

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL

GERSON GODINHO DA COSTA

**JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL:
O CONTRIBUTO DA LÓGICA JURÍDICA DE CHAÏM PERELMAN**

Porto Alegre

2008

GERSON GODINHO DA COSTA

**JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL:
O CONTRIBUTO DA LÓGICA JURÍDICA DE CHAÏM PERELMAN**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Thadeu Weber

Porto Alegre

2008

GERSON GODINHO DA COSTA

**JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL:
O CONTRIBUTO DA LÓGICA JURÍDICA DE CHAÏM PERELMAN**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Thadeu Weber

Porto Alegre

2008

Aos meus preciosos tesouros Giulia Cecília e Giuliana Beatriz. Muito do tempo que deveria ser dedicado à Giulia foi dispensado na elaboração deste trabalho. Giuliana acompanhou essa desídia paterna da barriga da mãe. Aproveitará melhor minha presença. E à genitora delas, óbvio. Minha amada esposa, Fernanda.

Aos meus pais, Vanda e Juarez, a quem devo toda minha formação.

À minha irmã Angela Daluza. Os incentivos, a par das cobranças, foram fundamentais.

Aos meus avós, Darcília e Ary. Meu agnosticismo evapora-se ante a esperança de um dia reencontrá-los.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos iniciais normalmente são dirigidos àqueles que nos são mais próximos. Farei diferente. Início pelos meus avós. A presença física deles não mais existe. Por outro lado, freqüentemente aparecem nas minhas lembranças. O moleque cresceu, almeja o título de mestre e tem muitos outros projetos. Mas a recordação quase que diária mostra o quão importantes foram.

Agradeço aos meus pais. Nos bons e maus momentos sempre receptivos aos meus humores e desesperanças. E também às minhas irmãs. A busca constante pelo saber transformada em encorajamento mútuo.

Nesta parte não podem faltar minhas filhas e esposa. Pelo incentivo e sorrisos pacientes nos períodos em que não dispuseram da minha companhia.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Thadeu Weber. Nossos contatos foram poucos. Todos eles, porém, para mim, extremamente proveitosos. Eu que não soube melhor aproveitar sua simpática disponibilidade. Sua presença é marcante na minha formação intelectual por ter me apresentado a obra de Chaïm Perelman. O suficiente para domesticar cientificamente minhas apreensões profissionais.

Agradeço à Prof.^a Dr.^a Regina Linden Ruaro por ensejar profícuas discussões na área da Teoria Política, bem como aos Professores Ingo Wolfgang Sarlet, Eugênio Fachini Neto, Adalberto Pasqualotto, Denise Pires Fincato, Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira e Ricardo Aronne pelas valiosas contribuições.

Aos Professores Doutores Juarez Freitas e Mônia Clarissa Henning Leal pelas construtivas críticas ao trabalho, as quais resultaram no seu sensível aprimoramento;

Seria descortesia imperdoável não mencionar o pessoal da Secretaria, em especial o Chico, a Márcia e a Karen, sempre dispostos a orientar trapalhões acadêmicos como eu.

Enfim, a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, instituição que me tem aberto as amplas e infindáveis janelas do conhecimento desde a graduação.

Um grande e sonoro obrigado ao meu Diretor de Secretaria, Ezio Heffel Gil, que sempre ajudou a otimizar meu tempo profissional, pelas importantes lições e indicações filosóficas.

Agradeço o grande amigo Luciano Feldens. Sem seu estímulo, estas linhas possivelmente não fossem escritas. Exemplo de caráter e pensador sofisticado, nele procuro me espelhar para talvez um dia alcançar ainda que parte do seu amplo conhecimento do Direito. Das despreziosas conversas retirei importantes contribuições para o desenvolvimento deste trabalho.

Não deixo de referir os colegas Roger Raupp Rios, Cristiano Bauer Sicca Diniz, Paulo Vieira Aveline e Daniel Machado da Rocha pelas inestimáveis contribuições. Do mesmo modo, aos prezados Procuradores da República Douglas Fischer, Carlos Augusto da Silva Cazarré e Tiago Gutierrez.

Agradeço o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região pelo apoio institucional, especialmente à Corregedoria-Geral e à Escola da Magistratura – EMAGIS.

Meu obrigado também aos servidores do Centro de Atendimento aos Juízes Federais – CAJU, junto ao Conselho da Justiça Federal, pelo prestimoso auxílio na busca de material bibliográfico.

A falsidade de um juízo não chega a constituir, para nós, uma objeção contra ele; é talvez nesse ponto que a nossa nova linguagem soa estranha. A questão é em que medida ele promove ou conserva a vida, conserva ou até mesmo cultiva a espécie; e a nossa inclinação básica é afirmar que os juízos mais falsos (entre os quais os juízos sintéticos a priori) nos são os mais indispensáveis, que, sem permitir a vigência das ficções lógicas, sem medir a realidade com o mundo puramente inventado do absoluto, do igual a si mesmo, o homem não poderia viver – que renunciar aos juízos falsos equivale a renunciar à vida, negar a vida. Reconhecer a inverdade como condição de vida: isso significa, sem dúvida, enfrentar de maneira perigosa os habituais sentimentos de valor; e uma filosofia que se atreve a fazê-lo se coloca, apenas por isso, além do bem e do mal.

Friedrich Nietzsche

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a legitimidade da atividade jurisdicional, a partir da obra “Lógica Jurídica” de Chaïm Perelman, observando a linha de pesquisa ‘Hermenêutica, Justiça e Estado Constitucional’. A abordagem está relacionada às decisões judiciais sobre casos concretos, não ao controle de constitucionalidade em abstrato. No primeiro capítulo são apresentados os elementos do chamado Modelo Tradicional, especificamente o Estado de Direito, a separação de poderes, a democracia e o positivismo. No segundo, esses elementos são submetidos a questionamento e colocados em confronto com a realidade atual, visando adequá-los a esta mesma realidade. O terceiro capítulo trata dos problemas do Direito positivo, relacionados às lacunas, às antinomias e à equivocidade dos termos jurídicos, bem como à possibilidade de decisões indiscutivelmente injustas. No quarto é examinada a hermenêutica filosófica e seus profundos desdobramentos no fenômeno jurídico. No quinto é analisado o conceito dialético de ciência, inicialmente apresentado por Aristóteles e desenvolvido por Perelman. Finalmente, o sexto capítulo apresenta dois exemplos – um de Direito Penal, outro de Direito Civil – resultados da construção moderna do Direito, com a finalidade de demonstrar que a atividade judicial baseada em regras, princípios e valores do ordenamento, e desde que assegurados os direitos fundamentais e a dialética processual na busca de consensos, encontra respaldo democrático.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Estado. Separação de Poderes. Democracia. Hermenêutica. Princípios, regras e valores. Dialética. Chaïm Perelman.

ABSTRACT

The present study purposes to discuss the lawfully of the jurisdictional activity, based on the work of Chaïm Perelman, called “Juridical Logic”, observing the research line ‘Hermeneutic, Justice and Constitutional State’. The approach of this study is related to judicial decisions of real cases, and not about the constitutionality control. The first chapter presents the elements of the traditional model: the State of Law, the Balance of Powers, the Democracy and the Positivism. In the second, these elements are questioned and faced to present situation. This procedure aims to adequate them (the elements) to the reality. The third chapter is about the problem of positive law. It is related to the gaps, antinomies and to the mistakenly of the juridical terms, as well the possibility of undoubtedly unfair decisions. The fourth examines the philosophical hermeneutics and their deeply unfolds on the juridical phenomenon. The fifth analyses the dialectical concept of Science, initially presented by Aristóteles and developed by Perelman. Finally, the sixth chapter presents two examples: one of civil law and one of penal law. It results from the modern construction of the law and aims to show that the jurisdictional activity – based on principles, rules and values of the juridical arrangement and, since the fundamental rights and the dialectical lawsuit in the inquiry of consensus are assured – finds democratic grip.

Keywords: Judiciary Power. State. Balance of Powers. Democracy. Hermeneutics. Principles, rules and values. Dialectical. Chaïm Perelman.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 FORMULAÇÃO DO MODELO CLÁSSICO DE JUSTIFICAÇÃO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL	15
1.1 FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO	15
1.2 SEPARAÇÃO DE PODERES	26
1.3 DEMOCRACIA	31
1.4 O POSITIVISMO JURÍDICO	34
2 A INSERÇÃO DO MODELO CLÁSSICO NA REALIDADE CONTEMPORÂNEA	37
2.1 O ESTADO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA	37
2.1.1 O Estado Constitucional.....	38
2.1.2 A Decomposição da Idéia de Estado.....	47
2.2 SEPARAÇÃO HARMÔNICA E EQUILIBRADA DE FUNÇÕES ESTATAIS	49
2.3 REFORMULAÇÕES DO CONCEITO DE DEMOCRACIA	53
2.4 SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO	59
3 DIREITO EQUÍVOCO	63
3.1 PROBLEMAS ENDÓGENOS DO MODELO TRADICIONAL DE JUSTIFICAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL	63
3.1.1 Lacunas.....	64
3.1.2 Antinomias.....	67
3.1.3 A Equivocidade dos Termos Jurídicos.....	68
3.2 A MANIFESTA INIQUÍDADE DE SOLUÇÕES APRESENTADAS PELO MODELO TRADICIONAL	77
4 HERMENÊUTICA JURÍDICA	80
4.1 A VIRAGEM FILOSÓFICA	81
4.2 HERMENÊUTICA E DIREITO: PRINCÍPIOS E REGRAS	88
4.3 HERMENÊUTICA E SISTEMA JURÍDICO	94
5 RACIOCÍNIO JURÍDICO: O CONTRIBUTO DE PERELMAN	98
5.1 CIÊNCIA, CERTEZA E DIREITO	98
5.2 DIREITO COMO CIÊNCIA: O RACIOCÍNIO DIALÉTICO DE CHAÏM PERELMAN	102
5.3 O DIREITO ENQUANTO DEVIR	107

6 PROPOSTA DE JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE JUDICIAL	109
6.1 ELEMENTOS CARACTERIZADORES	109
6.2 EXAME DE CASOS	116
6.2.1 Princípios Regentes.....	116
6.2.2 Direito Penal.....	117
6.2.3 Direito Civil.....	127
6.3 PROPOSTA PARA JUSTIFICAÇÃO DEMOCRÁTICA DA ATIVIDADE JURISDICIONAL	134
CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	138

INTRODUÇÃO

No início do ano de 2007, o plenário da Câmara dos Deputados arquivou a Proposta de Emenda Constitucional n. 526/2006, que tinha por objetivo alterar a Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988, estabelecendo que os membros dos três Poderes da República fossem eleitos por voto direto, secreto, universal e periódico.¹

No regime constitucional vigente, não obstante dispor o parágrafo único do art. 2.º da Carta Constitucional que todo “poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, a forma de composição dos órgãos do Poder Judiciário observa mecanismo distinto ao da eleição.²

Há duas formas de ingresso na carreira da magistratura, mediante prestação de concurso público ou por escolha de outra autoridade. Para composição da base do Poder Judiciário, no entanto, observa-se unicamente a modalidade do certame. É na primeira instância, competente residual para processo e julgamento das demandas não submetidas a fóruns excepcionais, que se concentra, notoriamente, o maior número de processos, visto que atua como esfera desencadeadora, por intermédio de recurso, da manifestação dos demais órgãos que lhe são jurisdicionalmente superiores.

O concurso público, em teoria, independe da intervenção de membros dos outros Poderes. Cumpridas as exigências normativas³, é ensejado a qualquer do povo iniciar-se nos quadros da magistratura, desde que, obviamente, lograda aprovação no certame.

As demais instâncias, sejam ordinárias, como no caso dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, sejam extraordinárias, hipótese dos Tribunais Superiores, submetem-se, para sua formação, à homologação ou exercício de preferência por outro Poder. Exemplificativamente, para integrar o Tribunal Regional, o Juiz Federal, quando o critério para promoção for a antiguidade, será empossado pelo Presidente da República.⁴ Inexiste qualquer ingerência por parte desta autoridade para elevar aquele à condição de integrante do

¹ BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional n. 526/2006*. Arquivamento em 31/01/2007. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>> Acesso em: 22 jan. 2008.

² O exercício direto ocorre, parcimoniosamente, quando da composição do Tribunal do Júri, cuja competência está limitada ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, de acordo com o disposto no art. 5.º, inciso XXXVIII, alínea ‘d’, da Constituição Federal. Os jurados são escolhidos por sorteio e deliberam apenas sobre determinados pontos do processo.

³ Os requisitos, conforme estabelece o art. 93, inciso I, da Constituição Federal, são o bacharelado em direito e três anos de atividade jurídica. O antecedente temporal foi instituído pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

⁴ Art. 107, *caput*, da Constituição Federal.

colegiado. Porém, para a Suprema Corte, o chefe do Poder Executivo desempenha papel fundamental, visto que lhe pertence, constitucionalmente, a indicação do futuro componente.⁵

Este procedimento poderia encontrar justificativa, sempre com atenção voltada à norma do parágrafo único do art. 2.º da Constituição Federal, na circunstância de ao Presidente da República incumbir a homologação ou a designação. Como fator que corrobora a legitimação, apresenta-se a necessária sabatina do indicado pelo Senado Federal. Tanto o Presidente quanto os congressistas são mandatários da vontade popular, e, por isso, suas opções, em princípio, refletem os interesses daqueles que os conduziram aos respectivos cargos. Em virtude dessa ficção seria possível afirmar que o candidato a integrar a Corte obteria o mesmo fundamento democrático, ainda que de maneira reflexa.

Tal consideração é credora de maior respaldo nos sistemas jurídicos onde é observável ampla e prévia discussão acerca da aptidão pessoal e profissional do candidato, como no norte-americano.⁶ Entretanto, difere-se o ordenamento constitucional pátrio do estadunidense pela carência de deliberações públicas sobre a designação presidencial. Eventuais discussões ou deliberações a respeito são sobretudo superficiais.

Sem embargo da diferenciação, nenhum dos sistemas escapa à incontornável vulnerabilidade democrática de elevar à categoria de magistrado alguém nomeado indiretamente. Há intermediação dos demais Poderes, não o exercício frontal de predileção pelo eleitor.

Assim, mesmo que o andamento da Proposta de Emenda Constitucional em referência tenha encerrado sem aprovação, e para efeitos metodológicos ser assunto superado – salvo outra provocação contendo a alteração objetivada –, fato é que a legitimidade da composição do Poder Judiciário ainda precisa ser amplamente meditada e discutida. Mostra-se indispensável desfazer, ou pelo menos contornar, o entrelaçamento jurídico decorrente da interpretação literal do art. 2.º da Constituição Federal.

Os reflexos dessa investigação são suficientemente nítidos e abrangentes quanto à sustentação popular de toda e qualquer atuação jurisdicional. Não eleito o magistrado e não definida a controvérsia diretamente pelas partes conflitantes, é imprescindível auscultar sobre como se harmoniza a decisão judicial proferida para resolução do caso concreto com as exigências da democracia.

⁵ Parágrafo único do art. 101 da Constituição Federal.

⁶ As discussões que pautam as indicações para a Suprema Corte denotam a extrema importância que a opinião pública devota à questão. A propósito as considerações de Ronald Dworkin sobre a recusa, pelo Senado norte-americano, da indicação do juiz Robert Bork, apresentada pelo então Presidente Ronald Reagan. DWORKIN, Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução por Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 423 et. seq.

O propósito da presente dissertação, portanto, cinge-se precisamente em conferir se a norma constitucional em comento permite interpretação que se compatibilize com as atuais formas de composição do Poder Judiciário. Não recomendado ao sistema jurídico conter normas contraditórias, quando absoluta ou relativamente inconciliáveis, algum encaminhamento deverá ser formulado, em dissimilação, acaso possível, aos termos da Proposta de Emenda Constitucional n. 526/2006.

Decerto a abordagem da questão não representa nenhuma novidade. Há sólidas construções enfrentando o tema oblíqua ou frontalmente, especialmente no que concerne à jurisdição constitucional.⁷

De passagem, é suficiente registrar a persistência da explicação reconhecida como clássica ou tradicional, resultado do pensamento político que inaugurou a modernidade. Esse modelo, em cotejo com os fenômenos jurídicos da atualidade, tem assistido ao desabamento de seus alicerces teóricos, embora permaneça orientando o raciocínio e a prática tanto de estudiosos quanto de operadores do Direito.⁸

A importância dessa construção, sem embargo, torna imprescindível sua análise. Somente com esse cuidado, em momento posterior, estará madura a pretensão de evidenciar que, sob o plano científico, afigura-se insustentável, não apenas pelas transformações culturais que inequivocamente foram sentidas ao longo do tempo, mas também em virtude da própria debilidade de suas premissas. Essa concepção não deve ser considerada desatualizada tão-somente pelo advento de outra reputada superior. Determinantes endógenos igualmente demonstram sua insuficiência técnica para legitimar democrática e universalmente a atividade jurisdicional.

⁷ Há contributos importantes sobre a fundamentação da jurisdição constitucional, à qual é atribuído o controle de constitucionalidade das leis. A respeito da matéria, as obras seguintes: MORO, Sergio Fernando. *Jurisdição Constitucional como Democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 338p.; STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 276p. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. 2.ed. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.1; BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. 286p.; STRECK, Lenio Luiz Streck. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 926p.; CAPPELLETTI, Mauro. Repudiando Montesquieu? A Expansão e a Legitimidade da “Justiça Constitucional”. *Revista do Tribunal Regional Federal da Quarta Região*, Porto Alegre, a. 12, n. 40, p. 15-49, jan./mar. 2001. Todavia esses estudos debruçam-se sobre as atividades de tribunais constitucionais alienígenas ou sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal quando do controle concentrado de constitucionalidade das leis. Pela particular forma de composição desses órgãos e específica funcionalidade, a preferência da presente dissertação é pela construção de argumentos voltados à jurisdição comum, assim entendida aquela que analisa questões não necessariamente relacionadas à conformidade de normas infraconstitucionais com a Constituição.

⁸ STRECK, 2004, p. 30 et. seq.

O objetivo dos primeiros capítulos, portanto, é abordar a incidência dos aludidos fatores extrínsecos. O inicial tratará exatamente da edificação desse arquétipo, *hic et nunc* intitulado Tradicional. Sob seus influxos, será examinado o comportamento de conceitos como Estado, democracia e separação de poderes. Componente quase que indissociável desses elementos, o Positivismo, enquanto método do pensamento jurídico que teoricamente legitima a atividade jurisdicional, da mesma forma, será esquadrinhado. O seguinte versará, simetricamente, sobre a deficiência dessas formulações correntes, para, a seguir, propor reconstruções conceituais desses mesmos institutos.

As duas divisões posteriores cuidarão dos fundamentos teóricos e filosóficos que desabilitam internamente o padrão clássico ou tradicional, supostamente apto a reger adequadamente a totalidade das relações jurídicas. Não obstante comum o propósito, a dicotomia é recomendável para facilidade de compreensão. No antecedente a tendência é dissolver o mito de que o veículo de manifestação por excelência do positivismo, a regra jurídica, afigura-se indefectível. O conseqüente trata das conversões da filosofia que redundaram na entronização da hermenêutica e das suas inegáveis implicações no campo do Direito.

No quinto capítulo são articulados argumentos sustentando que o realizar científico pode prescindir das noções de exatidão e certeza. A falibilidade do método formal indutivo e o relativismo do alcance da verdade são substituídos pelas concepções de dialética e razoabilidade. Neste compartimento será mais sensivelmente observável a contribuição da ‘Lógica Jurídica’ de Chaïm Perelman.

O derradeiro capítulo tratará de instrumentos que, disponibilizados pelos pressupostos do raciocínio elaborado nas divisões anteriores, sejam hábeis a erigir exemplos com aptidão para corroborar a versão de que toda e qualquer decisão judicial, desde que observados os parâmetros antes delineados, encontra esteio democrático. É dissolvida, assim, a falaciosa noção estampada pela Proposta de Emenda Constitucional n. 526/2006 no sentido de que a legitimidade democrática da atividade jurisdicional somente se realiza quando o corpo da magistratura seja diretamente eleito.

Importa ressaltar que as idéias aqui encampadas foram desenvolvidas ou intuídas por distintos pensadores. O material bibliográfico, aliás, não se concentra exclusivamente na área jurídica. Predicados de disciplinas como História, Filosofia e Política foram manejados em reverência à recomendação de Edgar Morin de que “o conhecimento pertinente é o que é capaz de situar qualquer informação em seu contexto e, se possível, no conjunto em que está

inscrita”,⁹ posto que os progressos alcançados o são “não tanto por sofisticação, formalização, abstração, mas, principalmente, pela capacidade de contextualizar e englobar”.¹⁰

Contudo todas essas referências são circunstanciais em relação ao suporte do presente trabalho: a obra “Lógica Jurídica”, de Chaïm Perelman.¹¹ Seu título o indica. Obviamente nem todos os tópicos examinados o foram pelo jusfilósofo, e nem todas as questões por ele argüidas encontram-se aqui analisadas. Se os argumentos desenvolvem-se em espiral, inusualmente distanciando-se do cerne, fato é que o núcleo permanece sendo o estudo mencionado.

Esta exposição analítica, crítica e sistemática tem por escopo fundamentar que toda atividade jurisdicional, desempenhada por qualquer magistrado, está em condições de ser legitimada democraticamente. E nesta tarefa, o contributo da ‘Lógica Jurídica’ de Chaïm Perelman é substancial. Seu título identifica-se, enfim, com seu objetivo.

⁹ MORIN, Edgar. *A Cabeça bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento*. 9.ed. Tradução por Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. p. 15.

¹⁰ MORIN, loc. cit.

¹¹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Tradução por Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 268p.

CONCLUSÃO

A tentativa de esboçar um modelo de justificação democrática da atividade jurisdicional não tem nada de inovador. Trata-se de decorrência lógica pela correta apreensão do fenômeno jurídico. O delineamento de como esse fenômeno se apresenta atualmente, implica singela reprodução da realidade. A necessidade de suplantar o Modelo Tradicional pressupõe este retrato. Neste caso foi utilizado um deguerreótipo, enquanto a complexidade da questão abordada recomendaria o uso de avançada máquina fotográfica digital.

Independentemente da qualidade da fotografia, contudo, ao operador jurídico não é dado desconhecer essas circunstâncias. A postura empertigada, pronta a adjectivar de arbitrária qualquer decisão proferida sem amparo legal, denota não o intento de resguardar método inapelavelmente superado, mas desconhecimento da própria realidade que recomendou a transformação do fenômeno jurídico.

A sociedade transformou-se, levando de arrasto o Direito. A remoção de eventuais represamentos é iminente. Não obstante, a adesão ao método que considera o Direito como se gostaria que ele fosse, e não de acordo com o que ele de fato é, atrasa a construção de soluções que poderiam contribuir sobremaneira para seu aprimoramento. É um intelecto a menos para pensar possíveis e proficuos aperfeiçoamentos.

A contribuição do positivismo jurídico é reconhecida. Difícil não consentir com o objetivo de eliminação do subjetivo. As formas de alcançá-lo é que variam. E a propagandeada pelo positivismo mostrou-se deficiente em diversas circunstâncias. Além de acarretar o franco imobilismo do Direito, frente à marcha encetada pela humanidade em busca de sistemas menos injustos, não dispõe de instrumentos aptos a conter abusos por parte do legislador.

A diferença é de enfoque. De órgão central na elaboração do Direito, o Poder Legislativo passa a atuar com outros protagonistas, os quais há muito deixaram a condição de meros figurantes.

O Direito positivo não é onisciente ou onipresente a ponto de evitar lacunas. É defectível ao apresentar soluções em parte ineptas no caso das antinomias. É ambíguo na medida em que a comunicação humana não prescinde da ininteligibilidade gradual entre o

comunicante e o receptor. Está sujeito a inferências pré-concebidas. Não pode, enfim, ser comparado a uma simples operação matemática de adição.

Supera-se o modelo, ademais, naquilo que ele possui de centralizador e conseqüentemente discriminatório. Deve ser transparente a opção por soluções plurais, condizentes com a totalidade dos interesses que transitam pela sociedade. Consagra-se o enaltecimento do diacrônico sobre o sincrônico.

Resulta que a democracia não se encerra no princípio de que devam prevalecer interesses majoritários. Os direitos fundamentais inserem-se como ferramentas protetoras das minorias alijadas. O Direito não é resultado das aspirações de alguns ou da maioria. É de todos. Se todos os homens são iguais, aos seus olhos não podem existir privilégios, ou desprivilegiados.

A atuação jurisdicional cumpre com dois postulados básicos a respeito de qualquer deliberação pretensamente democrática. A necessária composição da lide por atenta a questões fundamentais ditadas pelo ordenamento jurídico (substancial) e a discussão argumentativa a respeito da melhor solução para o caso (procedimental) são critérios que asseguram a evolução do Direito ao mesmo tempo em que impedem involuções. É preciso seguir em frente, aproveitando os caminhos abertos pelos antecessores, porém sempre desbastando o imprestável para permitir o trânsito presente e o dos sucessores.

Embora a composição do conflito seja atribuição do magistrado não eleito pelas partes, deve assegurar-lhes julgamento imparcial, pela aplicação da resposta jurídica formulada, dentre as demais possíveis, que melhor solucione o caso concreto. Mediante fundamentação baseada no critério da razoabilidade, inclusive passível de reforma na hipótese de inconformidade, quando se re-instaura a dialética processual, os argumentos, constantemente em busca de possíveis consentimentos universais, estão ininterruptamente submetidos ao controle social. É este o alcance interpretativo do parágrafo único do art. 2.º da Constituição Federal.

Sua autoridade será medida não pelo fato de imputar-se a figura do sábio, distante da realidade, mas por proceder de acordo com os valores fundamentais amplamente aceitos e submetendo-se à incessante revisão de seus conceitos mediante ativa participação dos jurisdicionados.

E para não negar-lhe os fundamentos, as críticas construtivas são perpetuamente bem vindas. O benfazejo caminhar dialético não se encerra.

O passo seguinte é discutir as melhores técnicas de formalizar as decisões, o que não se coaduna com os estritos limites deste trabalho. Como afirmado inicialmente, o objetivo foi

traçar parâmetros que possam justificar democraticamente a atuação judicial conformidade ao cenário fático ofertado pela realidade. Ainda que de forma recalcit parece ter sido alcançado. De todo modo, o fato de semear a controvérsia e evidenciar a necessidade de aprofundamento da discussão satisfaz os propósitos da presente dissertação.