINI, José Renato. A consciência moral do juiz, p. 265)

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2. ed. Yale University Press, 1986.
- BLASI, Vicent. A Corte Suprema, instrumento de mudança. *Revista Diálogo*, n. 2, v. 18, 1985.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.
- CAPRA, Fritjof. *Conexões ocultas – ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2002.
- CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*. Curitiba: JM, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997.
- FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Direito e holismo*. São Paulo: LTr, 2000.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. O papel jurídico, político e social do magistrado a propósito das Constituições brasileira e uruguaia. In: VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. A consciência moral do juiz. *Revista dos Tribunais*, n. 708, ano 83, p. 257-271, out. 1994.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.